Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 38 - n. 204
Abril a Junho de 2017



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 38 - n. 204 - Abril-Junho de 2017

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 38, n. 204

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. 204 (2017)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2017 - .

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. Divoncir Schreiner Maran

Vice-Presidente - Des. Julizar Barbosa Trindade

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Romero Osme Dias Lopes

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

Des. Alexandre Bastos

Des. José Ale Ahmad Netto

Des. Jairo Roberto de Quadros

Des. Geraldo de Almeida Santiago

SUMÁRIO

Doutrina

A DERROTABILIDADE DA NORMA: Pressupostos para uma Decisão Jurídica Derrotável

Cesar Trindade Gaspar, Gilberto Ferreira Marchetti Filho e José Miguel Garcia Medina. 007

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O CONFLITO DAS NORMAS ATINENTES AO PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Gilberto Ferreira Marchetti Filho, Leoandra Bartnikovski Barboza e Miriam Fecchio Chueiri. ... 020

O MANTO DA IMPRESCRITIBILIDADE NOS DANOS AO MEIO AMBIENTE

Mikeline Bueno de Menezes 035

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SUPERMERCADOS PELA GUARDA DE VEÍCULOS EM SEU ESTACIONAMENTO

Robson Carvalho de Queiroz 050

Jurisprudência Cível 062

Jurisprudência Criminal 690

Noticiário 1015

Índice Onomástico 1097

Índice de Assuntos 1103

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A DERROTABILIDADE DA NORMA: Pressupostos para uma Decisão Jurídica Derrotável

La derrotabilidad de la norma: supuestos para un decisión judicial derrotable

Cesar Trindade Gaspar[1]

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[2]

José Miguel Garcia Medina[3]

Resumo: A derrotabilidade da norma: pressupostos para uma decisão jurídica derrotável. A *civil law* brasileira, apesar de constituir empecilho as arbitrariedades, buscando consagrar, ao menos em tese, a segurança jurídica, reduzindo as incertezas que porventura possam existir nos casos concretos postos ao órgão julgador, corriqueiras vezes acabam por apresentar uma afronta a equidade, afronta essa que deve ser inibida pelo interprete no afã de se fazer emergir o bem-estar social.

Palavras-chave: Derrotabilidade da norma; pressupostos; deveres *prima facie* não verificados; finalidade subjacente a norma; argumentação plena.

Resumen: La derrotabilidad de la norma: supuestos para un decisión judicial derrotable. La *civil law* brasileña, aunque es la arbitrariedad obstáculo, buscando a dedicar, al menos en teoría, la seguridad jurídica, la reducción de las incertidumbres que tal vez puedan existir en casos concretos mensajes del cuerpo juzgar, a veces llegar a presentar una afrenta a la justicia, afrenta esto debe ser inhibida por el intérprete en su afán de llevar a cabo el bienestar social.

Palabras-claves: derrotabilidad de la norma; supuestos; deberes *prima facie* no se comprueban; propósito subyacente de la norma; argumento completo.

INTRODUÇÃO

A teoria da derrotabilidade das normas, tema recente na cena jurídica, levando-se em consideração a antiguidade das normas jurídicas, embora ser de grande valia se considerar a infinidade de minúcias possíveis ao analisar os casos concretos postos a apreciação do Judiciário, pouco há de escritos, consistindo em tese estranha ao ordenamento jurídico brasileiro.

Mesmo tendo sua aplicação pautada na busca pela consagração da equidade, muito óbice - em razão de uma diversidade de motivos - tem se criado à sua aplicação, tendo sequer sido expressamente citada pelo Supremo Tribunal Federal.

1 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: cesar.gaspar1@hotmail.com.

2 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.

3 Doutor e mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Livre docente pela Faculdade de Direito da Universidad de Sevilla. Visiting Scholar na Columbia Law School. Advogado. Professor Titular na Universidade Paranaense. Professor Associado na Universidade Estadual de Maringá. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ. Membro do conselho de redação da Revista de Processo - RePro e do conselho editorial da Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal - IPDP e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Comitê Consultivo Científico do Instituto Autismo & Vida. Membro da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para a elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil. Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Email: medina@medina.adv.br.

Ocorre que, no Brasil, por se tratar de um país que adota o sistema *civil law,* a lógica silogística de que ao juiz incube apenas da função de mero "boca da lei", ainda é muito abrangente. No entanto, muitas são as indagações que remanescem: a lei sempre é justa? Caso não, deve ser aplicada mesmo sendo injusta? É possível prever todas as particularidades que a infinidade de casos concretos apresentam em uma simples norma abstrata?

É sob a égide dessas indagações, assim como, com base em tantas outras, que o presente artigo busca, através de uma revisão bibliográfica, trabalhar o tema tão frágil da aplicação da Derrotabilidade das Normas Jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.

1 BREVE *CONSIDERANDA* SOBRE A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS

A teoria da derrotabilidade das normas teve como precursor o inglês Herbert Hart, em sua renomada obra *The Ascription of Responsibility and Rights*, ao qual vislumbrou o reconhecimento de hipóteses em que, apesar de presentes todos os requisitos necessários, formalmente, para o enquadramento da norma legal, sua aplicação afigurar-se-ia desproporcional e, ao invés de consagrar a justiça, seguiria em contra-mão, prezando, exclusivamente, pela segurança jurídica.

Para deixar mais palatável, a derrotabilidade das normas, consistiria num acréscimo em todas as normas abstratas da cláusula "a não ser que".

O aborto, interrupção do desenvolvimento do embrião no ventre materno, é proibido, "a não ser que" esteja comprovado que a mãe deu a luz a um feto anencéfalo. Essa hipótese, consoante decisão do STF[4], o aborto é considerado legítimo e sem quaisquer consequências penais.

Todavia, questiona-se se a derrotabilidade refere ao texto legal, ou a norma jurídica. Importa salientar que, como é cediço, texto legal e norma jurídica são coisas distintas, embora estejam correlacionados.

Sob essa ótica é que as problemáticas surgem, pois, por não ter a mesma identidade, o processo de efetivação de direitos ocorrerá por ato do intérprete. A confusão reside, portanto, na dicotomia criação *versus* interpretação.

Desse modo, acaso não houvesse esta problemática - texto legal destoado de qualquer interpretação - sequer haveria derrotabilidade. Ora, não haveria como o texto por si só se derrotar. Isto porque, no plano abstrato, são previstos casuísticas lógicas, sem espaço para consequências dúbias, vagas e ambíguas. A simples lógica formal não gera espaço para derrotabilidade.

Noutro vértice, a resistência à superação das regras se deve, principalmente, em razão da subsunção de que todas as normas jurídicas positivas são equânimes. Nesse compasso, a derrotabilidade figura como um antagonista à aplicação do direito.

Porém, assim como dizia Aristóteles[5], comparando equidade com justiça, concluiu:

> O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora

4 Vide ADPF n. 54.

5 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 1996. p. 212.

> não ignore a possibilidade de erro na consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não esta na lei no legislado, e sim na natureza do caso particular, já que assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta.

A técnica meramente silogística não é auto-sustentável. Aplicar o direito é, além de tudo, trabalhar a lei de uma forma criativa. As normas positivas devem servir de base já que são meramente a possibilidade do direito. A descoberta do direito passa por um processo metódico e impossibilitar o trabalho criativo do direito seria obstruir esse processo.

Diversamente das ciências exatas, a ciência do direito é uma ciência empírica, construída através da observação, da metódica e da experimentação[6]. Desse modo, não deve se interpretá-la de maneira literal, pois sempre haverão problemas como vaguezas e obscuridades.

Ocorre que, a lei abstrata quando redigida, há a pressuposição relativa de perfeição e enquadramento a todos casos de sua norma criadora, no entanto, algumas vezes é possível notar sua falibilidade quando ingressa ao mundo das interpretações postas, ou seja, sob a intelecção do interprete.

Diante disso, a derrotabilidade das normas consiste em tornar inaplicável a letra da lei, quando um dos pressupostos implícitos não for verificado, pressupostos estes que podem ser diversos. Contudo, apesar de verificável em todas as demais hipóteses, não o é quando verificado determinado caso posto em análise.

Nesse fanal, o jurista e professor italiano Riccardo Guastini[7] preleciona que "*parfois, on est d'accord que le texte normatif T exprime la norme N1, mais on se demande si une telle norme est, ou non, defectible` (defeasible), c'est-a-dire sujette a des exceptions implicites qui ne peuvent pas etre identifiees a priori*."

Em outras palavras, apesar do texto normativo T exprimir a norma N1, algumas vezes esta norma pode ser falha e, deste modo, sujeita a exceções que o legislador não vislumbrou *a priori*.

2 A NORMA JURÍDICA, SUAS DECORRÊNCIAS E A DERROTABILIDADE

A norma jurídica prevê uma ocorrência hipotética (antecedente), previsível pela mente humana e recorrente ao cotidiano, ocorrência esta que gera repercussões no mundo jurídico (consequente), um dever-ser.

A dogmática jurídica não aceita pacificamente a ocorrência do antecedente, no entanto, a inocorrência do consequente que, costumeiramente, o seria aplicado. Nesses casos, muitas vezes nomeia-se de perda da eficácia da norma, ou descumprimento legal, pelo simples fato de a norma cominada *a priori* não ser aplicável a uma ótica não prevista.

Ocorre que, no papel, a lei parece muito clara e precisa, incapaz de haver interpretações dúbias. Todavia, as controvérsias só passaram a ser observadas quando os casos concretos são postos sob análise do intérprete.

6 VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade.** Curitiba: Juruá, 2010. p. 60.

7 GUASTINI, Riccardo. **Le "point de vue" de la science juridique.** *In*: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). **Analisi e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica.** Turim: Giappichelli, 2006. p. 142.

Dito isso, Eros Grau[8] é retumbante ao afirmar:

> A lei pode parecer "clara" ou mesmo 'unívoca' no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deva ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente destituída de clareza. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se aplica algo pronto e acabado, um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído.

É nesse norte que surge a derrotabilidade, visando dar amparo a estes casos em que a dogmática clássica não atende, ou os dá de maneira insuficiente, injusta e/ou em descompasso com o tempo e o contexto de sua vigência.

A derrotabilidade parte do pressuposto de que as normas jurídicas estabelecem obrigações e deveres *prima facie,* isto é, deveres à primeira vista, ou seja, deveres que devem ser cumpridos a menos que entrem em conflito com outros de igual ou maior porte. E quando surge hipóteses que essas regras a *prima facie* não prevêem, a derrotabilidade intervém causando a inaplicabilidade do dever-ser previsto na regra. Isto porque, a interpretação literal do texto pode acabar por não sobrevir após uma análise sistemática do ordenamento jurídico.

3 RAZÕES PARA A APLICAÇÃO DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS

A dificuldade na aplicação da Teoria da Derrotabilidade emana quando se considera que as regras devem ser obedecidas apenas pelo fato de ostentarem seu caráter de regras (lógica deôntica clássica), e não, como leciona Humberto Ávila[9], pelo fato de que, quando obedecidas em situações normais, sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais. No entanto, não são absolutas e tampouco são superáveis com facilidade.

Assim, com a devida vênia, carece de guarida a tese do tudo-ou-nada promovida por Ronald Dworkin[10], na qual não caberia ao juiz traçar um percurso individual a determinado caso concreto, mas sim, apenas revisar o que já fora feito e seguir estes passos.

Analisando a aplicabilidade das normas jurídicas sob uma perspectiva deôntica clássica[11], é possível afirmar que a norma jurídica N prevê A, logo, sua violação causa B (se A, então deve ser B). No entanto, essa lógica seria infalível, incontestável e irrefutável?

Esse modelo, chamado por muitos por hipotético-condicional, implicaria em dizer que, se A causa B, desse modo, qualquer proposição (a1) adicionada a A, que não fora prevista pelo legislador, implicaria, ainda assim, em B.

Nessa senda, Cesar Antônio Saberna[12] enfatiza

> A lógica clássica e a lógica silogística são monotônicas, no sentido que, de um conjunto de premissas, podemos deduzir um conjunto de conclusões, porém, quando adicionamos novas premissas ao conjunto inicial de premissas, as mesmas conclusões já deduzidas continuam valendo. Uma lógica não monotônica é uma lógica diferente da lógica

8 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 77.

9 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112-113.

10 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 24.

11 Forma de lógica vinculada à moral, agrega os princípios dos direitos, proibições e obrigações. É o sistema de lógica usado para indicar condutas e comportamentos, e que inclui as relações de poder entre indivíduos. Enquanto a lógica clássica trata do que "é ou não é", a lógica deôntica clássica trata do que "se deve ou não fazer". As orações na lógica deôntica são da seguinte forma: "é proibido fumar mas é permitido beber", "se você é obrigado a pagar impostos, você é proibido de sonegar".

12 SABERNA. Cesar Antônio. **Teoria da Derrotabilidade**: Pressupostos Teóricos e Aplicações. Curitiba: Juruá, 2012. p. 15.

> clássica e da lógica silogística, uma vez que nela, de um conjunto inicial de premissas, deduzimos uma certa conclusão, mas, uma vez adicionada uma outra premissa ao mesmo conjunto inicial, as conclusões já deduzidas não continuam valendo necessariamente. Dependendo da premissa adicionada, ela pode "derrotar" a conclusão original e propiciar uma nova conclusão.

Formalizando, para simplificar a compreensão, seria o mesmo que dizer que: A → B, da mesma forma que (A + a1) = A e, portanto, A → B, ou seja, mesmo com a inclusão de a1 no esquema, decorreria, pelo modelo hipotético-condicional, da incidência de B, o que, dependendo do elemento constitutivo de a1, aparentar-se-ia uma afronta à equidade. Diante disso, caso não seja possível a alteração da conclusão normativa, não há que se falar em deveres *prima facie,* mas sim, tão-somente, em deveres definitivos.

Nessa senda, importante destacar o escólio de Giovanni Sartor[13], segundo o qual "*classical logic deduces consequences implied by some remises, consequences necessarily true when all those premises are true and therefore not defeated by further information. Therefore, it is unable to deal with defeasibility [...]*."

Pela lógica clássica, consequências são exprimidas a partir de algumas premissas. Acaso todas as premissas estejam confirmadas, a consequência também o estará e, por conseguinte, não são derrotadas por alguma nova informação. Portanto, a lógica clássica e monotônica impossibilita a derrotabilidade.

Aderir a essa lógica seria enxergar o direito como um circulo, de modo que, o direito seria fechado, prezando pela supremacia da literalidade.

Conquanto este ideal monotônico vise salvaguardar a segurança jurídica, consuetudinariamente se observa que tal tese não há de sobrevir. O direito assemelhar-se-ia a um espiral, em que, compreender e aplicar corretamente seria estabelecer uma nova interpretação acerca de cada caso posto em análise, de modo a construir o sistema jurídico, que, diversamente da lógica deôntica clássica, não está completo tampouco é fechado.

Diante disso, importante trazer a baila a lição traduzida de um dos maiores expoentes da filosofia hermenêutica, Hans-Georg Gadamer[14]:

> O movimento de compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo. A tarefa é ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Quando não há tal concordância, isso significa que a compreensão malogrou.

A tutela jurisdicional tem papel primordial nesse espiral, porquanto, em análise aos casos concretos postos a seu exame, corrige a abstratividade do direito, atuando de forma discricionária com o objetivo precípuo de proclamar os ideais sociais.

Para descrever melhor a interpretação não-monotônica, imagine-se o crime de homicídio. Para sua consumação, é necessário uma conduta comissiva ou omissiva que gere o extermínio da vida de outrem. No entanto, se porventura o autor tenha agido em legítima defesa ou estado de necessidade, não há falar em crime, já que são excludentes de ilicitude.

13 SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. **Rechtstheorie**. n. 24, 1993. p. 301.

14 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 436.

Com isso, estão estabelecidas duas condições positivas para a ocorrência do crime (ação ou omissão) que geram a ocorrência típica ou normal para determinar a consequência jurídica (deveres *prima facie*). Noutro vértice, são previstas também duas condições negativas/exceções alternativas, cuja ocorrência geraria a inaplicabilidade da consequência jurídica, ou seja, mesmo que patentemente configurado as premissas estabelecidas pela norma, ela não incidira sob a pessoa do autor.

É claro que, no exemplo supracitado, as exceções já estão positivadas/explicitadas no ordenamento jurídico. Assim sendo, a resistência em sua aplicabilidade é mínima. A grande controvérsia em verdade há, quando as exceções são implícitas, não previstas.

4 PARÂMETROS À DERROTABILIDADE DAS NORMAS

Discorreu até aqui sobre a derrotabilidade, afirmando, em suma, que algumas normas jurídicas podem ser chamadas de condicionais-hipotéticas e que devem ser obedecidas pelo fato de preservarem a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, evitando, desse modo, abusos, e citando para tanto casuísticas exemplificativas e doutrinárias sobre o tema.

Agora, é chegado o momento de abarcar o assunto mais sensível e subjetivo do tema, a saber, quais normas jurídicas são derrotáveis e quais os critérios se devem adotar para que elas o sejam.

Bem verdade que a teoria aqui debatida é tema delicado, aplicável levando em consideração o ordenamento jurídico como um todo, bem como sob influência de questões subjetivas do intérprete, fato esse causador de muitas críticas.

Isto posto, para que se aplique a interpretação excepcional ao mundo concreto, alguns limites devem ser observados, limites esses que aparentemente ficam a cargo da doutrina.

Versando sobre o tema, Fernando Andreoni Vasconcellos[15] orienta:

> A ideia intuitiva de derrotabilidade reside no reconhecimento de que a norma jurídica pode possuir exceções (explicitas ou implícitas) não identificáveis de antemão. Nesse contexto, uma importante tarefa dentro do estudo da derrotabilidade consiste em averiguar: (i) se todas as normas jurídicas são derrotáveis; (ii) se existe um rol taxativo de normas derrotáveis; (iii) se e possível desenvolver um critério para distinguir uma norma jurídica derrotável de uma 'inderrotável'.

Sem titubear, pode-se afirma que, quanto maior o grau de abstração que a norma possuir, menor será a resistência a sua superação. No entanto, é de suasória importância saber quais as normas que podem sofrer esta superação. Seriam apenas as normas infraconstitucionais? Emendas constitucionais também poderiam estar sujeitas? Ou, quem sabe, até mesmo, as normas constitucionais originárias?

Pois bem. Para iniciar o tema, imagine-se a regra constitucional que impõe o voto obrigatório a pessoas maiores de 18 anos. Seguindo a sistemática de "A logo é B", pode-se afirmar que, acaso a pessoa seja maior de 18 anos, tem a obrigação de votar. No entanto, em vislumbre da hipótese desse maior de 18 anos ter alguma característica excepcional, como é o caso da debilidade mental, tal exigência não há de prevalecer, esquematizando, $\underline{A+a1 \neq B}$. Vê-se, portanto, a ocorrência da superação de uma norma constitucional em virtude de uma particularidade do caso concreto.

15 VASCONCELLOS, **Fernando Andreoni**. Op. cit. p. 75.

Diante disso, Fernando Andreoni Vasconcellos[16] ensina:

> Com essas palavras se quer significar que as normas jurídicas não serão sempre derrotadas, mas podem ser, ao menos em tese, consideradas derrotáveis. Em outros termos, a norma jurídica é necessariamente derrotável, porém, contigentemente derrotada.
>
> Este ponto de vista afigura-se mais realista e razoável, porque reconhece a falibilidade de todas as normas jurídicas, fugindo da utopia que seria propor a inderrotabilidade de todas as normas, alem de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis.

Humberto Ávila[17] propôs um método bidimensional para aplicação da Teoria da Derrotabilidade, que ele chama de Superabilidade, método esse consistente na comprovação de requisitos materiais (requisitos de conteúdo) e procedimentais (requisitos de forma).

Para ele quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade provocar a norma derrotada, mais flexível será sua superação. Portanto, a derrotabilidade e a afronta a segurança jurídica devem ser inversamente proporcionais. Ele ainda conclui que: quanto mais a tentativa de fazer justiça a um caso concreto afetar a promoção de justiça dos demais que porventura possam aparecer, mais será criada resistência a superação dessa regra.[18]

4.1 Requisitos materiais

Para trazer maior clarividência ao tema, cumpre trazer ao lume o exemplo explicativo fornecido por Humberto Ávila.[19]

Uma regra condicionava o ingresso num programa de pagamento simplificado de tributos federais à ausência de importação de produtos estrangeiros. Os participantes do programa não poderiam efetuar operações de importação, sob pena de exclusão. Essa é a hipótese da regra.

O caso concreto diz respeito a uma pequena fábrica de sofás que efetuou uma importação e foi, em decorrência disso, sumariamente excluída do programa. Ocorre, no entanto, que a importação foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Mediante recurso, a exclusão foi anulada com base na falta de aplicação razoável da regra.

Nesse caso, o fato previsto na hipótese da regra ocorreu, mas a consequência do seu descumprimento não foi aplicada (exclusão do regime tributário especial) porque a falta de adoção do comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (estimulo da produção nacional por pequenas empresas).[20]

Tem-se, então, que os requisitos materiais descritos são: I) o não prejuízo da finalidade subjacente a regra (*in casu* o estímulo da produção nacional por pequenas empresas); II) a pequena afronta a segurança jurídica.

Ora, impedir que a empresa continue a gozar do benefício fiscal, apenas em virtude de ter importado uma quantidade irrisória de pés de sofá, ao invés de estimular a produção nacional, seguiria em via inversa, desestimulando-a. À derradeira, por se tratar de um caso muito peculiar em que dificilmente sua anormalidade ocorrerá novamente, não há falar em dano em aplicação da norma nos demais casos concretos que porventura possam existir, ou seja, sem dano a promoção da segurança jurídica.

16 Ibidem. p. 77.
17 ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 114-115.
18 Ibidem. p. 115.
19 Idem.
20 Ibidem. p. 116.

Nesse palmilhar, importante seguir os ensinamentos de Chaim Perelman[21]:

> O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível.

Vale colacionar, ainda, um julgado exemplificativo.

Uma regra condicionava a apresentação de determinado recurso à juntada de cópias legíveis da decisão recorrida e dos documentos que comprovassem a discussão existente nos autos. O caso concreto diz respeito a um recurso apresentado sem a juntada de cópias da petição e do despacho que a indeferiu. Inconformado com o indeferimento, o recorrente interpôs recurso, alegando violação ao princípio da universalidade da jurisdição e excessivo formalismo na interpretação da regra que exigia a juntada de documentos. O tribunal, contudo, manteve a decisão, sob o argumento de que o recorrente deve instruir seu recurso com todas as peças essenciais ao entendimento do assunto nele tratado, já que essa exigência não está a serviço do formalismo inconsequente, mas da segurança das partes e da garantia do devido processo legal.[22]

Neste segundo caso, a hipótese que a norma previa ocorreu e sua consequência foi aplicada, porque a finalidade subjacente da norma (proteger a segurança das partes, bem como garantir o devido processo legal) ocorreu. Dessarte, julgar de modo diverso implicaria em expurgá-la do caso concreto.

Ademais, a decisão ainda geraria grande afronta a segurança jurídica, visto que, levando-se em consideração o número assombroso de recursos impetrados diariamente, decisão diversa implicaria no surgimento de grande incerteza e imprevisibilidade aos demais casos. Portanto, atenta contra a segurança jurídica e viola os requisitos materiais exigidos para que a norma fosse superada.

Diante disso, nota-se que, diferentemente do primeiro caso em que o entendimento contrário, no sentido de não superar a regra, provocaria mais prejuízo valorativo que benefício (*more harm than good*), no segundo caso, a não-superação da regra provoca mais benefício que prejuízo valorativo (*more good than harm*).[23]

Nesse tocante, Humberto Ávila[24] conclui:

> O grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal de segurança jurídica). E o grau de promoção do valor segurança está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar.

Isto posto, pode-se abarcar casos em que a segurança jurídica deve ser levada em consideração com maior importância do que em relação outros, como, por exemplo, as matérias concernentes a Direito Penal e Direito Tributário, cujo a padronização é de extrema importância.

Nesse cerne, deve-se levar em consideração não somente o dano da segurança jurídica ao princípio geral da igualdade que exsurge no tocante a matérias de Direito Penal e Direito Tributário, de extrema importância, mas também, quando for o caso de grande vinculação desse valor sobrejacente (segurança jurídica) para a interpretação do valor subjacente da norma. Em outro falar, quando a finalidade subjacente à regra está relacionada com a promoção da segurança, *v.g.*, uma lei que define o *quórum* para a aprovação de uma lei.

21 PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica:** Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 209.

22 STJ. AgR nos ED no AI 633.751-MG. Rel. Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 7 abr. 2005.

23 ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 116-117.

24 Ibidem. p. 118.

Um caso que gerou grande rebuliço no cenário jurídico nacional foi a decisão frágil do Ministro Teori Zavascki em decretar a prisão cautelar do Senador Delcídio do Amaral, prisão esta nunca ocorrida na história da República Brasileira[25]. Segundo o Ministro, o senador estaria abusando de sua imunidade parlamentar prevista no art. 53, § 2º da Constituição Federal.

Malgrado os ministros do Supremo Tribunal Federal não tenham usado expressamente o termo Derrotabilidade, não se pode deixar de olvidar que a Teoria da Derrotabilidade/Superabilidade das Normas Jurídicas é a que mais se enquadra neste caso concreto.

Deveras, o art. 53, § 2º da Carta de Outubro prevê:

> Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.
>
> [...]
>
> § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

Em virtude disso, pode-se afirmar que a finalidade subjacente a norma seria garantir aos parlamentares o livre exercício de suas funções sem que delas decorressem quaisquer consequências penais.

Porém, restando provado o abuso da imunidade parlamentar, deve-se concluir que haveria uma discrepância entre a hipótese prevista e a finalidade subjacente a norma. Ora, a regra em sua essência visa garantir o livre exercício da função do parlamentar, para que, em uso de suas atribuições, possa expressar suas opiniões e razões, sem que, em razão disso, sejam penalizados criminalmente.

Noutro vértice, não se pode admitir que tal imunidade seja usada para que o parlamentar perpetue-se na senda delituosa e, em razão de ostentar seu caráter de congressista, nada lhe ocorra. Portanto, o caso *sub oculis* estaria ungido pelo primeiro requisito para a derrotabilidade das normas previsto por Humberto Ávila.

O problema sobrevém quando analisa-se o requisito de violação da segurança jurídica. Isso porque, por se tratar de uma norma constitucional, faz-se mister a padronização, de modo que, a resistência a sua derrotabilidade é ainda maior do que as regras de Direito Penal.

Ainda, com relação ao flagrante *status* de beligerância, com um cenário político extremamente desprestigiado e com uma corrupção que assola o país, não se pode infirmar que a probabilidade de casos semelhantes a este retornarem ao órgão julgador são poucas. No entanto, não há como se admitir que alguém, em sua corriqueira conduta torpe, logre êxito de exaurir a credibilidade do país e sair ileso de suas manobras delituosas.

Ademais, acaso a probabilidade de que tal hipótese ocorra com facilidade, terá como motivo, apenas, a falibilidade do sistema democrático brasileiro, que elegem pessoas ímprobas, inclinadas a prática de atividades ilícitas com escopo de levar a cabo, a todo custo, suas pretensões pessoais. Se contrário fosse, não seria necessário derrotar uma norma soberana.

Desta maneira, conclui-se que, a despeito de uma decisão nesse sentido apresentar, de certa forma, lesão a segurança jurídica, tal lesão só é verificada em virtude de que a propensão de alguns parlamentares a prática de atividades desabonadoras é extrema, de modo a usar da hipótese da norma constitucional como uma forma de escudo as suas condutas reprováveis.

25 Informativo n. 809 do STF. AC 4036 Referendo-MC/DF. Rel. Min. Teori Zavascki. Data do Julgamento: 25 nov. 2015.

Nessa linha de raciocínio, há uma patente afronta a finalidade subjacente da norma, que não é outra senão a garantia a efetiva representação política e a expressão de opiniões, ainda que seja da forma mais vil, sem que em decorrência disso surjam reprimendas penais. No entanto, cria-se a discrepância na norma constitucional que, visando salvaguardar a soberania democrática, e usada de maneira diversa, para tanto, como acicate a prática delituosa. Caracterizado aqui, portanto, um conflito princípiológico, em que, a segurança jurídica geral de um pequeno grupo deve ser posta de lado em benefício do interesse público.

Isto posto, negar a derrotabilidade da norma sobre o argumento de afronta a segurança jurídica, *in casu*, não há de sobreviver.

4.2 Requisitos de forma

Como visto acima, a derrotabilidade da normas jurídicas, seguindo o modelo proposto por Humberto Ávila, pode ocorrer desde que, analisando o caso concreto, esteja patentemente comprovado o cumprimento de alguns requisitos.

Relembrado isso, não se pode deixar de olvidar que, assim como a regras de direito material, que necessitam das normas de direito processual para que sua aplicação seja efetiva, para aplicação da teoria da superabilidade é necessário, também, o cumprimento de alguns certames formais, sem o qual, os pressupostos materiais previstos não serão verificados.

Diversamente dos princípios, as regras prevêem um consequente, deste modo, têm um efeito decisivo o qual os princípios não têm. Portanto, não pode o intérprete, utilizando critérios subjetivos afastar facilmente a aplicação de uma regra. No entanto, quando se trata de princípios, isso se torna mais fácil.

Nesse palmilhar, Humberto Ávila[26] disserta:

> As regras têm eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior.
>
> Essa diferente eficácia leva a uma resistência maior das regras para sua superação. E essa resistência maior conduz a necessidade de uma fundamentação mais restritiva para permitir a superação das regras.

Como requisito de forma, pode-se afirmar ser uma argumentação que exponha justificativas profundas e condizentes e que demonstre, primeiramente, a discrepância entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente. Falando em outras palavras, a demonstração do que a hipótese da regra estabelece e o que sua finalidade exige e, em segundo plano, de que a superação da regra não causará expressiva lesão a segurança jurídica.[27]

Ora, as regras são estabelecidas pelo legislador no afã de eliminar controvérsias, incertezas e arbitrariedades. Desse modo, uma decisão que supere determinada regra não pode ser vil, deve apresentar com veemência que não ocorrerá um aumento significativo de controvérsias, incertezas e arbitrariedades, ou ainda que não haja grande aumento nos custos de deliberação ou graves problemas de reconhecimento. Por fim, a justiça individual não deve apresentar uma grande afronta a justiça geral.

Esta argumentação deve estar, ainda, devidamente fundamentada, expondo seu motivos de direito, de um modo coerente e claro em suas razões. Dessa maneira, as decisões poderão ser devidamente controladas

26 ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 119.

27 Ibidem. p. 119-120.

e servir de precedente para os demais casos que futuramente possam ser postos em análise do julgador. Aliás, tal necessidade está expressa no novo Código de Processo Civil, no art. 489, *caput* e seu § 2º[28].

Para tanto, o juiz deve se nortear pelos inúmeros microssistemas jurídicos, ou seja, a decisão deve ser coerente com todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Gadamer[29] explica:

> As partes componentes do todo devem ser conhecidas para que se possa conhecer o todo; além disso, o que sob um ponto de vista é o todo, sob outro ponto de vista é parte integrante de outro todo. Trata-se da relação circular entre o todo e suas partes: o significado antecipado em um todo se compreende por suas partes, mas é a luz do todo que as partes adquirem a sua função esclarecedora.

E continua:

> Há momentos que as partes componentes do Direito parecem conflitar. O processo deve iniciar uma análise de cada parte e sua adequação a estrutura maior que integra, bem como desta estrutura maior com outra estrutura ainda mais abrangente, e assim sucessivamente. Essa verificação de cada instância jurídica e sua solução ao problema apresentado ao magistrado garante uma análise profunda de demanda.[30]

Importante, por fim, inserir um pequeno fragmento da argumentação utilizada em um decisão que traz a ideia da derrotabilidade no sentido de permitir o aborto no tocante a casos de fetos com anencefalia:

> Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.
>
> A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.[31]

Ao cabo, tal decisão deve ser devidamente comprovada. Não se pode, pura e simplesmente, deduzir a ausência de excessiva controvérsia, incertezas, arbitrariedades, custos e etc. Se possível, essa comprovação deve se dar por meio de provas ou estudos aprofundados. É importante salientar ainda que, presente apenas uma causa que obste a superação da regra, ela não há de ser superada, ou sendo essa óbice mínimo perante as demais que a justificam, deve ser devidamente analisada e ponderada.

---

28 CPC/2015, art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
(...)
§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

29 GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 58.

30 Ibidem. p. 60.

31 STF. ADPF 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12 abr. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisou-se, ainda que de forma singela, a Teoria da Derrotabilidade com suas razões motivadoras.

Nesse contexto, verificou-se que as normas jurídicas estabelecem deveres *prima facie* que fixam um conjunto de premissas (*probanda*) e que a essas premissas podem ser adicionadas outras de caráter negativo (*non refutanda*).

Demais disso, tem-se que essa teoria não se trata de mero abuso da autoridade judiciária, que colocaria em risco a máxima da tripartição dos poderes. Desde que respeitando a equidade e indicando a discrepância entre a finalidade subjacente da norma, não ofendendo a segurança jurídica geral de forma substancial, tudo isso estabelecido em uma argumentação jurídica correspondente (fundamentação concreta e eficaz), não há outra conclusão senão a de que a derrotabilidade é forma de análise da aplicabilidade da norma no caso concreto e de considerar em que momento não aplicá-la.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal em momento algum fez uso expresso da Teoria da Derrotabilidade, não obstante já tenha se utilizado de várias formas dela.

A sociedade está em constante mudança e a cada mudança novas condutas surgem, condutas que, na época da confecção legal, não foram consideradas pelo legislador.

Como poderia se considerar justo a aplicabilidade de uma lei pretérita ao surgimento do caso concreto, ocorrência concreta que poderia acabar por alterar o texto legal caso fosse abarcado pelo íntimo do legislador.

Ante o exposto, não se pode negar que a derrotabilidade das normas se mostra necessária a consagração da equidade e do bem-estar social.

AGRADECIMENTOS

Agradece ao Dr. João Linhares Júnior, Promotor de Justiça da 4º Promotoria de Dourados e ao Professor Gilberto Ferreira Machetti, Professor de Direito Civil da UNIGRAN.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Le "point de vue" de la science juridique.** *In:* COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). **Analisi e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica.** Turim: Giappichelli, 2006.

Informativo n. 809 do STF. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo809.htm. Acesso em 12 ago. 2016.

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

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica:** Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SABERNA. Cesar Antônio. **Teoria da Derrotabilidade:** Pressupostos Teóricos e Aplicações. Curitiba: Juruá, 2012.

SARTOR, Giovanni. Defeasibility in Legal Reasoning. **Rechtstheorie.** n. 24, 1993.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

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.

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O CONFLITO DAS NORMAS ATINENTES AO PROCEDIMENTO DE INTERDIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

La ley de los discapacitados y el conflicto de normas relativas procedimiento de interdicción en el Código de Procedimiento Civil 2015

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[1]

Leoandra Bartnikovski Barboza [2]

Miriam Fecchio Chueiri[3]

Resumo: Com as mudanças ocorridas na sociedade, surgem necessidades de amparar todos de uma forma isonômica. Isso se traduz com a criação de novas leis. Contudo, com o advento dessas, criam-se conflitos e, assim, originam-se dúvidas, sobre qual dessas deve ser seguida. Assim, a interdição, que antes era tida apenas como um meio para atestar a incapacidade do deficiente, nomeando-lhe curador, hoje apresenta nova acepção e sentido. Tanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência, como o Novo Código de Processo Civil buscaram, um de forma mais abrangente e outro mais restrita, trazer nova visão para o instituto. Mas não o fizeram de forma sistemática e congruente, o que acabou por gerar uma antinomia entre as leis.

Palavras-Chave: Estatuto do portador de deficiência, Código de processo civil 2015; incapacidade; interdição; conflito de normas.

Resumen: Con los cambios en la sociedad surgen necesidades para apoyar a todos una manera isonómico. Esto se traduce en la creación de nuevas leyes. Sin embargo, con la llegada de éstos, crean conflictos y por lo tanto da lugar a preguntas como ¿cuál de éstas debe seguirse? En la que me guió? Por lo tanto, la prohibición de que una vez fue visto como un medio para representar a los pobres nomenclatura, ahora es diferente, se llama la "*toma de decisiones compatible*" con una excepcional manera más restringida que la vieja prohibición. El Estatuto de las Personas con Discapacidad, y el Código de Procedimiento Civil Nueva buscaban, ahora una más amplia y una más restringida, sin embargo, tanto con el fin de promover la seguridad del portador de discapacidad, igualitando a toda la sociedad.

Keywords: ley de los discapacitados; Código de Procedimiento Civil 2015; discapacidad; interdicción; normas de conflicto.

INTRODUÇÃO

Recentemente, uma nova Lei ganhou a cena jurídica brasileira e que causou grandes mudanças no que se entendia como capacidade ou incapacidade. Trata-se da Lei n. 13.146/2015, chamada de Estatuto do Portador de Deficiência.

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. Bolsista da Capes/Prosup. Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados – MS. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: gilbertomarchetti@gmail.com.

2 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: bartnikovskile@hotmail.com.

3 Graduada em Letras Anglo Portuguesa com habilitação em Português e Literatura pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama (1981). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama (1984). Graduada em Licenciatura nas Disciplinas Profissionais do 2º grau (Hab Dto usual-leg apl) pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama (1985). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1999). Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Professora Titular da Universidade Paranaense - UNIPAR no Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR. danicne@gmail.com

É certo que a sociedade brasileira convive com pessoas que, por limitações físicas ou mentais, precisam ser tratadas como iguais na medida de suas igualdades. E esse foi o objetivo central da lei: dar tratamento adequado e digno aos portadores de deficiência.

Em um de seus aspectos, a nova *Lex* trouxe grandes alterações no regime da capacidade civil e do procedimento de interdição.

Por outro lado, também recente a vigência do novo Código de Processo Civil que promoveu grandes mudanças no sistema processual brasileiro, sendo o procedimento de interdição um deles.

E nisso surge a problemática que será desenvolvida nesse articulado. Deveras, tanto o novo Código Processual quanto o Estatuto do Portador de Deficiência tratam da mesma matéria, qual seja a interdição. Contudo, a despeito de ambas as leis terem tramitado ao mesmo tempo na Casa Legislativa, o tratamento oferecido pelas leis são diversos, chegando ao ponto de conflitarem entre si.

Daí a importância do estudo do tema: saber qual lei deverá prevalecer na antinomia instalada entre o CPC e o EPD.

1 REGIME DAS INCAPACIDADES E INTERDIÇÃO ANTES DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei nº 13.146/2015 trouxe inovações significativas para o âmbito do direito civil acerca do instituto das incapacidades, alterando-o quanto às indicações dos absolutamente e relativamente incapazes descritas nos art. 3º e 4º do Código Civil de 2002[4].

"Capacidade" - palavra que advém do latim *capere*, que significa agarrar, prender, tomar nas mãos, adquirir, apanhar[5] - é aquela reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção, ou seja, ao nascer com vida, adquire-se a capacidade de direito ou de gozo[6]. Contudo, existe aquela para exercer direitos, denominada de capacidade de fato ou de exercício[7].

Capacidade de fato ou de exercício é a possibilidade de exercer por conta própria os atos da vida civil[8], pressupondo, assim, que determinada pessoa tenha consciência sobre os atos por ela praticados.

Ao se verificar que as pessoas portadoras de capacidade de direito, não são possuidoras da capacidade de fato ou de exercício, possível dizer que essas são chamadas de incapazes, visto que têm suas capacidades limitadas[9], seja por conta de maioridade, saúde, desenvolvimento mental, etc. Registre-se que não pode ser incluída dentre essas hipóteses as pessoas portadoras de deficiência.

Logo, incapacidade vem a ser a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, no qual a lei prevê quem excepcionalmente necessita de proteção, pois a capacidade é uma regra, enquanto que a incapacidade é a exceção[10], fato esse acentuado ainda mais pela LF n. 13.146/2015.

4 TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. Estatuto da Pessoa com Deficiência: crítica à incapacidade de fato. **Revista Jus Navigandi.** Teresina, ano 20, n. 4449, 6 set. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42271>. Acesso em 13 abr. 2016.

5 CAPACIDADE. *In:* **Origem da palavra**. Disponível em: http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/capacidade. Acesso em 11 ago. 2016.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 95.

7 TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 73.

8 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 169.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. v. 1, p. 110.

10 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. v. 1, p. 170.

A incapacidade é dividida em relativa e absoluta, onde está situada no art. 3º do Código Civil de 2002, acarretando a proibição total do exercício, por si só[11], em razão da idade reduzida, de enfermidade ou qualquer outra causa que afete o seu discernimento, podendo, entretanto, exercer seus atos por meio de representantes legais, no qual o poder concedido a estas, derivam da lei.

Representar significa estar no lugar de alguém, substituir uma pessoa[12], em que este agindo em seu nome, fala, pensa e quer como aquele (incapaz).

Antes da LF n. 13.146, o art. 3º do Código Civil era redigido assim:

> Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I - os menores de dezesseis anos;
>
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
>
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Quanto à capacidade relativa, é permitido que o incapaz pratique os atos da vida civil, desde que, devidamente assistido por seu representante legal[13]. Observando que, os atos praticados por aqueles sem a devida assistência, geram nulidade relativa (CC, art. 171, I). Aqui, a lei permite que os relativamente incapazes ajam em seu próprio nome.

No relativo a eles, o art. 4º do Código Civil preceituava:

> Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
>
> I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
>
> III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
>
> IV – os pródigos.

Com as espécies de incapacidades acima explicitadas, quando ocorrem algumas delas, seja absoluta ou relativa, surge a necessidade de um representante ou assistente, respectivamente. O processo para avaliar se é absolutamente ou relativamente incapaz, se dá através da interdição, que vêm a ser uma medida de proteção consistente em declarar que em determinada pessoa não se verifica o pressuposto da plena capacidade para promover seus negócios, inibindo assim, a prática dos atos da vida civil[14].

A interdição visa apurar a capacidade ou a incapacidade de uma pessoa maior de 18 anos, devendo está ser provada[15], podendo ser relativa ou absoluta. O presente instituto está inserido nos arts. 1.767 e seguintes, do Código Civil, embora alguns tenham sido revogados com o advento do Código de Processo Civil[16].

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. v. 1, p. 111.

12 RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil:** lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 431.

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. v. 1, p. 120.

14 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. v. 1, p. 208.

15 ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO Maria Izabel de. **Manual de direito civil.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 1611.

16 FUJIKI, Henrique. **Da antinomia entre o Novo CPC e o estatuto da pessoa com deficiência e seus efeitos no Direito da Família quanto ao regime civil das incapacidades.** Disponível em http://henriquefujiki.jusbrasil.com.br/artigos/234193218/da-antinomia-entre-o-novo-cpc-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-efeitos-no-direito-da-familia-quanto-ao-regime-civil-das-incapacidades. Acesso em 15 mar. 2016.

A sentença produzida pela interdição é declaratória[17], visto que produz efeito desde logo, onde se nomeia um "curador" - palavra derivada do latim *curare*, que significa cuidar -, pessoa incumbida de cuidar dos interesses do incapaz[18].

Com as alterações sofridas nos presentes institutos promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, verifica-se uma grande mudança em toda a sistemática dantes estabelecida, tanto no regime das incapacidades quanto no procedimento da interdição.

2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS OBJETIVOS

O Estatuto em seu art. 1º, no parágrafo único, apresenta ideias constantes na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

O art. 3º do Tratado de Nova York 6.949, consagra como princípio a dignidade inerente à igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia para fazer suas próprias escolhas, mudando assim, dispositivos anteriores que restringiam as escolhas e vontades das pessoas com deficiência[19].

A finalidade, então, do Estatuto é fazer com que a pessoa com deficiência deixe de ser "rotulada" como incapaz para ser considerada em uma perspectiva constitucional de igualdade, dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade da recepção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil[20].

Pela abrangência de alcance de suas normas, o Estatuto traduz uma conquista social, visto que busca integrar o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis[21], princípio esse de difícil conceituação.

> Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – por mais reservas que se deva ter em relação a tal concepção! – como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa.[22] (SARLET, 2015)

17 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. v. 1, p. 114.

18 VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito Civil:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6, p. 496.

19 TARTUCE, Flávio. Op. cit. p. 84.

20 GAGLIANO, Pablo Stolze. Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 200, n. 4411, 30 de jul. 2015. Disponível em https://jus.com.br/artigos/41381. Acesso em 6 fev. 2016.

21 Idem.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 9/2015, p. 345-374, ago. 2015.

Mas, numa tentativa de conceituá-la, poder-se-ia afirmar que a dignidade da pessoa humana é "um valor espiritual e moral" ligados ao ser humano, manifestando-se como um mínimo indispensável e invulnerável que deve ser protegido pelo ordenamento jurídico e respeitado pelos demais da sociedade.[23]

In casu, o princípio da dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela diferente das coisas, mais sim considerada e tratada como um fim em si mesma e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado[24], exatamente como preceituado no art. 1º do Estatuto. Essa norma, cuja matriz é o art. 1º, III, da CF, pretende assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

A pessoa com deficiência passa a ter o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 84 do EPD).

A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, de maneira que pode casar-se ou constituir união estável; exercer direitos inerentes à liberdade sexual e de reprodução; direito de decidir sobre o planejamento familiar; exercer o direito à convivência familiar; exercer direito de guarda, à tutela, à curatela e à adoção.

É possível notar que o Estatuto reconstrói e amplia o conceito sobre capacidade nos artigos 3º e 4º do Código Civil[25], seja oferecendo, seja assegurando mais direitos a pessoas que antes padeciam de certas restrições para o exercício pleno de seus direitos. Esse raciocínio não é compartilhado por todos. Por exemplo, para José Fernando Simão e Vitor Kumpel, à dignidade da pessoa deveria ser resguardada por meio da proteção como vulneráveis e não como capazes.[26]

3 A INCAPACIDADE E O REGIME DE INTERDIÇÃO DE ACORDO COM O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto, em seu art. 114, revogou todos os incisos do art. 3º e alterou os incisos II e III do art. 4º do Código Civil de 2002. A codificação atual passou a ter a seguinte redação:

> Art. 3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
>
> I – revogado;
>
> II – revogado;
>
> III – revogado.
>
> Art. 4.º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer":
>
> I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
>
> III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
>
> IV – os pródigos.

23 MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129.
24 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999. p. 20.
25 GAGLIANO, Pablo Stolze. Op. cit.
26 TARTUCE, Flávio. Op. cit. p. 1441.

Com as mudanças ocorridas, verifica-se que apenas os menores de 16 anos, denominados classicamente como menores impúberes, são absolutamente incapazes, pois entendeu o legislador que, com essa idade, a pessoa não tem discernimento suficiente para distinguir o que pode ou não pode fazer[27].

As pessoas elencadas no art. 3º anterior, que eram tidas como deficientes, agora passam a ser plenamente capazes, ressalvando eventual enquadramento em uma das hipóteses do art. 4º do Código Civil[28], o que permite, em consonância ao § 2º, do art. 84, a chamada decisão apoiada, facultada pela própria pessoa com deficiência.

Quanto ao relativamente incapaz, ocorreu mudança somente nos incisos II e III, retirando-se a menção por "deficiência mental tivessem o discernimento reduzido" e "os excepcionais sem desenvolvimento completo", sendo neste último enquadrado o portador de síndrome de *Down*.

Agora, fica como relativamente incapaz aquelas pessoas que podem praticar determinados atos por si só. Contudo, estas devem ser assistidas por seus representantes para prática dos atos em geral[29].

Quanto à interdição, esta é uma declaração que determina se pessoa é absolutamente ou relativamente incapaz de praticar os atos da vida civil, pela perda do discernimento para conduzir seus próprios interesses[30].

A partir da vigência do Estatuto, sustenta Paulo Lôbo:

> Não há mais que se falar em processo de interdição que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.[31]

Não obstante a isso, o procedimento de interdição segundo Rodrigo da Cunha Pereira continuará existindo, porém em uma nova perspectiva, limitada apenas ao conteúdo econômico e patrimonial.[32]

Com a transformação do instituto das incapacidades e do regime da interdição a partir da vigência do Estatuto, surge uma nova espécie de pessoas capazes, ou seja, os capazes sob curatela[33].

De acordo com o art. 84, do Estatuto, a pessoa somente será submetida à curatela, conforme a lei, sendo esta definição considerada medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Não afetará o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, visto que a curatela, somente existirá para conteúdo de natureza patrimonial e negocial, devendo na sentença judicial constar as razões e motivações da curatela, em face do curatelado.

O juiz deverá dar preferência à pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado, no qual este elegerá duas pessoas idôneas, atualmente denomina-se "curatela compartilhada"[34], cuja finalidade é a proteção dos interesses do incapaz.

---

27 Ibidem. p. 87.

28 Ibidem. p. 84.

29 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado:** parte geral, obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2016. p. 115.

30 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvado: JusPodivm, 2016. p. 1.176.

31 LÔBO, Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes**. Disponível em www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes. Acesso em 4 mai 2016.

32 PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Lei 13.146 Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil. Acesso em 4 mai. 2016.

33 SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2).** Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas. Acesso em 12 mai. 2016.

34 TARTUCE, Flávio. Op. cit. p. 1.466.

No caso relevante ou de urgência poderá ser nomeado pelo juiz um curador provisório.

Também o art. 114, trouxe mudanças acerca da interdição, visto que alterou praticamente todos os artigos correspondentes a este instituto no Código Civil, desde o art. 1.767 ao 1.778, não mencionando "a interdição", mais sim, "o processo que define os termos da curatela".

4 A INTERDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O regime da interdição é todo estruturado no Código de Processo Civil. Contudo, é de observar que o art. 1.072, II, do diploma em estudo revogou os arts. 1.768 a 1.772 do Código Civil, que previam tal modalidade, artigos estes que já haviam sido revogados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Interdição é o procedimento especial de jurisdição voluntária, seguido pelo rito estabelecido nos arts. 747 a 758 do Código de Processo Civil[35], em que se busca uma sentença de natureza constitutiva[36], que torna determinada pessoa absolutamente ou relativamente incapaz.[37]

O art. 747 do CPC[38] prevê a legitimidade ativa do processo de interdição ao elencar as pessoas que podem promover a interdição, legitimação esta denominada de concorrente, pois existe mais de um legitimado à propositura da ação[39].

Deve nessa parte ser observado que a LF n. 13.146/2015 acrescentou mais uma hipótese nesse rol, *v.g.*, a possibilidade da própria pessoa promover a interdição, denominada de autointerdição.[40]

O Ministério Público poderá promover a interdição, porém, somente em alguns casos, sendo restrita essa legitimidade, visto que se proporá a interdição em caso de deficiência mental ou intelectual, quando os demais legitimados ativos não existirem, ou se existindo não promoverem a interdição ou forem incapazes (art. 748, do CPC) [41].

Observa-se que, o Ministério Público não sendo autor do processo de interdição, atuará como fiscal da ordem jurídica (art. 752, § 1º, do CPC) [42].

Incube ao interessado especificar na petição inicial, os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que essa incapacidade se revelou. Aqui, exige-se que sejam preenchidos os requisitos dos arts. 319 a 320 do CPC.

Justificada a urgência, poderá o juiz, de forma provisória, nomear um curador ao interditando para determinados atos. Neste caso, a tutela provisória tem natureza satisfativa, cujo objetivo é antecipar a curatela do interditando, que só posteriormente será interditado[43].

35 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p. 119.

36 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.184.

37 Ibidem. p. 1.176.

38 CPC/15, art. 747. A interdição pode ser promovida:
I - pelo cônjuge ou companheiro;
II - pelos parentes ou tutores;
III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
IV - pelo Ministério Público.
Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.

39 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.177.

40 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 811.

41 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.177.

42 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 810.

43 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.180.

Em consonância aos fatos que devem ser demonstrados na inicial, o requerente deverá juntar laudo médico a fim de provar as alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo, exigência esta destinada a impedir a propositura de procedimento de interdição abusiva ou inviável[44], pois a interdição só deve existir em situações excepcionais e comprovadas.

O exame pessoal do interditando será realizado em audiência, em que o juiz fará uma entrevista minuciosa acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares, afetivos e os que mais parecerem pertinentes para convencimento quanto à sua capacidade para praticar os atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.[45]

A finalidade desta entrevista é estabelecer a necessidade e os limites a serem impostos da curatela[46].

Após a entrevista realizada com o interditando, este terá o prazo de 15 (quinze) dias para contestar o pedido.

A interdição será fiscalizada pelo Ministério Público para manter a ordem jurídica, sendo que este agirá de forma obrigatória. Somente se dispensa sua intervenção quando for o autor da ação.[47]

O interditando poderá constituir advogado e, caso não o faça, deverá ser nomeado um curador especial (Defensor Público). No caso em que este não constitua advogado, o cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.

Transcorrido o prazo de 15 (quinze) dias, caberá ao juiz nomear perito. Este, com equipe composta por expertos com formação multidisciplinar, tem por obrigação avaliar a capacidade do interditando para atos da vida civil.

Observa-se que o artigo em estudo, não deu faculdade para o juiz quanto à realização da prova pericial, discutindo-se se este viola o princípio do convencimento motivado, pois é uma exigência da lei.[48]

Após a apresentação do laudo pericial, requisito necessário para comprovação da incapacidade, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença, sendo esta de mérito com todos os seus requisitos - relatório, fundamentação e dispositivo -, revestida de publicidade e com natureza constitutiva e de efeito *erga omnes* e *ex nunc*.[49]

Também cabe ao juiz analisar as características pessoais, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferência do interditando para verificar qual devem ser os limites da interdição, para que na sentença possa nomear um curador, que atenda aos interesses do curatelado, especificando a este quais são os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interditando.[50]

A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juiz e a plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 06 (seis) meses, além da imprensa local, uma vez, e no órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias. Deve constar no edital os nomes do interdito e do curador, bem como as causas de interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

44 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 811.
45 GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. p.119.
46 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 811.
47 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.183.
48 Ibidem. p. 1.184.
49 Ibidem. p. 1.187.
50 TARTUCE, Flávio. Op. cit. p. 1.468.

Quanto ao art. 756 do CPC, prevê hipóteses de interrupção da interdição, ou seja, quando cessar a causa que a determinou, podendo tal pedido ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público, sendo este apensado aos autos da interdição.

Em face do pedido, o juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após apresentação do laudo. Embora se verifique uma omissão legal, entende Daniel Assumpção que, caso o interditado não seja o autor da ação, ele deverá ser citado para que possa, querendo, apresentar defesa.[51]

A sentença a ser proferida nesse caso segue as mesmas regras do art. 755, § 3º do CPC, em que, acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, ou não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial por três vezes com intervalo de 10 dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais.

Nos termos do § 4º, do mesmo artigo, poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito, a depender da prova pericial, para praticar alguns atos da vida civil.[52]

A autoridade concedida ao curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontra sob sua guarda e a responsabilidade, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz. Aqui, deve-se analisar o art. 755, § 2º, o qual prevê que, ao tempo da interdição, da pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá à curatela a quem melhor possa atender aos interesses do interdito ou incapaz.[53]

Verifica que além da gestão dos bens do interditado, o Código impõe ao curador o dever de buscar tratamento e apoio apropriado à conquista da autonomia pelo interdito.[54]

O *caput* do art. 759 do CPC trata apenas do aspecto procedimental da nomeação do tutor e ou curador, no qual estes serão intimados para que prestem compromisso de bom desempenhar o encargo em juízo, no prazo de 05 (cinco) dias. Tal ato se dá por termo em livro rubricado pelo juiz, em que assumem a administração dos bens do tutelado ou do interditando.[55]

Por outro lado, o tutor ou curador poderá eximir-se do encargo da tutela ou curatela no prazo de 05 (cinco) dias. Essa escusa deve ser realizada antes de prestado o compromisso, pois, prestado, terá assumido o encargo de tutor ou curador. Decorrido tal prazo, considerar-se-á renunciado o direito de alegá-la. Mas, acolhido o pedido, o tutor ou curador continuará a exercer a tutela ou curatela enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado.[56]

Quanto à remoção, esta cabe ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse, visto que, o indivíduo apesar de poder ser tutor ou curador, prefere não assumir tal responsabilidade, ou no caso de indivíduos proibidos.[57]

Com o pedido de remoção, o tutor ou curador terá o prazo de 05 (cinco) dias para contestar o alegado e, a partir daí, o procedimento passa a ser comum.

51 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.188.
52 Ibidem. p. 1.189.
53 Idem.
54 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 816.
55 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.190.
56 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit. p. 817.
57 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 1.192.

O juiz poderá suspender o tutor ou curador no exercício de sua função, com consequente nomeação de outra pessoa, em caso de extrema gravidade. Segundo Daniel Assumpção, o juiz agirá de tal forma quando envolver situações de risco iminente à saúde, segurança, vida ou formação do tutelado ou curatela, ou ainda quando comprometerem o patrimônio.[58]

Como tal responsabilidade não é eterna, é lícito requerer a exoneração do encargo. Não requerido o pedido de exoneração do encargo, contado o prazo de 10 (dez) dias seguintes, ocorrendo a expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo se assim, dispensar o juiz.

Cessada a tutela ou a curatela é obrigatória a prestação de contas pelo tutor ou curador, sendo tal prestação moldada em consonância à lei civil.[59]

5 O CONFLITO DE NORMAS ENTRE O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUAL DEVE PREVALECER?

O Novo Código de Processo Civil visou melhorias quanto às condições da pessoa a ser interditada, enquanto que, a Lei 13.146/2015 se funda na dignidade da pessoa humana, buscando a inclusão do deficiente na sociedade.

> O Novo CPC ao tratar da Curatela focou-se no processo de interdição e almejou melhorar as condições pró-interditando, ao contrário do EPD, que afastou a ideia de interdição no Direito Civil focando na inclusão da pessoa com deficiência e tirando deste a condição de incapaz.[60]

O conflito começa com a entrada em vigor de ambas as leis. O Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência entrou em vigor em 6 de janeiro de 2016, revogando e alterando alguns artigos do Código Civil. Por sua vez, o novo Código de Processo Civil entrou em vigência no dia 17 de março deste mesmo ano, revogando-se os artigos alterados pelo Estatuto.

> Dentre os artigos do Código Civil alterados pelo EPD estão aqueles que, por tratarem de matéria processual da interdição, foram revogados expressamente pelo Novo CPC. O mais marcante é, sem dúvidas, o Art. 1768 que em seu caput passou a dizer "O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:", excluindo a hipótese de interdição.
>
> O leitor deve agora prestar muita atenção para não se perder na confusão que isso causará. Atentando-se para a *vacatio* das leis, é possível perceber que o Art. 1768 do CC alterado pelo EPD terá vigência de três meses, que é o tempo até a vigência do Novo CPC começar, e consequentemente revogar o artigo em questão.[61]

Diante disso, discute-se qual a norma prevalecente neste caso, visto que, o Estatuto do Portador de Deficiência teve vigência de menos de três meses nesse aspecto? Mesmo porque, "a entrada de duas novas leis que, dentre diversos temas, tratam em determinado momento do mesmo assunto, causaria certa confusão nos primeiros meses e até anos de adaptação, além de incansáveis discussões concernentes à validade e ao uso de ambas" [62].

58 Ibidem. p. 1.193.
59 Idem.
60 FUJIKI, Henrique. Op. cit.
61 Idem.
62 Idem.

Trata-se de tarefa que não é fácil. O trabalho de interpretação entre o Estatuto e o novo CPC deve ser adequado "para se tentar amenizar os efeitos de um verdadeiro 'atropelamento legislativo'. E a tarefa não será fácil, na medida em que o novo CPC já surgirá com muitos dispositivos atingidos pelo Estatuto"[63]. É preciso compatibilizar as normas.

Para solução desse conflito, deve analisar o momento de publicações das normas, pois a antinomia aparente é dividida em três regras: quanto ao critério hierárquico que é a superioridade de uma fonte de criação jurídica sobre a outra; critério cronológico, volta ao tempo em que as normas entraram em vigência, analisando se ambas possuem o mesmo nível, prevalecendo à última sobre a anterior; e critério da especialidade, ou seja, a lei especial revoga a lei geral.[64]

No caso em comento, tem-se um conflito entre o Novo CPC, *lex posterior generali*, e o Estatuto, *lex priori speciali*. Ou seja, um conflito de norma especial anterior com geral posterior.

> Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat prior speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por se menos seguro que o anterior, podendo gerar uma antinomia real.[65]

Portanto, nessa hipótese, caberia aplicar o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, que daria preferência ao Estatuto do Portador de Deficiência. Mas esse metacritério não tem valor por não conter uma regra absoluta. A depender do caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.[66]

Também deve se considerar que o Estatuto está assegurado pela Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, tratado este recepcionado pela Constituição Federal.

Por isso Fujiki afirma que "o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mesmo sendo *lex priori*, deve ser respeitado, não podendo o Novo CPC revogar os artigos do Código Civil que, por força do EPD, foram alterados"[67]. Entrementes, trata-se de afirmação por demais simplória, sem carga valorativa que merece ser considerada na situação.

Acrescente-se a isso o art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estabelecendo que "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

Assim, para Fredie Didier, é imprescindível "conciliar as leis no plano intertemporal. [...] Para tanto, são dois os postulados interpretativos que serão utilizados: a) as leis estão em sintonia de propósitos; b) elas devem ser interpretadas de modo a dar coerência ao sistema"[68].

Nesse sentido, Didier identifica e faz uma análise de cada dispositivo em conflito, aplicando essas duas premissas:

> Quatro são os dispositivos afetados: arts. 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil; todos eles revogados pelo cpc-2015 e alterados pela Lei n. 13.146/2015.
>
> O art. 1.768 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da legitimidade para a propositura da ação interdição passou a estar no art. 747 do CPC. Agora, a Lei n. 13.146/2015, ignorando a revogação do dispositivo pelo CPC, acrescenta-lhe um

63 GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição? Disponível em http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano. Acesso em 11 ago. 2016.

64 DINIZ, Maria Helena**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70-74.

65 Ibidem. p. 78-79.

66 DINIZ, Maria Helena. Op. cit. v. 1, p. 107

67 FUJIKI, Henrique. Op. cit.

68 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão.** Disponível em http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/. Acesso em 10 ago. 2016.

inciso (art. 1.768, IV, Código Civil), para permitir a promoção da interdição pelo próprio interditando – legitimando a autointerdição, portanto. Não há essa previsão no art. 747, CPC. O artigo alterado será revogado a partir de 18 de março de 2016. O que, então, fazer? Parece que a melhor solução é considerar que a revogação promovida pelo CPC levou em consideração a redação da época, em que não aparecia a possibilidade de autointerdição. A Lei n. 13.146/2015 claramente quis instituir essa nova hipótese de legitimação, até então não prevista no ordenamento – e, por isso, não pode ser considerada como "revogada" pelo CPC. O CPC não poderia revogar o que não estava previsto. Assim, será preciso considerar que há um novo inciso ao rol do art. 747 do CPC, que permite a promoção da interdição pela "própria pessoa".

O art. 1.769 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação interdição passou a estar no art. 748 do CPC. O CPC, no particular, havia inovado, ao exigir que o Ministério Público somente pudesse propor a ação de interdição em caso de doença mental grave (exigência que consta do caput do art. 748 do CPC) – pelo Código Civil, o caso de doença mental grave era um dos casos em que o Ministério Público poderia promover a ação, tanto que aparecia em um dos incisos do art. 1.769 do Código Civil. A Lei n. 13.146/2015, nesse ponto, não percebeu a mudança promovida pelo CPC-2015 e manteve a estrutura do Código Civil, alterando apenas a redação do inciso I do art. 1.769: em vez de "doença mental grave", "deficiência mental ou intelectual". A diferença é evidente e, nesse caso, parece mais adequado considerar que houve revogação tácita do CPC-2015, no ponto, pela Lei n. 13.146/2015. A legitimidade do Ministério Público para a ação de interdição deve observar o comando do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O art. 1.771 do Código Civil foi revogado, pois a disciplina da entrevista judicial do interditando, antes da contestação, passou a estar no art. 751 do CPC. A Lei n. 13.146/2015, alterou, no entanto, a redação de dispositivo, que havia sido revogado pelo CPC. Nesse ponto, a harmonia do art. 751 do CPC e da nova redação do art. 1.771 do Código Civil é mais clara: ambos falam em "entrevista do interditando", em vez de interrogatório ou exame, como se referiam o CPC-1973 e o Código Civil, respectivamente. A diferença é que o CPC-2015 havia "permitido" que o juiz estivesse acompanhado por especialista nessa entrevista, enquanto a Lei n. 13.146/2015 impõe esse acompanhamento, e por equipe multidisciplinar (não um especialista, mas uma equipe). A "imposição" já estava no Código Civil, e havia claramente sido revogada pelo CPC-2015 (art. 751, § 2º, CPC); agora, voltou pela Lei n. 13.146/2015, que me parece, também aqui, revogou tacitamente a revogação do CPC-2015. Já em relação à exigência de o acompanhamento ser por equipe multidisciplinar, isso, obviamente, somente pode ser exigido se for o caso; além de encarecer demais o processo, o caso pode dispensar o conhecimento de vários ramos do conhecimento. O CPC-2015 já havia previsto a possibilidade de equipe multidisciplinar na perícia da interdição (art. 753, § 1º, CPC), regra que obviamente se estendia ao momento da entrevista.

O art. 1.772 do Código Civil foi revogado, pois o regramento da gradação da interdição e da escolha do curador passou a estar no art. 755 do CPC. Nesse ponto, a Lei n. 13.146/2015, ao alterar a redação do art. 1.772, Código Civil, está em total harmonia com o CPC-2015: é preciso modular a interdição, respeitar as preferências do interditando e promover a escolha de curador que mais bem possa atender aos interesses do interdito.[69]

É uma solução, mas longe de ser pacífica e perfeita.

Todas essas considerações e comparações revelam uma grande confusão legislativa, um verdadeiro caos pelo atropelamento de leis sucessivas e sem o devido cuidado dos seus elaboradores. Existem muitos outros problemas a ser sanados [...].

69 Idem.

> Como se nota, o trabalho dos civilistas e processualistas – sem falar dos operadores e julgadores que lidam com os casos práticos no seu cotidiano jurídico – será grande e intenso nos próximos anos, com o fim de sanar todas essas controvérsias e curar os feridos pelos atropelamentos da lei. Tudo está muito confuso, deixando-nos perdidos.

Contudo, as duas premissas estabelecidas por Fredie Didier parecem ser ideais para se iniciar o trabalho de solução dessa problemática. De fato, qualquer trabalho hermenêutico deve partir do pressuposto de que as leis estão em sintonia de propósitos (proteção dos portadores de deficiência, melhorias quanto às condições da pessoa a ser interditada e adignidade da pessoa humana, buscando a inclusão do deficiente na sociedade) e, portanto, devem ser interpretadas de modo a dar coerência ao sistema.

Seguindo essas duas premissas, a solução que se resultará com o trabalho hermenêutico dos operadores do direito, atenderá as necessidades do portador de deficiência na sociedade moderna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Pessoa com Deficiência busca inovações acerca do tratamento a ser dado a pessoas que antes sofriam grandes limitações, colocando-as em paridades com as demais, acrescentado a estes direitos fundamentais como de se casarem, de constituírem famílias e de serem felizes.

É um avanço, notadamente no campo dos direitos fundamentais, buscando, em suma, a inclusão do portador de deficiência na sociedade, buscando a interferência mínina na sua vida civil.

Contudo, o início da vigência do Estatuto coincidiu com o início de outra norma também de importância impar: o novo Código de Processo Civil, que trouxe grandes alterações no sistema processual brasileiro. E a interdição – procedimento necessário para a fixação da curatela – não escapou dessas mudanças, que foram bastante sensíveis.

Entrementes, o legislador não tomou a cautela devida para compatibilizar ambos os sistemas, o que causou algumas antinomias, notadamente no relativo aos arts. 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil; todos eles revogados pelo novo Código e alterados pela Lei n. 13.146/2015.

O metacritério da *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não é suficiente para solucionar o conflito, pois não é absoluto e deve atender uma alta carga valorativa.

Nesse sentido, à luz do art. 2º § 2º da LINDB, a solução deve se primar pela compatibilização de ambos os sistemas. Daí, qualquer interpretação deve considerar o pressuposto de que o Estatuto e o Código de Processo Civil estão em sintonia de propósitos (proteção dos portadores de deficiência, melhorias quanto às condições da pessoa a ser interditada e a dignidade da pessoa humana, buscando a inclusão do deficiente na sociedade) e devem ser tratadas de forma a permitir certa coerência ao sistema.

Nessa ordem de ideias, a solução que se resultará com o trabalho hermenêutico dos operadores do direito, atenderá as necessidades do portador de deficiência na sociedade moderna.

AGRADECIMENTOS

Agradecem a todos os professores, amigos e familiares que de uma forma ou de outra contribuíram para o desenvolvimento desse trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana:** um esboço traçado a partir da variedade de concepções. Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, p. 481.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO Maria Izabel de. **Manual de direito civil.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão.** Disponível em http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/. Acesso em 10 ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUJIKI, Henrique. **Da antinomia entre o Novo CPC e o estatuto da pessoa com deficiência e seus efeitos no Direito da Família quanto ao regime civil das incapacidades.** Disponível em http://henriquefujiki.jusbrasil.com.br/artigos/234193218/da-antinomia-entre-o-novo-cpc-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-efeitos-no-direito-da-familia-quanto-ao-regime-civil-das-incapacidades. Acesso em 15 mar. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. É o fim da interdição? Disponível em http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano. Acesso em 11 ago. 2016.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 200, n. 4411, 30 de jul. 2015. Disponível em https://jus.com.br/artigos/41381. Acesso em 6 fev. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

_____. **Direito Civil esquematizado:** parte geral, obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LÔBO, Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes**. Disponível em www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes. Acesso em 4 mai 2016.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** Salvado: JusPodivm, 2016.

Origem da palavra. Disponível em http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/capacidade. Acesso em 11 ago. 2016.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Lei 13.146 Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil. Acesso em 4 mai. 2016.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do código civil:** lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 9/2015, p. 345-374, ago. 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2).** Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas. Acesso em 12 mai. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. Estatuto da Pessoa com Deficiência: crítica à incapacidade de fato. **Revista Jus Navigandi.** Teresina, ano 20, n. 4449, 6 set. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/42271>. Acesso em 13 abr. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo**. Direito Civil:** direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 6.

O MANTO DA IMPRESCRITIBILIDADE NOS DANOS AO MEIO AMBIENTE

Mikeline Bueno de Menezes[1]

Resumo: Demonstra-se neste ensaio o instituto da prescrição na reparação dos danos ambientais. Outrossim, frente a este instituto, travou-se verdadeira celeuma doutrinária em seu *status*, ora tendo a aplicação do lapso temporal aos danos ambientais; ora, tratando-o sob o manto da imprescritibilidade. Pela primeira posição, há a incidência do instituto prescricional baseado no Direito privado, relacionada aos pilares da propriedade e segurança jurídica. A *contrario sensu*, muito embora a prescritibilidade seja a regra, na hipótese do Direito Ambiental, a imprescritibilidade se impõe, visto o objeto a ser protegido, ser tipicamente um bem de natureza difusa, bem com tratar-se de direito fundamental e essencial inerente à vida das futuras gerações. Como fundamento e a fim de promover mecanismos para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado trilhou o caminho da intervenção do Estado ou sociedade em prol da imprescritibilidade das ações de natureza ambiental. Versando sobre o broquel da responsabilidade civil Estatal na preservação ambiental, este, goza de *status* constitucional e lei infraconstitucional, devendo o ente público ser diretamente responsável ou corresponsável pelos danos ambientais, já que é seu dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Nessa senda, a reparação dos danos ambientais, está protegida pelo manto da imprescritibilidade, entendimento diverso, certamente é macula de tamanha grandeza, visto que não pode ser tolerada por nenhum órgão jurisdicional afinado com o regramento constitucional vigente, a fim de salvaguardar direito fundamental à vida e de lançarmos "sementes duráveis à Terra", para a colheita das próximas gerações.

Palavras-Chave: Instituto prescricional. Manto da imprescritibilidade. Dano Ambiental. Responsabilidade do Estado.

Abstract: It is demonstrated in this trial the prescription institute in repairing environmental damage. Furthermore, compared to the institute, caught up real stir doctrinaire in his status, now with the application of temporal lapse of environmental damage; now, treating it under the cover of imprescriptibility. For the first position, there is the effect of the limitation institute based on private law, related to the pillars of property and legal certainty. A contrario sensu, although the prescribility is the rule, in the case of environmental law, the imprescriptibility is necessary, since the object be protected typically be a very diffuse nature and with that it was essential and fundamental inherent right to life of future generations. As the foundation and to promote mechanisms for the protection of the ecologically balanced environment, tread the path of state intervention or society for the non-applicability of environmental actions. Dealing on the buckler of State liability in environmental preservation, it enjoys constitutional status and infra-constitutional law, with the public entity is directly responsible or co-responsible for environmental damage, since it is their duty to monitor and prevent such damage from happening. In this path, the repair of environmental damage, is protected by the mantle of imprescriptibility, different understanding, is certainly macula of such magnitude, as it can not be tolerated by any court in tune with the current constitutional regramento in order to safeguard the fundamental right to life and launch "durable seeds to Earth" for the harvest of the next generations.

Keywords: limitation Institute. Mantle of imprescriptibility. Environmental damage. State responsibility.

1 Licenciada em Química pela UEMS. Bacharel em Direito pela Universidade do Paraná – Unipar. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Processual Penal pela EAD Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós-graduada *lato sensu* em Teoria do Estado, relações privadas e processo pela Escola Superior da Magistratura. Secretária Executiva da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea caminha rumo ao crescimento tecnológico desenfreado e ao capitalismo selvagem, vê-se, pois, o assalto predador do processo tecnológico e o crescimento a qualquer custo, em que o poder indiscriminado do homem afeta sobremaneira a paisagem natural da Terra.

O espelho do mundo mostra que o agravamento deste quadro de exploração da natureza sem medida e ausência de consciência coletiva, se personifica no ato de irresponsabilidade ambiental, exigindo uma discussão acerca do valor à vida. Entrementes, há uma necessidade de se lançar um olhar sobejamente reflexivo sobre o instituto prescricional nos danos ambientais, repensando-o de modo a inseri-lo na realidade jurídica, social e ambiental.

Outrossim, o bom argumento que seduz ao interesse pelo presente ensaio é a observação da natureza e a dinâmica do direito sob a ótica ambiental, atinentes a reparação do dano ambiental, o instituto prescricional dessa pretensão, bem como a responsabilidade do Estado como instrumento na preservação do meio ambiente.

Por conseguinte, temos no cenário jurídico o instituto prescricional sob à égide ambiental, na qual travou-se verdadeira celeuma doutrinária em seu *status*, ora tendo a aplicação do lapso temporal nas lesões causadas ao meio ambiente, ora tratando-o sob o manto da imprescritibilidade.

A contrario sensu, os defensores da imprescritibilidade no direito ambiental ponderam que, muito embora a prescritibilidade seja a regra, na hipótese do Direito Ambiental, o objeto a ser protegido é tipicamente um bem de natureza difusa, logo a imprescritibilidade é a exceção.

Destarte, parte-se da premissa de que o instituto da prescrição, no âmbito do direito ambiental, é medida acautelatória, pois a tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado merece atenção redobrada, ainda mais, quando se trata não apenas de norma "fria" ou "morta", mas de norma regimental que visa a proteção da sociedade.

Ao trazermos à baila o referido instituto, não podemos esquecer de ressaltar os mecanismos de defesa para tutela ambiental, que são conhecidas como ações de natureza ambiental e que no presente ensaio expressa relevância da pretensão de reparação do meio ambiente, possuindo caráter imprescritível.

Urge ressaltar a responsabilidade estatal por danos causados ao meio ambiente, sendo que esta matéria goza de *status* constitucional, constante do parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal, bem como no parágrafo 1º do artigo 14 da Lei n. 6938/81. Mister é incitar em breves reflexões acerca da responsabilidade civil do Estado como instrumento para preservação do meio ambiente, a fim de garantir a efetiva e desejada reparação ambiental.

Por corolário, todas essas achegas jurídicas são de imenso valor, pois seguro é dizer que para haver um meio ambiente ecologicamente equilibrado à humanidade, vamos perseguir o caminho do cuidado com nosso planeta Terra, perfilhando entendimento da inaplicabilidade do instituto prescricional na égide ambiental, a fim de salvaguardar "às futuras gerações, ar puro, água limpa, e pastos verdejantes".

1 PRESCRIÇÃO

1.1 Prescrição no âmbito Civil

De proêmio, vejamos a definição de tempo romantizada pelo brilhantismo da poesia de Cecília Meireles[2]:

2 MEIRELLES, Cecília. **Retrato Natural**. Disponível em: http://www.citador.pt/poemas/o-tempo-seca-o-amor-cecilia-meireles. Acesso em: 04 maio 2016.

> [...] O tempo seca a saudade, seca as lembranças e as lágrimas. Deixa algum retrato, apenas, vagando seco e vazio como estas conchas das praias. O tempo seca o desejo e suas velhas batalhas. Seca o frágil arabesco, vestígio o musgo humano, na densa turfa mortuária. Esperarei pelo tempo com suas conquistas áridas. Esperarei que te seque não na terra, Amor-Perfeito, num tempo depois das almas.

O tempo é um fato jurídico natural de enorme importância nas relações jurídicas travadas na sociedade, uma vez que tem grandes repercussões no nascimento, exercício e extinção de direitos. O decurso de certo lapso temporal no exercício de determinadas faculdades jurídicas pode ser o fato gerador da aquisição de direitos. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p.495).

Continua ensinando Pablo Stolze (2012, p.497) ao definir "a prescrição é a perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto pela lei".

Ainda neste contexto, Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.516), afirma que "o instituto da prescrição é necessário, para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos".

À primeira vista, tem-se a impressão de que não há pretensões imprescritíveis na sistemática do Código Civil, pois a prescrição ocorre em prazos especiais, discriminados no art. 206, ou no prazo geral de dez anos, previsto no art. 205. Entretanto, a doutrina aponta várias pretensões imprescritíveis, afirmando que a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade a exceção. (GONÇALVES, 2015, p.518).

Depreende-se, portanto, que o instituto da prescrição no ramo do direito civil está relacionado ao direito patrimonial, logo sua aplicação em outros ramos do direito, em especial ao direito ambiental, merece maior cautela, pois mostra-se de salutar importância ante o bem jurídico tutelado ter raízes de cunho natural e fundamental à vida.

1.2 Prescrição x Imprescritibilidade no Direito Ambiental

Se é certo que os danos ambientais jamais terão fim, face ao crescimento tecnológico desenfreado e inúmeras medidas de irresponsabilidade socioambiental adotadas, da mesma forma, é sabido que seus vários degradadores devem ser responsabilizados pela danosidade ambiental provocada, bem como o lapso temporal da pretensão reparatória deverá ser repensado de modo a inseri-lo à realidade jurídica-ambiental.

Malgrado entendimentos diversos, verifica-se que os danos ambientais possuem na essência de sua natureza a atemporalidade, visto que os impactos ambientais se perpetuam ao longo do tempo; logo, sua pretensão reparatória não poderá se sujeitar a marcos temporais estabelecidos pelo ramo privado, ora, o Meio Ambiente pertence à coletividade, sendo um estudo fundamental nos Direitos Difusos e Coletivos.

Nos termos da legislação brasileira, o instituto prescricional sob à égide ambiental, deixa a desejar, visto que não há discriminação ou regras de prazos pré-estabelecidos, restando um verdadeiro embate quanto à temática abordada.

Frente a este instituto, travou-se verdadeira celeuma doutrinária em seu *status*, ora tendo a aplicação do lapso temporal aos danos ambientais, ora, tratando-o sob o manto da imprescritibilidade.

Dentro desse contexto, válido ressaltar que a grande importância do tema segundo Antunes (2011, p. 961), está situada na órbita do direito processual e não propriamente na do direito qualificado como "material". Constituindo em uma defesa do réu que, se acolhida, importa julgamento com apreciação do mérito, conforme determinação do CPC.

Nesse foco, o impoluto doutrinador, "aduz que a prescrição recai sobre direito patrimoniais e que, em direito ambiental, apenas parcialmente se pode falar em direitos patrimoniais, visto que os bens tutelados em sua essência, não possuem valor econômico". (ANTUNES, 2011, p.962).

No caso em exame, impossível não citar Édis Milaré (2013, p. 1477), que possui a mesma posição ora exposta, na qual nega o instituto da prescrição no Direito Ambiental, *in verbis:*

> Conforme salientamos alhures, o Direito enxerga o dano ambiental sob dois aspectos distintos: a) o dano ambiental coletivo, dano ambiental em sentido estrito ou dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo, e b) o dano ambiental individual ou dano ambiental pessoal, sofrido pelas pessoas e seus bens. Assim é porque um mesmo fato pode ensejar ofensa a interesses difusos e individuais, como ocorre, por exemplo, com a contaminação de um curso de água por carregamento de produto químico, nocivo (...). De fato, o estabelecimento de um prazo para o ajuizamento da ação tendente à composição da lesão ambiental resulta por completo inadequado para o sistema de prescrição.

Assim, é de salutar importância entender que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado exige ser um direito excepcional, diferente do privado, devendo ser reconsiderado a incidência do lapso temporal para a devida pretensão à reparação do meio ambiente degradado, nessa senda:

> É claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório. Cuida-se de um direito fundamental e indisponível do ser humano (...). Em resumo, não estamos diante de direito patrimonial quando se trata de matéria de tutela do meio ambiente difusamente considerado. Trata-se de um direito fundamental, indisponível, do ser humano; logo, inatingível pela prescrição. (MILARÉ, 2013, p.1478)

Em ato contínuo, seus defensores afirmam que a imprescritibilidade no direito ambiental, trata-se de exceção, ao se comparar com a prescritibilidade, que é a regra, pois na hipótese do Direito Ambiental, o objeto a ser protegido, é tipicamente um bem de natureza difusa, considerado um bem maior a ser preservado, logo a imprescritibilidade é a exceção. (ALVES, 2011, p. 22).

Um dos autores que levantam essa bandeira, encontra-se a figura do saudoso professor Sérgio Luis Mendonça Alves (2011, p. 22-23), que afirma justamente o exposto acima, bem como enaltece essas diferenças da imprescritibilidade no ramo dos bens do direito privado e dos bens tipicamente de natureza difusa, tratando este último com maior profundidade na seara ambiental, por conseguinte enaltece que:

> [...] os domínios do direito privado e do direito público convivem, modernamente, com a dinâmica de um novo ramo do direito: o dos direitos difusos. Em tempos recentes, disciplinas desse ramo novo do direito vêm alterando profundamente relações públicas e privadas, restringindo aquilo que era essencialmente privado e relativizando aquilo que se entendia por público [...] Depreende-se, portanto, que este instituto de direito civil — a prescrição -, estritamente ligado ao direito privado de propriedade, passa a ser objeto de interpretação restrita em relação a outras disciplinas do ensino do direito, nem sempre aplicado a outros ramos, ou recebendo disciplina própria. A prescrição está essencialmente, umbilicalmente, ligada ao instituto da propriedade, não se pode esquecer que este instituto, influenciado pelas novas disciplinas, de direito coletivo em sentido amplo, e, principalmente, pela nova disciplina constitucional em relação à propriedade, condicionando-a à sua função social (CF 5°, XXIII) e ecológica (CF 170, VI c.c. 185, II), vem sendo profundamente alterado, permitindo interpretação distinta para sua aplicabilidade, inclusive em relação à prescrição. (ALVES, 2011).

Faz-se mister ressaltar, a opinião do renomado Hugo Nigro Mazzilli (2014, p.685-686), lecionando que "o direito ao meio ambiente sadio é imprescritível", e continua:

> Em se tratando de questões transindividuais que envolvam direitos fundamentais da coletividade, é impróprio invocar as regras de prescrição próprias do Direito Privado. O direito de todos a um meio ambiente sadio não é patrimonial, muito embora seja passível de valoração, para efeito indenizatório. (...) É imprescritível a pretensão reparatória de caráter coletivo, em matéria ambiental. Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras. Como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?! Não se pode dar à reparação o regime de prescrição patrimonial do direito privado. A luta por um meio ambiente hígido é um metadireito, suposto que antecede à própria ordem constitucional. O direito ao meio ambiente hígido é indisponível e imprescritível, embora seja patrimonialmente aferível para fim de indenização. (MAZZILLI, 2014).

De outra banda, tem-se o entendimento diverso, ao afirmar que as sociedades e os indivíduos não podem viver eternamente presos ao peso de seus passados, seja para lamentá-lo, seja para exaltá-lo. Assevera-se, que no mundo do direito, a prescrição é um dos mecanismos aptos a evitar que o passado continue a dominar o presente, fazendo com o que o último possa se desenvolver sem os pesos do que ficou para trás. Sem a existência da prescrição, as violações de direito praticadas no passado permaneceriam constantemente puníveis e abertas, impedindo a consolidação de situações de fato. Afirma ainda, que o que se busca estabelecer é uma regra de equivalência que seja socialmente aceita e, portanto, capaz de assegurar padrões desejáveis de estabilidade social, com força para afastar o "rancor" e o "ressentimento" da vida social, que se perpetuariam caso não houvesse o mecanismo legal do esquecimento. (ANTUNES, 2011, p. 967).

A prescrição ora tratada por Antunes (2011, p.968), é definida como "a repercussão causada na ordem jurídica pelo decurso do tempo operando os efeitos já enunciados".

Nesse particular, no direito brasileiro, a matéria está regulada, em termos gerais, pelo CC, ainda que leis especiais possam prever prazos e situações especiais de prescrição. (ANTUNES, 2011, p.968).

Portanto faz-se agora, a transcrição do entendimento do autor, sobre a base dúplice que se constitui a prescrição:

> (i) decurso de tempo e (ii) inércia do titular. Para as questões que estão sendo abordadas neste texto, avulta a inércia do titular. Digo isto porque os negadores da prescrição em matéria ambiental, de maneira geral, negligenciam o aspecto subjetivo na sua construção. Muitas vezes, a negação da possibilidade de existência do lapso prescricional é feita de forma tão genérica que se torna difícil compreender-lhe os fundamentos jurídicos. (ANTUNES, 2011, p. 969).

Registra-se manifestadamente favorável o doutrinador Antunes (2011, p.969-971), ao afirmar que a prescrição incide nas lesões causadas ao meio ambiente, visto que, o direito ambiental está inserido na ordem jurídica constitucional, sendo a prescrição um dos pilares do valor segurança jurídica que não pode ser relegado a segundo plano, devendo ser harmonizado com os demais valores constitucionalmente relevantes, como é o caso da proteção ao meio ambiente. Reafirma o temor de que o bem jurídico meio ambiente fique desprotegido é, evidentemente, despropositado. Entretanto, não é despropositado o temor de que a manutenção de questões abertas e sem definição legal clara possam desequilibrar relações jurídicas e violar os preceitos de justiça que devem informar à ordem jurídica.

Sem maiores delongas, verificam-se que os posicionamentos fragmentados ao instituto prescricional do Direito Civil estão ligados ao direito de propriedade e o princípio da segurança jurídica. Referida posição tradicional, defendida por alguns doutrinadores, consideram que o decurso do tempo, é tratado como mecanismos para sobrepujar situações, a fim de saltar do peso de seus passados, para manter a ordem jurídica. Ademais, conforme o exposto pondera-se a acentuada assertiva de que tais entendimentos estariam arraigados ao sentimentalismo humano, qual sejam esquecimento e rancor, vez que, para o direito, esta temática não merece ser acolhida, face os interesses coletivos se sobrepor aos interesses do direito privado, a fim de dar melhor presteza à tutela ambiental.

Dito isto, manter entendimento diverso quanto a incidência da imprescritibilidade nos danos ambientais, certamente é macula de tamanha grandeza, visto que não pode ser tolerada por nenhum órgão jurisdicional afinado com o regramento constitucional vigente, a fim de salvaguardar a dignidade da justiça e da pessoa humana.

À guisa de esclarecimentos, aquiescemos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais, citando os julgados, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. ANÁLISE DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA POR ESTA CORTE SEM PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O acórdão recorrido, que julgou o agravo de instrumento do recorrente, tratou exclusivamente da prescrição. Mesmo questões de ordem pública (legitimidade passiva) não podem ser analisadas em Recurso Especial se ausente o requisito do prequestionamento. Precedentes do STJ. 2. É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. Não violação do art.535 do CPC. 3. O Tribunal *a quo* entendeu que: "Não se pode aplicar entendimento adotado em ação de direitos patrimoniais em ação que visa à proteção do meio ambiente, cujos efeitos danosos se perpetuam no tempo, atingindo às gerações presentes e futuras." Esta Corte tem entendimento no mesmo sentido, de que, tratando-se de direito difuso - proteção ao meio ambiente -, a ação de reparação é imprescritível. Precedentes. Agravo regimental improvido. (STJ/Resp. nº 1.150.479, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ.04 de outubro de 2011). Grifo nosso.

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AO MEIO AMBIENTE - IMPOSIÇAO DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA - LEGITIMIDADE PASSIVA - ATUAL PROPRIETÁRIO - OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - REGENERAÇÃO DA MATA NATIVA - MEDIDAS CABÍVEIS - ANÁLISE PELA ENTIDADE COMPETENTE - PROJETO DE REFLORESTAMENTO - NECESSIDADE 1. O atual proprietário do imóvel onde restou constatado o desmatamento irregular é responsável pelas medidas de recuperação impostas em juízo, por se tratar de obrigação de natureza *propter rem*. 2. O dano ambiental se perpetua no tempo, envolvendo interesse público indisponível, daí a imprescritibilidade das demandas que buscam a recuperação da área degradada, com vistas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 3. Compete ao IEF averiguar, mediante análise do projeto de reflorestamento apresentado pelo proprietário, a necessidade ou não da intervenção humana na área degradada, para fins de recuperação. (TJ/MG - Apelação Cível 1.0344.07.039171-1/001, Rel. Des.(a) Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, julgamento em 11/08/2011, publicação da súmula em 09/09/2011). Grifo nosso.

Destarte, congrego do exposto jurisprudencial acima, quanto à imprescritibilidade no Direito Ambiental, em virtude desta matéria ser consagrada como Direito Difuso constitucionalmente protegido pela Carta Maior, bem como sendo uma forma acautelatória, em favor da tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para fins de arremate, a não incidência do instituto da prescrição na égide Ambiental, é matéria imprescindível e referido entendimento deve se sobrepor a qualquer outra interpretação, a fim de lançarmos "sementes duráveis à Terra", para a colheita das próximas gerações.

2 TUTELA AMBIENTAL SOB A ÓTICA PRESCRICIONAL

É de salutar importância, que a Lei 6.938/81, definiu a Política Nacional do Meio Ambiente, bem como concedeu em seu art. 14, § 1º, a legitimação ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil contra o poluidor por danos causados ao meio ambiente.

Nesse compasso, segundo Milaré (2013, p.1433-1434), estabeleceu-se, pela primeira vez em nosso país, uma hipótese de ação civil pública ambiental. Se a origem da ação civil pública ambiental está na Lei 6.938/81 de caráter eminentemente material, seu perfil definitivo e acabado ocorre com a Lei 7.347/85 de cunho processual. A Lei 7.347/85 significou, sem dúvida, uma "revolução" na ordem jurídica brasileira, já que o processo judicial deixou de ser visto como mero instrumento de defesa de interesses individuais, para servir de efetivo mecanismo de participação da sociedade na tutela de situações fático-jurídicas de diferente natureza, vale dizer, daqueles conflitos que envolvem interesses supraindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Com efeito, sabemos, que no Direito Ambiental, temos a máxima da ação civil pública para reparação de dano ambiental, e, por sua vez, não prevê prazo prescricional para referida tutela ambiental.

Ademais, partindo da existência de direito a um ambiente ecologicamente equilibrado para o desenvolvimento da pessoa, que se conecta com o direito à saúde, à própria vida e à integridade física, pode sustentar-se a imprescritibilidade da ação para exigir responsabilidade por uma agressão ao meio ambiente que implica sua degradação, na medida em que o dano ambiental é diretamente um dano à saúde coletiva. Há que se levara em conta que a saúde, a vida, a integridade física se inserem no março dos bens e direitos da personalidade, e estes são imprescritíveis. (LEITE; AYALA, 2010, p. 202 *apud* SANCHEZ).

Por tais fundamentos é que a Constituição Federal não recepcionou as disposições do Código Civil no que concerne à disciplina dos bens, como aplicáveis ao bem ambiental (...), continua ainda, que dada a natureza jurídica do meio ambiente, bem como o seu caráter de essencialidade, as ações coletivas destinadas à sua tutela são imprescritíveis". (FIORILLO, 2013).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, já decidiu em diversos julgados, que o dano ambiental encontra-se protegido pelo instituto da imprescritibilidade da ação, senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO. ACEITAÇÃO DE MEDIDA REPARATÓRIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONTROVÉRSIA NÃO DESLINDADA PELA ORIGEM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA E JURÍDICA. DA IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DE FUNDAMENTOS QUE NÃO FORAM OBJETO DE ANÁLISE PELA CORTE A QUO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis. (AgRg no REsp 1421163/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014).

Ainda dissertando sobre o tema a excelsa Ministra Eliana Calmon, do STJ, proferiu voto no Resp. 1120117/AC. que: "Tratando-se de direito difuso, a reparação civil assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal".

Continua, "em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação".

Desta feita, "o dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental".

A importância deste raciocínio para tutela do direito ambiental, é fator de extrema valia, pois dá o valor merecido ao que o meio ambiente representa na vida da humanidade, nesse sentido se posiciona Darlan Rodrigues Bittencourt e Marcondes (1996, p. 69):

> O reconhecimento do direito do homem ao meio ambiente harmônico e produtivo posicionou-o como bem jurídico fundamental à vida humana. Este *status* o insere ao lado do direito à vida, à igualdade, à liberdade, possuindo, contudo, um espectro bem mais amplo, de cunho social e histórico, e não meramente individual. Donde se extrai, como características desse direito, a sua indisponibilidade, oponibilidade a direitos individuais ou coletivos, bem como a sua imprescritibilidade e, ainda, a impossibilidade de haver direito adquirido sobre ou contra o meio ambiente.

Posto isto, o dano ambiental transcende a fixação de prazos para sua devida defesa, limitar uma tutela que diz respeito à vida, seria o mesmo que "jogar uma pá de cal" à garantia de um direito fundamental e difuso à sociedade presente e às futuras gerações.

2.1 Reflexões sobre Dano Ambiental e Reparação

Partindo do conceito de dano ambiental, preconiza Paulo de Bessa Antunes (2015, p. 126), "é a poluição que, ultrapassando os limites do desprezível, causa alterações adversas no ambiente, juridicamente classificada como degradação ambiental".

Outro tanto, "é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. É juridicamente irrelevante o prejuízo que tenha por origem um ato ou uma omissão imputável ao próprio prejudicado. A ação ou omissão de um terceiro é essencial". (ANTUNES, 2011, p.286).

Destarte, leciona Milaré (2013, p.328), há duas formas principais de reparação do dano ambiental: a) a restauração natural ou *in specie* e b) a indenização pecuniária.

Mister esclarecer, o pronunciamento do DD. doutrinador ao afirmar:

> De qualquer modo, em ambas hipóteses de reparação do dano ambiental, busca o legislador a imposição de um custo ao poluidor, que, a um só tempo, cumpre dois objetivos principais: dar uma resposta econômica aos danos sofridos pela vítima (o indivíduo ou a sociedade) e dissuadir comportamentos semelhantes do poluidor ou de terceiros. A efetividade de um ou de outro depende, diretamente, da certeza (inevitabilidade) e da tempestividade (rapidez) da ação reparatória. (MILARÉ, 2013, p. 330).

Este assunto de reparação do dano ambiental é de extrema valia para sociedade, pois devidamente aplicado a fim de coibir eventuais lesões ao meio ambiente, gera a sensação de efetividade da tutela jurisdicional.

Paulo Affonso Leme Machado (2011, p.369), preleciona que:

> A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois um carrinho de dinheiro não substitui o sono reparador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto.

Analisar o dano ambiental e seus reflexos negativos, vai muito além de preocupações meramente romantizadas e abstratas, este aspecto avalia profundamente fatos reais que ocorrem a todo instante na vida social, por isso surge a necessidade de lançarmos um olhar sobejamente profícuo à sua tutela, preservando-o, conservando-o de forma efetiva e plena, além de buscar meios juridicamente possíveis à tutela ambiental.

2.2 Responsabilidade Civil Ambiental

Ao trazermos à baila o presente tópico, verifica-se que a questão ambiental é fato de extrema valia, em virtude de ter gerado dia após dia inúmeras preocupações na sociedade, ganhando destaque no cenário nacional, ante o último desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG.

Nessa linha de acontecimentos, o Estado não pode ficar de braços cruzados ou tomar medidas inoperantes, face os distúrbios ecológicos ocorridos nos últimos meses. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata-se de um direito fundamental da pessoa humana, justificando-se a necessidade de responsabilização ambiental de seus causadores.

Com efeito, o meio ambiente, como se sabe, é um tema cujas fronteiras não estão bem delineadas e, consequentemente, os seus limites jurídicos também não estão claramente definidos. A responsabilidade é um dos temas mais importantes e fundamentais do Direito; de fato, é um dos elementos mais marcantes para que se julgue a eficácia ou ineficácia de um sistema jurídico, bem como as finalidades sociais deste. O responsável pelo dano tem o dever de repará-lo o mais amplamente possível. Reparar o dano significa a busca de um determinado valor que se possa ter como "equivalente" ao dano causado por aquele que praticou o ato ilícito. (ANTUNES, 2011, p. 246-247).

Entrementes, verifica-se o respaldo constitucional previsto no artigo 225, § 3º, deixando registrado que o causador do dano deverá responder nas esferas civil, administrativa e ambiental, vez que a preservação do meio ambiente, e a devida responsabilização de seus agentes, encontra-se arraigada em nosso sistema jurídico, sendo assim, mister é pormenorizar a esfera civil da responsabilidade do dano ambiental.

Com propriedade, Milaré (2013, p.422), afirma que a responsabilidade civil pressupõe prejuízo a terceiro, ensejando pedido de reparação do dano, consistente na recomposição do *status quo ante* ou numa importância em dinheiro (indenização). A responsabilidade civil ambiental, conforme preleciona o referido doutrinador acima, possui três esferas básicas de atuação: a preventiva, a reparatória e a repressiva.

Ao passo, quanto ao sistema de responsabilidade e culpa, não podemos esquecer de ressaltar que a lei definiu-o como objetivo e, portanto, independente de culpa, como se depreende do artigo 14,§1º, da Lei nº 6.938/81. Nessa esteira, frisa-se o entendimento do doutrinador, Hugo Nigro Mazzilli (2014, p. 675), ao enfatizar que a Constituição recepcionou, o sistema já vigente de responsabilidade objetiva para os danos

ambientais, fundado na teoria do risco da atividade, ou seja é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

Na responsabilidade por danos a interesses difusos, inclusive os ambientais, prevalece o princípio da solidariedade entre os devedores, o que de todo é lógico, diante da solidariedade decorrente do ato ilícito. (MAZZILLI, 2014, p.676).

Ainda neste contexto, Mazzilli (2014, p.682), menciona que mesmo quando a responsabilidade civil independa de culpa, em regra é necessário que haja nexo causal entre a ação ou omissão de quem se pretende responsabilizar e o evento danoso. Mesmo nas meras atividades de risco, o nexo causal esta no próprio exercício da atividade. Como já anotamos, porém, em alguns casos a lei cria obrigações *propter rem*, independentemente de dano ou nexo causal. Ora, obrigações *propter rem* são aquelas a que fica sujeito o devedor simplesmente por ser titular do direito sobre a coisa.

Argumenta-se o doutrinador acima, que em regra geral, para haver responsabilidade objetiva ou não, é preciso que haja relação de causalidade: a ação ou omissão devem, de forma direta ou indireta, ser causal e materialmente atribuídas a quem se pretende responsabilizar; apenas, nos casos de responsabilidade objetiva, torna-se dispensável, sim, o exame do elemento subjetivo que informou a ação ou a omissão (irrelevante, pois, a discussão da culpa). (MAZZILLI, 2014, p.682).

Sobremaneira, a relevância da responsabilidade de proteção ao meio ambiente é tema que incumbe a todos, desde àquele detentor do bem, que possui o dever de guardar, e proteger, quanto mais, ao Estado que possui o dever de fiscalizar e promover medidas que assegurem a efetiva tutela ambiental.

Desta feita, verifica-se um trato especial quanto a matéria que envolva direito ambiental e sua devida responsabilização de seus degradadores, fato é que, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, trata-se de um direito fundamental, garantido constitucionalmente e que visa benefícios a toda sociedade, merecendo interpretação, entendimento e responsabilização especial e efetiva.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AO MEIO AMBIENTE

No que tange à natureza da responsabilidade civil estatal, como se sabe, o assunto é regulado pelo art. 37, § 6º, da CF/88.

Nesse passo, Milaré (2013, p. 436), leciona que as pessoas jurídicas de direito público interno, podem ser responsabilizadas pelas lesões que, por ação ou omissão, causarem ao meio ambiente.

Continua o mesmo autor:

> O Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu o dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Essa posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (MILARÉ, 2013, p. 438).

No mesmo norte, temos o entendimento de Dantas (2009, p. 199), ao mencionar sobre o instituto da responsabilidade por duas vias comissivas ou omissivas, pelo qual nas duas situações hipotéticas deverá haver responsabilização:

> (...) De fato, ou o ente público pratica uma conduta que causa prejuízo ao meio ambiente (comissiva) ou, então, deixa de fiscalizar, dando azo à chamada responsabilidade por omissão. No primeiro caso, não há dúvidas acerca da efetiva sujeição da pessoa jurídica de direito público aos comandos de uma sentença proferida em ação coletiva

> destinada a prevenir ou reparar eventuais danos causados pela conduta ilícita perpetrada, independentemente da existência de culpa. Quanto à responsabilidade civil por omissão, contudo, a questão é um pouco mais complexa. É que, como se sabe, doutrina administrativista de peso sustenta que o disposto no art. 37, § 6º, da CF/88 seria aplicável somente em casos de atos omissivos praticados por agentes públicos e não nas hipóteses de omissão. Assim, em termos de defesa do meio ambiente, nas hipóteses em que os órgãos da Administração Pública direta e os integrantes do SISNAMA tenham deixado de exercer o poder de polícia que lhes foi atribuído por mandamento constitucional (art. 23, VI e VII), a responsabilidade civil somente se concretizaria mediante comprovação de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia).

Por derradeiro, mister faz-se reforçar o entendimento do excelso doutrinador Mazzilli (2014, p.691), ao mencionar que embora em tese o Estado também seja colegitimado ativo a propositura das ações civis públicas e coletivas, por paradoxo, ele muitas vezes é diretamente responsável ou corresponsável pela prática de lesões a interesses transindividuais, e, portanto, nesses casos, será legitimado passivo para uma ação de mesma natureza.

Neste diapasão, coaduno com o exposto acima, a fim de reconhecer a responsabilidade estatal face aos danos ambientais, observando que muitas das vezes é o próprio Poder Público que as cometem, seja pela conduta comissiva ou omissiva, por isso resta reconhecer sua conduta como agente causador-poluidor e responsável pelos danos ocorridos em face do Meio Ambiente.

Com este foco, e tomado pelo sentimento de proteção ambiental, bem como por força dos dispositivos legais que preveem a responsabilidade civil ambiental (Art. 225, § 3º, CF, Arts. 3º IV, 4º VII e 14º, IV da Lei Federal 6.938/81), vigora-se a assertiva que o Poder Público afigura-se principal responsável na preservação ambiental, e, dosando as circunstancias fáticas, imperioso reconhecer a responsabilidade civil do Estado, seja ela, objetiva ou subjetiva, comissiva ou omissivamente, por danos causados ao Meio Ambiente. Daí oportuna advertência ao Poder Público, no sentido de que a não execução da responsabilização, violaria a ordem jurídica ambiental, e ainda mais, sendo este ocupante da posição de guardião do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.1 Breves reflexões sobre o manto da imprescritibilidade no desastre de Mariana-MG

Trazendo à baila, o ocorrido no dia 05/11/2015, considerado como o pior acidente da mineração brasileira, no município de Mariana/MG. A tragédia ocorreu após o rompimento de uma barragem (Fundão) da mineradora Samarco, que é controlada pela Vale e pela BHP Billiton.

No presente caso, configura-se especificamente um dano ambiental devastador, bem como no que tange a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente, urge destacar a Ação Civil Pública em desfavor da empresa Samarco Mineração S.A (CNPJ 16.628.281/0003-23).

Segundo laudo técnico preliminar realizado pelo IBAMA, o impacto ambiental decorrente desse desastre, configura impactos agudos de contexto regional, entendidos como:

> A destruição direta de ecossistemas, prejuízos à fauna, flora e socioeconômicos, que afetaram o equilíbrio da Bacia Hidrográfica do rio Doce, com desestruração da resiliência do sistema. Trinta e quatro milhões de m³ desses rejeitos foram lançados no meio ambiente, e 16 milhões restantes continuam sendo carreados, aos poucos, para jusante e em direção ao mar, já no estado do Espírito Santo.[3]

3 BRASÍLIA. Laudo Técnico Preliminar realizado pelo IBAMA. Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Brasília 2015. Disponível em: www.ibama.gov.br/.../noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf. Acesso: 26 abr.2016.

Nesse ínterim, observa-se que especificamente neste desastre, tem-se o enquadramento da responsabilidade civil ambiental ao ente poluidor, qual seja, àquela prevista no artigo 14º § 1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei nº 6.938/81), sendo àquele obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Nesse sentido, posiciona os Tribunais, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ROMPIMENTO DE BARRAGEM - MINERAÇÃO RIO POMBA CATAGUASES - DANO AMBIENTAL - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - MINORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO- MULTA- CARÁTER PROTELATÓRIO- NÃO CONFIGURAÇÃO- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - **Para o dano ambiental se aplica a teoria do risco integral, logo, é objetiva a responsabilidade e não se admite a incidência das excludentes de força maior, caso fortuito e fato de terceiro**; - A indenização por dano moral deve ser fixada em valor suficiente para reparar o dano, como se extrai do art. 944, *caput*, do Código Civil; - Não sendo evidenciado o propósito protelatório dos embargos, afasta-se a multa prevista no art. 538, p. Único do CPC; - Recurso parcialmente provido.(TJ-MG - AC: 10439070714993001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/12/2013). *Grifo nosso.*

Ainda, conforme julgado do STJ em REsp 1.179.342-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/5/2014, "a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas para ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente".

Verificamos que a jurisprudência do STJ e demais Tribunais, é uníssona em imputar aos danos ambientais a aplicação da teoria do risco integral, sem a necessidade de perquirir a existência ou não de culpa, exemplo desta imputação é o enquadramento efetivado em desfavor da empresa Samarco, por conta do desastre ambiental por ela praticado; em decorrência do risco da atividade de mineração, motivo pelo qual prevalece o dever de indenizar.

Por oportuno, insta registrar que a responsabilidade civil gerou a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, bem como as eventuais vítimas deste desastre ambiental, considerando ação ou omissão, da qual resultou o dano.

Neste cenário, o Poder Público, guardião da defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme alçada à norma constitucional, extraída do art. 225, *caput,* e § 1º, § 2º, § 3º, bem como art. 23, inciso VI, do mesmo *Codex,* cumprirá a sua atribuição estatal de compelir os causadores do desastre ecológico acima mencionado à efetiva, integral e plena recuperação da área atingida, restabelecendo fauna, flora, ecossistema e desembolsando valores pecuniários para compor os fundos de indenização.

Nota-se que o Estado, por determinação legal, recebeu do ordenamento jurídico o poder de polícia (polícia administrativa ambiental), para fiscalizar e reprimir as violações ao meio ambiente, empregando-se de sanções coercitivas e cogentes para a defesa e proteção do meio ambiente, utilizando de meios fiscalizatórios e coibidores aos atos lesivos, conforme preceitua a lei de Crimes Ambientais n. 9.605/98, em seu art.70, *in verbis*:

> Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. § 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e

> instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha. […] § 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.[..]

Nesse diapasão, caso haja comportamento omissivo pelo Estado ante aos danos ambientais causados por terceiros, sua responsabilidade estatal deverá ser aferida, pois menosprezou o seu dever de controle e fiscalização à conservação ambiental.

Tomando este raciocínio como fundamento, trilhamos o caminho dentro da logicididade hermenêutica, que tanto o Estado quanto o terceiro causador do dano - empresa Samarco, devem ser civilmente responsabilizados pelo desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG: o ente Público em virtude de sua omissão, e, por sua vez, a Mineradora, em razão de seu comportamento comissivo; ambas as condutas estão interligadas e serão objeto de subsunção dos órgãos jurisdicionais competentes.

Desta feita, para construção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a concepção de prescrição deverá ser repudiada, sendo pacífico na jurisprudência brasileira, a não incidência deste instituto na reparação dos danos ambientais.

A mesma questão volta com supremacia, ante a relevância do bem jurídico tutelado, qual seja, a proteção do meio ambiente. É imprescindível compreender a temática da prescrição no exemplo ora exposto, eis que, o marco temporal não deverá ter sua incidência no direito a reparação dos danos ambientais, a fim de salvaguardar o direito fundamental à vida, e essencial à realidade social.

Ante o exposto, lançamos um pensamento sobejamente reflexivo, afastando a incidência do instituto da prescrição nos danos ambientais, em especial ao desastre de Mariana-MG, posto que o direito à reparação aos danos requer a compreensão lógico-jurídica, devendo ser protegido pelo manto da imprescritibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sopesados os argumentos, depreende-se que o direito pátrio traz em seu bojo divergências doutrinárias, sobre o instituto da prescrição à luz do direito ambiental, especificamente ora afirmando a incidência prescricional, ora negando a prescritibilidade nas pretensões de reparação das lesões ao meio ambiente.

Malgrado as acaloradas discussões sobre o tema, verifica-se que, quanto ao primeiro, temos uma pretensão que envolve o instituto prescricional do Direito Civil, posição esta que encontra ligação ao direito de propriedade e pilares da segurança jurídica. Posição tradicional defendida por alguns doutrinadores que consideram o decurso do tempo como um mecanismo para sobrepujar situações, a fim de saltar do peso de seus passados para manutenção da ordem jurídica. Ademais, pondera-se que tal entendimento encontra-se arraigado ao sentimentalismo humano como esquecimento e rancor, mas que, por sua vez, para o direito, esta temática não merece prosperar, em virtude dos interesses coletivos se sobrepor ao direito privado, para tutela ambiental.

Em contrapartida, dotado de um ânimo para proteção do meio ambiente sadio, há entendimento diverso, onde trilham caminhos baseados na conjetura da imprescritibilidade no ramo do direito ambiental, por se tratar de um bem pertencente à coletividade. Referido entendimento deve se sobrepor a qualquer outra interpretação, a fim de lançarmos “sementes duráveis à Terra”, para a colheita das próximas gerações.

Por conseguinte, no sistema jurídico brasileiro, a matéria de responsabilidade Estatal por danos causados ao meio ambiente goza de *status* constitucional. Ao aventar este tema, tenho que o ente público torna-se diretamente responsável ou corresponsável pela prática de lesões de ordem ambiental, devendo ser penalizado por sua conduta omissiva, comissiva, objetiva ou subjetiva, todas relacionadas a danos ocasionados ao meio ambiente.

A título de arremate, é possível depreender que manter entendimento diverso sob a assertiva da aplicação do lapso prescricional nos danos ambientais é, certamente, uma mácula de tamanha grandeza, não podendo ser tolerada por nenhum órgão jurisdicional afinado com o regramento constitucional vigente, a fim de salvaguardar o direito à vida, valor indispensável à sociedade e direito fundamental e basilar de nosso sistema legal.

REFERÊNCIAS

ALVES, S. L. M. **A prescrição no Direito Ambiental Brasileiro**. Disponível em: http://www.gentevidaeconsumo.org.br/dirambiental/sergio/prescricao_dir. Acesso em: 02 mai. 2016.

ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental**. 13. ed., revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Dano ambiental: uma abordagem conceitual**. 2.ed. –São Paulo: Atlas,2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** AgRg no REsp 1421163/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014).

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 1120117/AC, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ.10/11/2009, p.19/11/2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 15 jun.2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Resp. nº 1.150.479, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ.04 de outubro de 2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 18 jun.2012.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** - Apelação Cível 1.0344.07.039171-1/001, Rel. Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/08/2011, publicação da súmula em 09/09/2011. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br. Acesso em: 15 jun.2012.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** AC: 10439070714993001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 03/12/2013, Câmaras Cíveis / 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/12/2013. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.179.342-GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/5/2014. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 26 abr.2016.

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. **Lineamentos da Responsabilidade Civil Ambiental.** In: Revista de Direito Ambiental, nº 03, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 1996, p. 69.

DANTAS, M. B. **Reflexões acerca de alguns institutos do Direito Ambiental à luz do direito administrativo: convergências e divergências.** Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.3, p.199, fevereiro/2009. Disponível em: http://www. reid.org.br/arquivos/00000075-14.pdf. Acesso em: 04 maio 2016.

FIORILLO, C. A. P**. Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de Direito civil**. 14. ed. rev. e atual. v.I, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p.495

GONÇALVES. C. R. **Direito civil brasileiro: parte geral**: v. 1, 13º ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 516-518.

BRASÍLIA. Laudo Técnico Preliminar realizado pelo IBAMA. **Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais -** Brasília. 2015. Disponível em: www.ibama.gov.br/.../noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf. Acesso: 26 abr.2016.

LEITE, J. R. M. e AYALA, P. de A. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** Teoria e prática. 3 ed. São Paulo: RT, 2010, p.202.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. edição, revista, atualizada e ampliada: Malheiros Editores, 2011.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**, 24. ed. rev. ampl. e atual, São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, C. ***in*** **Retrato Natural**. Disponível em: http://www.citador.pt/poemas/o-tempo-seca-o-amor-cecilia-meireles. Acesso em: 04 maio 2016.

MILARÉ, É. **Direito do Ambiente: Doutrina – Jurisprudência – Glossário**. 8ª ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SUPERMERCADOS PELA GUARDA DE VEÍCULOS EM SEU ESTACIONAMENTO

Robson Carvalho de Queiroz[1]

Resumo: Pretende-se, por meio deste artigo fazer um estudo sobre a responsabilidade civil da pessoa jurídica, especificamente dos supermercados, com relação aos veículos, bem como os objetos existente em seu interior, deixados em seu estacionamento, sua origem, finalidade, elementos e as hipóteses em que ela incidirá e suas exceções.

Tratando-se de uma lei (8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor) que tem como sua principal finalidade restaurar o equilíbrio entre consumidor e fornecedor - é muito relevante o estudo do tema.

Trata-se de um assunto de grande importância face a muitas dúvidas existentes, haja vista o cliente diariamente se confrontar com bilhetes ou placas com os dizeres "Não nos responsabilizamos pelo veículo ou pelos objetos deixados em seu interior." A responsabilidade sem dúvida existe. A pessoa jurídica responsável, seja ele supermercado, *shopping*, ou qualquer outro estabelecimento que forneça o serviço de guarda de veículos, pago ou não - terá o dever de reparação proporcional ao prejuízo sofrido, bastando para tanto que se comprove o dano e o nexo de causalidade.

Ou seja, é responsabilidade da pessoa jurídica prevenir e coibir qualquer prejuízo que porventura o seu cliente possa ter em razão de deixar seu veículos e pertences em seu estacionamento enquanto faz compras.

Os direitos do consumidor surgem como uma forma de balancear as relações de consumo, compensando a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor.

Palavras-chaves: Direito do consumidor. Responsabilidade Civil. Supermercados. Guarda de veículos. Estacionamento.

ABSTRACT: The purpose of this article is to make a study on the civil liability of the legal entity, specifically supermarkets, with regard to vehicles, as well as objects inside it, left in their parking lot, their origin, purpose, elements and the Hypotheses in which it will focus and its exceptions.

This is a law (8.078 / 90 - Consumer Protection Code) whose main purpose is to restore the balance between consumer and supplier - it is very relevant to study the subject.

This is a matter of great importance in the face of many doubts, since the customer is confronted daily with tickets or signs with the words "We are not responsible for the vehicle or the objects left inside. Responsibility undoubtedly exists. The responsible legal person, be it supermarket, shopping mall, or any other establishment that provides the custody service, paid or not - will have the duty of reparation proportional to the damage suffered, only proving the damage and the nexus of causality.

That is, it is the responsibility of the legal person to prevent and restrain any damage that your client might have because of leaving his vehicles and belongings in his parking lot while shopping.

Consumer rights arise as a way of balancing consumer relations, offsetting the consumer's vulnerability to the supplier.

Keywords: Consumer law. Civil responsability. Supermarkets. Vehicle guard. Parking.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Campo Grande-MS e pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Processo Civil, família e sucessões, Direito Administrativo, Direito do Consumidor, Direito Penal e Direito do Trabalho pela Faculdade Internacional Signorelli. Assessor Jurídico do Gabinete da Vice-Presidência do TJMS. Robson.carvalho@tjms.jus.br

INTRODUÇÃO

O presente artigo terá como objeto o estudo da responsabilidade civil da pessoa jurídica, especificamente dos supermercados, com relação aos veículos, bem como os objetos existente em seu interior, deixados em seu estacionamento.

Abordaremos também como se dá o instituto da responsabilidade civil no caso em questão, as hipóteses em que ela incidirá, suas regras e exceções da sua aplicação.

O estudo pretende abordar algumas situações que causam dúvidas, estas, muitas vezes, ocasionadas por má interpretação legislativa, objetivando orientar os consumidores, os quais são a parte hipossuficiente da relação, a fim de evitar que sofram prejuízos.

Gostaria, antes de iniciar minha introdução, de deixar consignado que usarei em algumas oportunidades o termo responsabilidade civil do estabelecimento comercial em razão de algumas doutrinas e até a jurisprudência usá-lo, mas estou ciente de que a Lei, mormente o artigo 1.142 do Código Civil, definir estabelecimento como todo o complexo de bens, corpóreos (mercadorias, mesas, mobílias, imóveis) ou incorpóreos (nome comercial, marca, patente, direitos) que possibilitam o desenvolvimento da atividade empresarial.

O trabalho analisará o Direito do Consumidor com enfoque na Constituição Federal, bem como outras fontes do direito que abordarem o assunto em comento.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no ano de 1.988, já previa a defesa do consumidor como uma de suas cláusulas pétreas decorrentes dos direitos e garantias fundamentais de todo cidadão previsto em seu artigo 5º.

Assim, em 1990 na busca de garantir a eficácia constitucional dada ao instituto e dada a necessidade de regulamentação por ser um instrumento sólido que pouco a pouco ganhou sua autonomia foi editado o Código de Defesa do Consumidor regulando as relações de consumo e garantindo a busca da tutela jurisdicional com maior peso e força.

A Lei 8.078 de 11 de Setembro de 1.990 que institui o Código de Defesa do Consumidor hoje com quase 17 anos de vigência tornou-se e concretizou-se o mais importante meio para se provocar e buscar a defesa dos interesses, sejam estes individuais ou coletivos. No entanto, do mesmo modo que a sua vinda foi definitiva inúmeros incidentes e entraves aparecem como conseqüência das diversas formas de interpretações da lei aplicada aos casos concretos, cada vez mais presentes das relações do homem para com o meio em que vive.

É fato que supermercados e hipermercados tornam-se a cada dia um local mais agradável, com área de lazer, espaço amplo, opções alimentares das mais diversas naturezas, segurança para locomoção, portanto tudo que se precisa é voltado ao atendimento das necessidades do consumidor.

Ocorre que toda essa estrutura não pode deixar de oferecer estacionamento ao consumidor, pois é de suma importância não só os atrativos do comércio, mas também a comodidade do cliente, pois este ao deixar seu automóvel estacionado acredita que ele será devidamente mantido pelo depositário e, posteriormente, devolvido sem qualquer espécie de dano ou alteração, ou seja, o descumprimento ao dever de guarda e vigilância inerente ao contrato de depósito acaba inclusive por frustrar os objetivos do próprio consumidor.

Ou seja, a empresa tem o dever de zelar pela segurança de seus clientes, haja vista que os oferece o estacionamento como fator de captação do público consumidor, dando a ideia de que enquanto estiverem nas dependências do supermercado estão seguros.

O Código de Defesa do Consumidor relaciona esse tipo de prestação de serviço como uma relação de consumo, em virtude de termos de um lado o Supermercado (prestador/fornecedor), que coloca no mercado serviço visando ao atendimento das necessidades do consumidor.

Normalmente, o cliente, ao deixar o carro em estacionamentos pagos ou não, se depara com bilhetes ou cupons com a seguinte informação: "Não nos responsabilizamos por objetos deixados no interior do veículo." Após sua leitura o cliente dá uma averiguada no interior de seu veículo para não deixar para trás nenhum objeto que, caso ocorra um infortúnio, lhe traga algum dissabor.

Diante da situação acima observada, questiona-se:

O conteúdo destas informações é válido?

O fato de a pessoa jurídica avisar ao cliente que não se responsabiliza pelos objetos no interior do veículo ou até pelo próprio veículo o isenta de responder por possíveis danos causados a estes?

Qual o tipo da responsabilidade da pessoa jurídica, objetiva ou subjetiva?

Que tipo de reparação existe para aquele que sofrer algum dano como roubo, furto, quebra de vidro, riscos ou amassados na lataria, pneus furados e/ou manchas na pintura, etc?

Qual o entendimento dos Tribunais de 2º instância a esse respeito?

E dos Tribunais Superiores?

Qual a diferença da responsabilidade nos estacionamentos pagos e nos gratuitos?

Como são tratadas as situações de caso fortuito e força maior nos estacionamentos pagos? e nos gratuitos?

No desenvolvimento do trabalho será demonstrada a posição de alguns doutrinadores sobre o tema apresentado, a responsabilidade civil da pessoa jurídica, bem como as indenizações por danos patrimoniais e morais e, também, casos em que não haverá responsabilidade.

O assunto é controverso, quando a pessoa jurídica comprova algumas das excludentes de responsabilidade civil, como caso fortuito e força maior, além, é claro, da culpa exclusiva da vítima, fato que rompe o nexo de causalidade.

Existem ainda situações inevitáveis, e uma delas é o roubo à mão armada e, nesse caso, a pessoa jurídica responderá.

A responsabilidade pelos danos independe da entrega de tickets ou, de avisos ou de cartazes cupons na entrada dos estacionamentos**.** Ou seja, não é lícito imputar ao consumidor qualquer prejuízo se ele não contribuiu para tal.

É claro e incontroverso que a remuneração não é imprescindível ao vínculo entre usuário e estacionamento (pessoa jurídica) e que a responsabilidade não pode ser afastada por disposições contratuais ou informativos neste sentido.

Ao final, demonstrar-se-á a conclusão retirada do estudo realizado sobre os assuntos propostos, o qual mereceu um aprofundamento à luz do Direito Constitucional, consumerista e da legislação vigente, subsumindo-o aos princípios norteadores do tema em questão.

O estudo deu-se através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, procurando sempre simplificar o entendimento do assunto abordado, permitindo fácil compreensão do tema apresentado.

1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

É importante e muito relevante o estudo do tema, pois é uma realidade que em pleno século XXI, tempo em que a tecnologia e os meios de comunicação estão ao alcance de grande parte da população mundial, o conhecimento de alguns direitos por parte dos consumidores, foco desta pesquisa, ainda é ínfimo e, por outro lado, àqueles que deveriam fazer com que estas informações chegassem a todos, indistintamente, são omissos.

Sendo assim, neste trabalho será feita uma pesquisa objetiva e esclarecedora de assuntos relacionados a responsabilidade dos supermercados na guarda dos veículos e pertences, deixados em seu interior, dos clientes/consumidores colocados em seu estacionamento.

O estacionamento deve se responsabilizar pelos prejuízos causados ao cliente. Para tanto, é necessário comprovar o dano e o nexo de causalidade.

O ticket ou bilhete de estacionamento é prova bastante da relação de guarda do veículo, no dia e hora lá referidos e o Boletim de Ocorrência também é prova do bem furtado ou roubado.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 6º, VIII, que o juiz poderá inverter o ônus da prova, passando a ser do estacionamento o ônus de provar que o consumidor não estacionou o veículo no estabelecimento no dia em que aconteceu o dano.

Apesar das controvérsias sobre o assunto, entende-se que o estacionamento não responderá se comprovar alguma das excludentes de responsabilidade civil, como o caso fortuito e a força maior, além da culpa exclusiva da vítima, o que romperá o nexo causal. Por outro lado, ainda que algumas situações sejam inevitáveis, como o roubo à mão armada, pode-se afirmar que responde o estacionamento, não sendo lícito imputar-se o dano ao consumidor.

Outrossim, segundo o artigo 25 do CDC, são nulas as cláusulas que busquem afastar ou mesmo atenuar a responsabilidade do dono do estacionamento.

A entrega ou não de tickets ou cupons na entrada de estacionamentos ou cartazes nos mesmos avisando a não responsabilidade pelos veículos ou por bens no interior do veículo, serão todos nulos e o estabelecimento, de modo geral, se responsabilizará civilmente pelos prejuízos sofridos pelo cliente.

Logo, será gratificante falar sobre o tema em questão e certamente contribuirá para agregar conhecimento e esclarecer dúvidas que, por ventura, existirem.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma breve abordagem sobre a responsabilidade civil dos supermercados com referência a guarda de veículos em seu estacionamento e quando ela é configurada e quais as possíveis soluções para situações que o tema envolve.

A pesquisa demonstrará, ainda, as possíveis soluções para questões que o tema envolve, tais como:

- o que fazer quando ocorrer danos ao veículo do consumidor estacionado nas dependências do supermercado?

- Qual a responsabilidade do estabelecimento comercial com os danos ocorridos em seu estacionamento?

- que tipo de dano deverá ser indenizado pela pessoa jurídica?

- exemplos comuns de indenização sobre o assunto.

- qual a posição da doutrina e Jurisprudência sobre o tema.

- finalmente, qual a relevância da atuação do Poder Judiciário nessa questão?

O trabalho envolverá a citação de juristas e entendimentos jurisprudenciais, na tentativa de melhor explanar sobre a temática, de forma a dar uma humilde contribuição para esclarecer os aspectos polêmicos que envolvem o referido tema.

Ao final, demonstrar-se-á a conclusão retirada do estudo realizado sobre os assuntos propostos, o qual mereceu um aprofundamento à luz do Direito Constitucional, penal e do Consumidor e da legislação vigente, procurando sempre simplificar o entendimento do assunto abordado, permitindo fácil compreensão da questão em comento.

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 O Direito do Consumidor e a Constituição Federal

A Constituição Federal dispõe sobre o direito do consumido, a saber:

> Art. 5°. (...):
>
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. [2]

Ainda no texto constitucional, o art. 170, inciso V, aduz que a Ordem Econômica observará os princípios de defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, entrou em vigor na data de 11 de setembro de 1990 com um papel de suma relevância para todo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, as normas ora instituídas são de ordem pública e interesse social, de modo que são inderrogáveis por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, apesar de se admitir a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial.

Ou seja, em relação ao direito do consumidor, às partes cabe respeitar as leis impostas pelo Estado, não podendo regular entre elas de maneira diversa ao que está posto pelo Código.

3.2 Elementos da Relação de Consumo

Em que pese o conceito de consumidor e fornecedor estarem previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), o legislador não definiu o conceito de relação de consumo, deixando o em aberto certamente para lhe dar a maior amplitude possível.

A relação de consumo deve ser composta por dois sujeitos, o fornecedor (art. 3º do CDC) e o consumidor (art. 2º do CDC). Caso esses sujeitos não estejam presentes não poderá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

2 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

3.2.1 Consumidor

O conceito de consumidor é definido pelo próprio Código, veja:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.[3]

Existem duas teorias acerca da definição do termo consumidor, a teoria maximalista e a teoria finalista. Para a primeira basta que o produto seja retirado do mercado para que aquele que o adquiriu seja compreendido como consumidor.

A segunda entende que para ser compreendido como consumidor não basta apenas que o sujeito retire um produto do mercado, mas que também ele seja o destinatário final daquele produto, ou seja, consome, adquire, utiliza, esgota o produto adquirido para seu uso próprio, e não para desenvolvimento de outra atividade negocial.

Existem jurisprudências que consideram a hipossuficiência e vulnerabilidade daquele que adquiriu o produto, mesmo que seja para uma finalidade profissional, ele será considerado consumidor, independente da finalidade que dê para sua aquisição.

A propósito:

> EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE, DE PLANO, NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - JULGAMENTO MONOCRÁTICO COM BASE NO 557, DO CPC - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO CDC À RELAÇÃO JURÍDICA DAS PARTES - TEORIA FINALISTA TEMPERADA - CONSTADA VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA FRENTE AO BANCO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Mantém-se a decisão monocrática que negou provimento ao recurso de agravo de instrumento manejado contra o decisum que deferiu a inversão do ônus da prova com base no CDC. (...) Com base na teoria finalista temperada ou aprofundada, é possível a incidência do CDC diante da análise da vulnerabilidade do consumidor perante o banco, mesmo que se trate de pessoa jurídica que tenha contraído empréstimo para melhorar o seu negócio (Resp 476428/SC). Recurso conhecido e não provido."[4]

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – GARANTIA CONTRATUAL DE VEÍCULO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TEORIA FINALISTA TEMPERADA. PESSOA JURÍDICA EQUIPARADA À CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR. CONSTATAÇÃO DE SUA VULNERABILIDADE PERANTE O FORNECEDOR DE BENS OU SERVIÇOS. O Superior Tribunal de Justiça, à luz do conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem admitido a aplicação temperada da teoria finalista, hipótese em que a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidor, por apresentar algum tipo de vulnerabilidade diante do fornecedor, o que "constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC" e legitima a proteção. (Informativo nº 510 do STJ, de 18 de dezembro de 2012. Resp nº 1.195.642/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2012). Constatado que a ré detém maior estrutura e acesso às informações atinentes ao negócio mantido entre as partes, sobressaindo a vulnerabilidade da empresa autora, é induvidosa a aplicabilidade do CDC, com a mitigação dos rigores da teoria finalista.[5]

3 BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078, de 11/09/1990). Vade Mecum 19ª edição (Versão Digital) . São Saulo: Saraiva, 2015.

4 TJMS. Agravo Regimental - 0603546-87.2012.8.12.0000/50000. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Data do julgamento: 11/12/2012.

5 TJMS. Agravo Regimental - 0013626-59.2012.8.12.0001 – C. Grande. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. Data do julgamento: 30/11/2016.

Ora, de fato não se pode comparar um taxista autônomo que trabalha em veículo próprio, com uma fábrica multinacional de veículos, sendo aquele é vulnerável e hipossuficiente em relação a este. Logo, dependerá do caso concreto se será ou não aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Outra situação, mas não diferente da anterior, é aquele que vende sua única casa, propriedade de sua família por motivos de mudança, sem intermediação de uma imobiliária, não poderá ser comparado a uma imobiliária multinacional com vários empreendimentos.

O CDC, seu art. 2°, parágrafo único, também equiparou a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

3.2.2 Fornecedor

É definido pelo próprio Código Consumerista.

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviço.[6]

Logo, o Estado e as concessionárias de serviços públicos incluem-se no rol de fornecedores, pois o artigo fala em empresas públicas ou privadas. Os entes despersonalizados, ou seja, aqueles que embora não dotados de personalidade jurídica quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços e podem ser considerados fornecedores.

Caso haja uma negociação entre fornecedores, esta será regulada pelo Código Civil em razão da falta de vulnerabilidade.

Na relação consumerista deve ser considerado o fato de que bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital e que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro.

Existem três modalidades de fornecedores: os reais, são aqueles que integram o processo de criação, produção e fabricação do produto; os aparentes, os que põe no produto seu nome, sinal, marca e os presumidos, como o importador que apesar de o produto ser de outro país ele responderá por seus defeitos.

3.3 Qual a responsabilidade dos supermercados pelos danos causados aos veículos em seu estacionamento?

Sabe-se que os Supermercados procuram tornar a cada dia um local mais agradável, com área de lazer, espaço amplo, opções alimentares das mais diversas naturezas, segurança para locomoção, procurando de todas as formas atender as necessidades do consumidor.

É certo que com toda essa estrutura não deixariam de dispor de estacionamento a fim de tornar mais cômoda a vida dos consumidores. É nesse momento que surgem os questionamentos sobre o que acontece se um carro for roubado do estacionamento? E se for avariado? O supermercado é responsável pelos veículos que usam seu estacionamento?

6 Idem 2.

Em não poucas vezes o cliente, ao deixar seu veículo em estacionamento, depara-se com bilhetes, cupons, faixas, entre outros, com os dizeres: "Não nos responsabilizamos por objetos deixados no interior do veículo."

Surge-se então questionamento como:

Até que ponto estes avisos são válidos? Ou;

Será que o fato de o estacionamento avisar ao cliente que não se responsabiliza pelos objetos no interior do veículo ou até pelo próprio veículo o isenta de responder por possíveis danos causados a estes?

O assunto possui amparo no Código de Defesa do Consumidor ao relacionar a respectiva prestação de serviço como uma relação de consumo, em virtude de termos de um lado o Supermercado (prestador/fornecedor), que coloca à disposição do cliente serviço (estacionamento) visando ao atendimento das necessidades do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça resolveu as controvérsias acerca da existência ou não da responsabilidade do estabelecimento, pelos veículos que permanecem em seus estacionamentos, confira:

> Súmula 130 do STJ - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de danos ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.[7]

A responsabilidade sem dúvida existe. O Estabelecimento responsável – seja ele supermercado, *shopping*, ou qualquer outro estabelecimento que forneça o serviço de guarda de veículos, pago ou não - terá o dever de reparação proporcional ao prejuízo que se consolide, bastando para tanto que se comprove o dano e o nexo de causalidade.

Se o consumidor retornar ao estacionamento onde deixou seu carro e não o encontrar, ou não encontrar seus bens no interior do veículo ou ele estiver de alguma forma danificado com vidros quebrados, lataria amassada, pneus furados, entre outros, terá direito à reparação dos danos, sem que seja necessária, para tanto, a prova da culpa da empresa.

De acordo com o Código Consumerista, a responsabilidade do estacionamento é objetiva, ou seja, independente de culpa a responsabilidade é dos prestadores de serviço.

A propósito:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[8]

O fundamento da responsabilidade por fatos ocorridos nos estacionamentos dos comércios vem da colocação à disposição do cliente um serviço que, à princípio, deve ser efetivo e eficiente, de modo que qualquer dano ali causado ao usuário deve ser reparado.

Sendo assim, aqueles avisos como: "não nos responsabilizamos pelo veículo ou pelos objetos deixados no veículo", configuram verdadeiras cláusulas de não-indenizar, entretanto, inadmitidos como lícitos.

7 Súmula 130 do STJ.

8 BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078, de 11/09/1990). Vade Mecum 19ª edição (Versão Digital) . São Saulo: Saraiva, 2015.

É o que ensina a jurisprudência:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. ROUBO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER. RESPONSABILIDADE CIVIL. SÚMULA N. 83/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. É dever de estabelecimentos como *shopping centers*, que oferecem estacionamento privativo aos consumidores ainda que de forma gratuita, zelar pela segurança dos veículos e dos clientes. 2. Tendo o Tribunal a quo concluído pela inexistência de sucumbência recíproca, a revisão dos critérios por ele adotados importaria em apreciação de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido.[9]
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – FURTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO INFIRMADO PELO RÉU – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – HONORÁRIOS RECURSAIS – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> I – (...).
>
> II - O artigo 14, § 1º, do CDC, estabelece que o fornecedor responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço. Cabia ao supermercado réu zelar pela segurança da motocicleta da parte autora. Suposto benefício que gera vantagem econômica ao estabelecimento comercial.
>
> III - Dano moral configurado. Ter seu veículo subtraído em estacionamento, que pressupõe maior segurança, não pode ser considerado mero dissabor ou aborrecimento e, muito menos, como uma normalidade do nosso dia-a-dia.
>
> IV, V e VI – (...). [10]

Logo, o estacionamento é responsável pelos prejuízos causados ao cliente, observando que é necessário comprovar o dano e o nexo de causalidade.

Em que pese existir controvérsias sobre o assunto, entende-se que o estacionamento não responderá se comprovar alguma das excludentes de responsabilidade civil, como o caso fortuito e a força maior, além da culpa exclusiva da vítima, o que romperá o nexo causal. Outrossim, ainda que algumas situações sejam inevitáveis, como o roubo à mão armada, pode-se afirmar que responde o estacionamento, não sendo lícito imputar-se o dano ao consumidor.

Pelo exposto cabe um alerta aos Supermercados, bem como a todos os prestadores de serviços que possuam estacionamento, no sentido de que o consumidor ao deixar seu carro em estacionamento por eles mantido está usufruindo de um serviço que lhe é oferecido e mediante o qual se comprometem a garantir de forma irretocável a guarda dos bens. Portanto, sequestro, roubo, furto ou avaria no veículo desde que devidamente comprovado, darão ensejo a responsabilidade da pessoa jurídica a qual arcará com os prejuízos de perdas e danos que porventura advenham de sua conduta culposa/dolosa.

9 AgRg no AREsp 188.113/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, j. em 01/04/2014.

10 Apelação - Nº 0816559-64.2015.8.12.0001 - Campo Grande. Rel. Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível. 18.10.2016.

3.4 Os estacionamentos gratuitos têm responsabilidade?

Os tribunais vêm seguindo o posicionamento de que o fato de o estacionamento ser gratuito não exime a responsabilidade dos fornecedores, haja vista que na maioria das vezes funciona como atrativo, de modo que também devem oferecer confiança e segurança aos clientes.

Segundo entendimento doutrinário, basta que o proprietário se coloque na posição de garantidor do veículo, por murar ou gradear o local ou ainda por colocar vigilantes, porteiros etc., para se responsabilizar pelos danos sofridos.

São nulas as cláusulas que buscam afastar ou mesmo atenuar a responsabilidade do dono do estacionamento, em conformidade com Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores.

Outrossim, independentemente de se entregarem tickets ou cupons na entrada de estacionamentos ou afixarem avisos ou cartazes nos mesmos avisando a não responsabilidade pelos veículos ou por bens no interior do veículo, serão todos nulos e o estabelecimento, de modo geral, se responsabilizará civilmente pelos prejuízos sofridos pelo cliente.

Nesse Sentido:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE RÁDIO DO INTERIOR DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE ASSOCIAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. Na medida em que a associação, mesmo sem fins lucrativos, oferece a seus frequentadores estacionamento privativo, ainda que gratuito, que pressupõe, gerando expectativa, segurança e comodidade, devida é a reparação por roubo ou furto ocorridos no local. Súmula 130 do STJ. Associação utilizada pelo autor para jogos de futebol, mediante pagamento de mensalidade. Recurso desprovido. Unânime.[11]

> APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE ITENS DE SEGURANÇA E AVARIAS OCORRIDOS NA MOTOCICLETA - ESTACIONAMENTO DA EMPRESA DURANTE HORÁRIO DE TRABALHO – DIREITO DE SER INDENIZADO PELO PREJUÍZO – DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA - DANO MATERIAL COMPROVADO - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. I- O estabelecimento que permite, mesmo a título gratuito, o estacionamento de veículo em seu pátio, tem responsabilidade pela guarda e vigilância do bem, e responde por qualquer dano causado.[12]

> Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE BICICLETA NAS DEPENDÊNCIAS DA RÉ. A disponibilização e a mera permissão de uso de espaço para estacionamento de veículos e bicicletas em seu estabelecimento, **independentemente de ser gratuito ou oneroso, vinculam ao dever de indenizar. aplicação da SÚMULA 130 DO STJ.** Obrigação de indenizar materialmente reconhecida (...). Precedentes Jurisprudenciais (...).[13] grifei

11 TJRS. Recurso Cível Nº 71001550755, 1ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel: João Pedro Cavalli Junior, J. em 10/4/2008.

12 TJMS. Apelação - Nº 0808579-03.2014.8.12.0001 – C. G. Rel. Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. 11.05. 2016 4ª Câmara Cível

13 Apelação nº 0005852-78.2011.8.26.0047; Rel. Coelho Mendes; Comarca: Assis; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; julgamento: 09/04/2013.

3.5 Como deverá ser comprovado o dano para fins de indenização

Os danos, furto, roubo ou qualquer infortúnio ocorrido com os bens móveis dos clientes em estacionamento de pessoa jurídica poderão ser comprovados por meio do boletim de ocorrência, notas fiscais de compra e também testemunhas. Segundo o STJ "a conjugação desses elementos, quando em harmonia com as datas e horários, são provas mais do que suficientes para embasar pedido de indenização".

O ticket ou bilhete de estacionamento é prova bastante da relação de guarda do veículo, no dia e hora lá referidos e o Boletim de Ocorrência também é prova do bem furtado ou roubado.

O Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 6º, VIII, que o juiz poderá inverter o ônus da prova, passando a ser do estacionamento o ônus de provar que o consumidor não estacionou o veículo no estabelecimento no dia em que aconteceu o dano.

Por sua vez, com o instituto da inversão do ônus da prova, deverá o estabelecimento comprovar que o consumidor não fez uso do seu estacionamento naquele dia e horário, bem como que não ocorreu o furto, roubo, tentativas ou qualquer dano, podendo se utilizar das câmeras de segurança, por exemplo. Caberá ao estabelecimento comprovar a não ocorrência do dano.

O STJ entende que se o cliente utilizou estacionamento público externo ao estabelecimento comercial, não há que se falar em responsabilidade deste por furto ou danos ao veículo, mas sim responsabilidade exclusiva do Estado, por se tratar de local público. Ou seja, só caberá responsabilidade dos estabelecimentos quando o veículo estiver estacionado na área privativa, e não apenas nas proximidades.

CONCLUSÃO

Conclui-se que os nossos tribunais têm decisões firmes quanto à responsabilidade dos estabelecimentos comerciais que disponibilizam estacionamento a seus clientes, caso ocorra furto, roubo, ou mesmo tentativa do crime, devendo não só reparar o dano material, mas também o moral.

Mesmo não sendo pacíficos esses entendimentos em favor do consumidor, os nossos tribunais, ao determinarem a responsabilidade dos estabelecimentos comerciais por danos causados nos estacionamentos, estimulam que estes estabelecimentos garantam aos clientes um mínimo de segurança e proteção.

Resta claro e incontroverso que o dever de guarda e vigilância é inerente ao contrato de depósito, não podendo alegar o depositário excludente de responsabilidade por força de gratuidade do serviço de estacionamento ou de placas indicativas que apregoam o contrário do previsto na legislação.

Essa questão foi pacificada nos Tribunais Superiores, mais especificamente no Superior Tribunal de Justiça - STJ, que sumulou o assunto por intermédio da Súmula 130, que estabelece: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento."

A Súmula é clara ao estabelecer que responderá a empresa pelos danos ou furto de veículo depositado em seu estacionamento, ou seja, entende-se por veículo qualquer espécie de bem que objetiva o transporte de pessoas/coisas, logo, o entendimento sumulado acaba por abranger não apenas veículos automotores, carro, motocicleta, caminhão, entre outros, mas também veículos de tração humana/animal, bicicletas, entre outros.

Sendo assim, ao observarmos o amparo legislativo, doutrinário e jurisprudencial atrelado ao tema resta incontroverso que deve responder o estabelecimento comercial pela guarda e possíveis danos/prejuízos causados aos veículos de seus clientes deixados em seu estacionamento, mesmo que o serviço seja disponibilizado gratuitamente e existam avisos no local divulgando a inexistente excludente de responsabilidade civil.

METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho foi desenvolvido sob a perspectiva da pesquisa qualitativa, que envolveu o trabalho de citação de juristas e entendimentos jurisprudenciais, na tentativa de melhor explanar sobre a temática, de forma a dar uma humilde contribuição para esclarecer os aspectos polêmicos quanto a responsabilidade da pessoa jurídica pela guarda de veículos em seu estacionamento.

Por isso que, inicialmente, a pesquisa teve caráter exploratório, tendo como objetivo levantar as informações necessárias para se familiarizar com a matéria.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica sobre o assunto, tendo como referencial teórico alguns doutrinadores brasileiros como: Rizzatto Nunes, Bruno Miragem e Flávio Tartuce, entre outros.

Além disso, utilizou-se da consulta à jurisprudência sobre o tema, pois é fundamental saber qual o posicionamento dos Tribunais com referência à matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8.078, de 11/09/1990). *Vade Mecum* 19ª edição (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil** (Lei 10.406, de 10/01/2002). *Vade Mecum* 19ª edição (Versão Digital) São Saulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8ª ed. Revista e atualizada. São Paulo. Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção**. Manual de Direito do Consumidor**. 3º ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801296-03.2013.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DECLARAÇÕES SUPOSTAMENTE OFENSIVAS POSTADAS NO *BLOG* "FUTEBOL NA CANELA – FUTEBOL NOSSA PAIXÃO" – AUSÊNCIA DE CONTEÚDO ABUSIVO – EXERCÍCIO REGULAR DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, EXPRESSÃO, OPINIÃO, ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO – DANO NÃO DEMONSTRADO – PEQUENA REPERCUSSÃO DAS DECLARAÇÕES – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A indenização por dano moral não se mostra cabível, porquanto não restou demonstrado, nem comprovado, de que forma a honra, a dignidade ou a imagem do apelado tenham ficado efetivamente afetadas junto à sociedade em visa da reportagem publicada no *blog* do recorrente.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de maio de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposta por Thiago Rezende Lopes de Farias contra a r. sentença de primeiro grau (f. 87-100) a qual julgou procedentes os pedidos do recorrido e determinou ao apelante o pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, acrescidos de correção monetária na forma legal, pelo índice do IGPM-FGV, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil, cumulado com o artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, a partir da prolação do título exequendo e até a data do efetivo pagamento.

Sustenta o apelante que no dia 05 de agosto de 2013, postou uma crítica pessoal sobre o trabalho realizado pelo apelado no Esporte Clube Águia Negra, onde exercia e ainda exerce a função de técnico do time de futebol.

Afirma que na postagem em seu *blog,* não denegriu a imagem do apelado, muito menos o difamou ou caluniou, e que os comentários realizados na postagem são estritamente de natureza pessoal e em nada ferem a honra subjetiva do apelado.

Argumenta que a página é pouco acessada e que a postagem da demanda obteve somente 133 (cento e trinta e três) visualizações, número relativamente baixo para uma página de internet.

Assevera que não obteve lucro algum com o texto em seu *blog* e que não restou caracterizado dano moral, não se passando de dissabores do cotidiano.

No tocante ao *quantum* indenizatório, alega o recorrente que deve ser revisto, pois se trata o recorrente de funcionário público municipal, exercendo a função de cronista esportivo, cargo que lhe proporciona, em média, a remuneração de R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), sendo esta a sua única fonte de renda.

Em suas contrarrazões de f. 121/126, o recorrido pugna pelo improvimento do recurso e pela manutenção da sentença de primeiro grau.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Thiago Rezende Lopes de Farias, contra a r. sentença de primeiro grau (f. 87-100), a qual julgou procedentes os pedidos do recorrido e determinou ao apelante o pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais.

Sustenta o apelante que no dia 05 de Agosto de 2013, postou uma crítica pessoal sobre o trabalho realizado pelo apelado no Esporte Clube Águia Negra, onde exercia e ainda exerce a função de técnico do time de futebol.

Relata que na postagem em seu *blog*, não denegriu a imagem do apelado, tampouco o difamou ou caluniou, e que os comentários realizados na postagem são estritamente de natureza pessoal e em nada ferem a honra objetiva do apelado. Assevera que não restou caracterizado dano moral, mas meros dissabores do cotidiano.

Caso este tribunal entenda ter havido dano moral, pleiteia o recorrente a sua redução, por se tratar de funcionário público e aufere renda mensal no valor de R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais).

É a síntese do caso posto à apreciação.

Mérito

Compulsando o feito denota-se que o autor da demanda pretende a reparação de danos morais em função da divulgação do seguinte trecho jornalístico publicado no *blog* esportivo do apelante denominado "Futebol na Canela-Futebol nossa Paixão":

> Chiquinho sacaneou Cláudio Roberto e a demissão de Edison Maehler é inexplicável. Mas como diz o ditado, a bola pune e tem punido o Águia. Muito porque Chiquinho é muito ruim como treinador. Aliás, Chiquinho como treinador, foi um ótimo lateral. E foi um ótimo lateral mesmo. Mas não é sacaneando os companheiros que ele irá virar um grande treinador. Com ele no comando, o Águia Negra será com certeza o último colocado de seu grupo pois é um bando em campo e não um time. Sem ele, talvez o Águia ainda possa sonhar com a classificação.

No entanto, a r. decisão guerreada reconheceu como ofensiva a moral do apelado apenas no seguinte trecho jornalístico: "Chiquinho sacaneou Cláudio Roberto e a demissão de Edison Maehler é inexplicável... Mas não é sacaneando os companheiros que ele irá virar um grande treinador."

No entender da r. sentença de primeiro grau:

> O requerido extrapola os limites da liberdade de imprensa, o que configura abuso de direito porque dá a entender que o requerente agiu de má-fé, com conduta profissional desleal, para ascender ao cargo de técnico de futebol do Águia Negra, o que evidentemente denigre sua imagem profissional e afeta a sua honra, pois tem o condão de prejudica-lo ao imputar um fato que tem repercussão negativa, com potencial de impedir eventuais futuras contratações.

Pois bem. A sentença merece ser reformada.

Os direitos à liberdade de pensamento e expressão são preceitos fundamentais garantidos pelos incisos IV e IX, do artigo 5º, da Constituição Federal. Uma das formas de garantir a concretização destes direitos está prevista na própria Carta Magna, em seu artigo 20, que dispõe sobre a proteção da manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.

Esta liberdade, contudo, encontra limitação em outras garantias estabelecidas pela Constituição, dentre elas, a proteção aos direitos da personalidade e à dignidade humana, que é assegurada no inciso I do artigo 1º, como um dos fundamentos da Ordem Constitucional Brasileira.

Da análise detida da mensagem postada, não se vislumbra qualquer excesso por parte do apelante, mas apenas o exercício do seu direito de opinião. O que se percebe é que o recorrente se valeu do seu *blog*, onde são discutidas matérias relacionadas ao futebol para expressar opinião acerca da troca de técnico de futebol do time "Águia Negra".

Ora, a mera utilização da expressão "sacaneou" não é suficiente para afrontar a honra e integridade moral de quem ocupa um cargo de treinador de futebol, afim de que possa falar em reparação moral.

Nesses termos, para que a publicação feita no *blog* esportivo do apelante denominado de "Futebol na Canela-Futebol Nossa Paixão", tenha o condão de afetar a honra e a imagem do recorrido, a ponto de lhe gerar lesão passível de indenização, deverá se revestir de certa gravidade, apta a causar grande repercussão no círculo social da pessoa à qual se dirige.

Não há, nos autos, qualquer documento que prove a repercussão viral da notícia e que esta tenha a honra e imagem do apelado, mas ao contrário, a publicação das críticas aconteceu num *blog* virtual com número inexpressivo de visualizações, diferentemente de uma mensagem em que se perde o controle da extensão do seu texto.

Na hipótese analisada, apesar do apelante se utilizar da expressão "chula", o texto não é suficiente para denegrir a honra do recorrido ou afetar sua imagem perante os torcedores e junto ao Esporte Clube Águia Negra.

O termo "sacanagem" foi utilizado pelo recorrente de forma genérica e não há ofensas dirigidas a aspectos de sua personalidade ou vida pessoal do autor. O comentário do apelante, figura mais como um desabafo por discordar que o recorrido pudesse assumir o cargo de técnico de futebol. Com efeito, muito embora seja inequívoco o caráter crítico das declarações, não vislumbro que tenha havido excesso suficiente a caracterizar ofensa à honra do demandante.

Não foi relatado pelo apelado nenhum prejuízo efetivo que tenha relação direta com a reportagem. O *blog*, em princípio, não possui ampla atuação, tal como a imprensa escrita ou televiosada. Desse modo, a meu ver, na demanda em apreço, não houve qualquer violação à honra ou à imagem do recorrido, o que, por si só, etm o condão de afastar a responsabilização do apelante. É que, ausente o dano, na esfera moral ou material, não se pode imputar ao agente o dever de indenizar.

As declarações feitas não foram suficientes para macular a imagem do demandante de forma gravosa a ponto de lhe impor sofrimento. Vê-se, inclusive, que das demais reportagens juntadas pelo próprio recorrido às f. 20/34 dos autos, tanto as matérias quanto as pessoas de Cláudio Roberto e Edílson Maehler, sequer se referem ao assunto ou a pessoa do apelado.

A reportagem foi visualizada por 133 pessoas, assim, não é crível que tenha havido significativa repercussão no âmbito daquela localidade a ponto de macular a imagem do então recorrido e técnico de futebol do Águia Negra, ante o restrito público que teve acesso ao conteúdo publicado.

É oportuno mencionar os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

> (...) somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado, o que se há de exigir como pressuposto comum da reparação do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, e a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não há se pensar em indenização. *De minimis non curat praetor*. (Pontes de Miranda, Tratado, cit., p. 34-5, § 3.108, n. 2). [1]

Ainda sobre o tema, leciona o i. doutrinador:

> No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art 5º, V (que assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e X (que declara invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas") e, especialmente, no art. 1°, III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático "a dignidade da pessoa humana". Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar 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-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. [2]

Nesse sentido, eis os seguintes julgados deste sodalício:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS- NÃO COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO DANO - MERO DISSABOR- RECURSO IMPROVIDO.

1 Roberto Gonçalves, Carlos. **Responsabilidade Civil**, 8ª ed, São Paulo, Ed. Saraiva, p. 550.

2 Gonçalves, Carlos Roberto**. Responsabilidade Civil**, 9ª ed., re, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, p. 566-567).

> Não há que se falar em condenação por danos morais quando o ocorrido não ultrapassa à normalidade dos acontecimentos, sem ofender a reputação e honra do ofendido, tratando-se de mero dissabor. Para que o autor de ação de indenização seja ressarcido por danos morais, deve ele demonstrar haver sofrido, com a conduta da parte ré, abalo psíquico ou moral, pois o mero aborrecimento não enseja, por si só, indenização a tal título. Recurso conhecido, mas improvido. (TJMS- AGR: 0800753-46.2013.8.12.0052, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 27/01/2016, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/01/2016).
>
> APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO- AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO C.C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PEDIDO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE- DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - MERO DISSABOR- PREJUDICADO PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM RECURSO ADESIVO- RECURSO PRINCIPAL PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.
>
> O dano moral é aquele que fere o íntimo de uma pessoa atingindo-lhe o sentimento, o decoro, a honra, resumindo-se, a dor psicológica sentida pelo indivíduo. Por sua vez, se a conduta não tem potencialidade de causar abalo moral, mas apenas mero aborrecimento comum da vida em sociedade, não há falar em ressarcimento. Ausente, no processo, qualquer elemento probatório a indicar que o fato abalou a imagem da autora da ação indenizatória, causou-lhe inenarráveis sofrimentos, a fez passar por situação vexatória ou constrangedora perante terceiros, inexiste dano moral passível de reparação pecuniária. O mero dissabor não pode ser alcançado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (TJMS- Apelação Cível: 0800829-88.2014.8.12.0052, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de julgamento: 08/03/2016, 3ª Câmara Cível).

Nesse passo, a indenização por dano moral não se mostra cabível, porquanto não restou demonstrado, nem comprovado, de que forma a honra, a dignidade ou a imagem do apelado tenham efetivamente sido afetadas junto à sociedade em virtude da reportagem publicada no *blog* do recorrente.

Assim, não merece prosperar o pedido de indenização por danos morais, ante a ausência de prova do dano e dos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral trazido na inicial.

Considerando a inversão do julgamento, inverto a sucumbência estabelecida na sentença, e fixo os honorários advocatícios em 10 % (dez por cento) sobre o valor da causa, com fundamento no art. 85, § 2º do CPC.

Em atenção aos honorários recursais, com base nos § 11 e 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, fixo este em 3% (três por cento) sobre o valor da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 03 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0802496-68.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Sr. Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – URNA FUNERÁRIA – TAMANHO MAIOR QUE O JAZIGO – TRANSTORNO NO MOMENTO DO SEPULTAMENTO DE UM FILHO – RESPONSABILIDADE CIVIL DA FUNERÁRIA CONFIGURADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – MANUTENÇÃO DO PERCENTUAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO DA FUNERÁRIA CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Controvérsia centrada na discussão sobre: a responsabilidade civil pela falha na prestação de serviços póstumos; o *quantum* indenizatório; e o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Sob a ótica da Lei nº 8.078, de 11/09/90 - Código de Defesa do Consumidor, consagrou-se a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar.

Os danos morais devem ser fixados de forma proporcional e suficiente para compensar os prejuízos sofridos.

O art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil/1973 prevê que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios entre o mínimo de 10 (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: "a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

Recurso da funerária conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSUMIDOR – URNA MORTUÁRIA MAIOR QUE SEPULTURA – FATO/CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CEMITÉRIO – SERVIÇOS PÓSTUMOS – COMUNICAÇÃO E VERIFICAÇÃO JUNTO AO CEMITÉRIO DO TAMANHO DA SEPULTURA – ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DA FUNERÁRIA – VIOLAÇÃO DE DEVER ANEXO DA BOA-FÉ OBJETIVA – RECURSO DA ADMINISTRADORA DO CEMITÉRIO CONHECIDO E PROVIDO

A responsabilidade objetiva, por ser mais abrangente que a subjetiva, só é afastada pela ausência de nexo causal, nos casos estritos do § 3º do art.14 do CDC, a saber: inexistência de defeito na prestação do serviço ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

É atribuição da funerária realizar todos os serviços póstumos, o que envolve desde a preparação do corpo da pessoa morta até a condução da urna ao local do sepultamento, cabendo à administração do cemitério tão somente a tarefa de inserir o caixão dentro da sepultura. Daí se afirmar que a comunicação ao cemitério do tamanho da urna e a verificação se o mesmo guarda correspondência com o tamanho da sepultura é atribuição da funerária.

Considerando a natureza das atividades desempenhadas por uma empresa de serviços póstumos, é razoável exigir que ela tenha ciência das normas do cemitério.

Na hipótese, a funerária descuidou-se quanto ao dever de verificação da medida da sepultura, conduta esta que, por si só, resultou no transtorno reportado nos autos. O acidente de consumo ocorrido, consistente no fato da urna não caber dentro da cova, não pode ser imputado conjuntamente ao cemitério, o qual, dispondo de sepulturas de variados tamanhos, apenas executa a tarefa de inserir o caixão dentro daquela escolhida pelo consumidor ou, como no presente caso, pela empresa contratada pelos autores/apelados para prestar os serviços póstumos. E dessa escolha infere-se o cuidado de verificação, confirmação de que o tamanho da sepultura escolhida coincide com o tamanho da urna, ainda mais quando se trata de uma urna com medidas fora do padrão. Trata-se de dever anexo à boa-fé objetiva, sendo o mínimo que se espera de uma funerária contratada por familiares de um morto obeso e alto, como no caso.

Recurso da empresa administradora do cemitério conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso da Pax Nacional e por maioria, dar provimento ao recurso de CEMPAR- Empreendimentos Sociais Ltda S/S, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 3º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

Des. Alexandre Bastos – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de duas apelações interpostas por Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda e por CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras contra sentença proferida pelo Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de indenização por danos morais proposta pelos apelados Virlian Hildebrand de Lara e Nilde Valadares Lara contra Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda e CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras, na qual aduzem, em suma: que o pessoal da Pax tentou a todo custo retirar o corpo do seu filho Juliano Valadares Lara, falecido em 10/08/2013, do hospital, no intuito de assegurar a prestação de serviço funerário; que a Pax, aproveitando-se da urgência da situação e do delicado momento que os requerentes estavam passando, dificultou a negociação dos valores cobrados (R$ 6.000,00) para prestação dos serviços funerários e, somente após um dos familiares esclarecer que era advogado e comparecer pessoalmente na empresa, foi que reduziu o serviço para R$ 3.000,00; e que no momento do sepultamento, após várias tentativas por parte dos funcionários do cemitério, verificou-se que a urna funerária não cabia no jazigo da família, sendo que a administração do cemitério alegou que a Pax informou equivocadamente o tamanho do caixão como sendo 2,10 de comprimento por 0,73 de largura, quando na verdade era 2,20 de comprimento, enquanto que a Pax afirma que o erro foi do cemitério. Afirmam que apenas depois de duas horas do início do sepultamento, tendo o caixão com o corpo de Juliano permanecido sob o sol, ao lado do jazigo, é que o cemitério ofereceu contrato de cessão de um novo jazigo provisório

(válido por seis anos), o que, por falta de opção, foi aceito pela família, tendo o enterro ocorrido seis horas depois do horário inicialmente previsto. Informam que neste ínterim, o corpo e os familiares do falecido foram deslocados para o saguão do cemitério para aguardar o preparo do novo jazigo, numa espécie de novo velório, ocasião em que os funcionários da Pax tentaram entrar no local para medir o caixão, o que gerou mais constrangimento aos autores e familiares.

Requereram, assim, a condenação das requeridas-recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais, no importe igual ou superior a R$ 200.000,00 (f. 1-16).

Sentença julgou procedente os pedidos iniciais e condenou as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 para cada uma, acrescido de correção monetária pelo INPC desde a prolação da sentença e juros de mora de um por cento (1%) a partir da citação.

Sucumbência pelas requeridas-recorrentes, que foram condenadas ao pagamento de honorários advocatícios de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação (f. 218-227).

Apelação da Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda. sustentando que: o serviço adquirido junto à Pax foi realizado com sucesso, não podendo ser a mesma responsabilizada por fato ocorrido dentro do Cemitério Parque das Primaveras (sepultamento), não havendo, na hipótese, nexo causal e nem o cometimento de ato ilícito pela Pax; alternativamente, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório para o valor máximo de R$ 1.000,00, tendo em vista a desproporcionalidade entre o alegado dano e o valor fixado pelo Juízo; e deve ser reduzida a verba honorária para dez por cento (10%) sobre o valor da condenação.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso para: afastar a sua condenação ao pagamento da indenização por danos morais, invertendo-se os ônus sucumbenciais; sucessivamente, reduzir o valor da indenização para o importe máximo de R$ 1.000,00; e minorar os honorários advocatícios para, no máximo, dez por cento (10%) sobre o valor da condenação (f. 234-268).

Apelação da CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras sustentando: a excludente de responsabilidade da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, pois nem os recorridos e nem a Pax fizeram comunicação prévia à recorrente para que pudesse providenciar um jazigo especial, para solução da situação sem maiores transtornos. Acrescenta que, pelo Regulamento do Cemitério, entregue ao titular do jazigo, a recorrente não estaria obrigada a realizar sepultamento de urnas que estejam fora do tamanho regular (2,19m), caso em que o cemitério deveria ser avisado com quatro (4) horas de antecedência para adoção das providências cabíveis. Ademais, na prática, quem informa as medidas das urnas funerárias ao cemitério é a empresa funerária, tanto pela experiência, quanto pela especificidade da situação; que deve ser levado em consideração todas as providências adotadas pela recorrente para amenizar os transtornos do episódio descrito na exordial; e deve ser reduzido o *quantum* indenizatório para no máximo R$ 1.000,00.

Requer, o conhecimento e o provimento do apelo, para o fim de se reformar a decisão recorrida, reconhecendo a culpa exclusiva da vítima e de terceiro, afastando a responsabilidade civil da recorrente. Sucessivamente, pugna pela redução do valor arbitrado a título de danos morais para o máximo R$ 1.000,00 (f. 274-286).

Contrarrazões da CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras: em síntese, refuta os argumentos da recorrente Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda, objetivando o não provimento do seu apelo (f. 293-297).

Contrarrazões de Virlian Hildebrand de Lara e Nilde Valadares Lara: rechaçando as teses defensivas de ambos os recursos de apelação, requerendo o seu não provimento (f. 298-326).

VOTO (EM 08/03/2017)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se nos presentes recursos: a responsabilidade civil pela falha na prestação de serviços póstumos; o *quantum* indenizatório; e o valor dos honorários advocatícios.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 10/07/2015 (f. 228), tendo a respectiva intimação ocorrido em 19/08/2015 (f. 229), enquanto que os presentes recursos foram interpostos em 02/09/2015 e 17/09/2015.

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 legal, contados da intimação pelo DJe (art. 282, CPC/73), na forma do art. 184 e 191, ambos do CPC/73.

Ante a similitude das matérias plasmadas em ambos os apelos (f. 234-268 e 274-286), procedo **à** análise conjunta dos dois recursos de Apelação interpostos pelos réus-recorrentes.

Danos Morais

Consoante acima relatado, os requerentes - Virlian Hildebrand de Lara e Nilde Valadares Lara – propuseram a presente demanda contra Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda e CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras, objetivando a reparação por danos morais no valor de R$ 200.000,00, por conta de falhas na prestação de serviços póstumos, quais sejam:

Que o pessoal da Pax tentou a todo custo retirar o corpo de Juliano Valadares Lara, filho dos requerentes, falecido em 10/08/2013, do hospital, no intuito de assegurar a prestação do serviço funeral;

Que a Pax, aproveitando-se da urgência da situação e do delicado momento que os requerentes estavam passando, dificultou a negociação dos valores cobrados para prestação dos serviços funerários (R$ 6.000,00) e, somente após um dos familiares esclarecer que era advogado e comparecer pessoalmente na empresa, foi que reduziu o valor do serviço para R$ 3.000,00;

Que no momento do sepultamento, após várias tentativas por parte dos funcionários do cemitério, verificou-se que a urna funerária não cabia no jazigo da família, sendo que a administração do cemitério alegou que a Pax informou equivocadamente o tamanho do caixão como sendo 2,10 de comprimento por 0,73 de largura, quando na verdade era 2,20 de comprimento. Por outro lado, a Pax diz que o erro foi do Cemitério, o qual estaria responsável pelo serviço de sepultamento;

Que o caixão com o corpo de Juliano permaneceu sob o sol, ao lado do jazigo, até a equipe do cemitério oferecer uma saída para o problema, qual seja, o contrato de cessão de um novo jazigo provisório (válido por seis anos), o que, por falta de opção, foi aceito pela família;

Que o corpo e os familiares do falecido tiveram que retornar ao saguão do cemitério para aguardarem o preparo do novo jazigo, numa espécie de novo velório;

Que os funcionários da Pax tentaram entrar no local onde estaria sendo realizado o novo velório para medir o caixão, o que foi obstaculizado pelos familiares;

Que que o sepultamento ocorreu seis horas depois do horário inicialmente previsto.

Requereram, assim, a condenação das requeridas-recorrentes ao pagamento de indenização por danos morais, no importe igual ou superior a R$ 200.000,00.

O Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando as requeridas ao pagamento de danos morais no valor de R$ 20.000,00, sentença esta contra a qual ora recorrem os réus Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda e CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras.

De se ressaltar inicialmente que, como não houve recurso dos requerentes, e os requeridos devolveram à apreciação apenas a questão de a urna funerária ser maior do que o jazigo da família do falecido, sem mencionar as outras falhas na prestação do serviço apontadas na inicial, hei por bem limitar a apreciação deste apelo à matéria de fato devolvida a este Tribunal.

Feito esse parêntese, impõe-se anotar que a relação jurídica estabelecida entre as partes é regulada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

Fixada essa premissa, tem-se que se aplica, na hipótese, a teoria do fato do serviço, prevista no art. 14, da Lei nº 8.078, de 11/09/90:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde
>
> , independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;

> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.
>
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
>
> § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Sob a ótica da Lei nº 8.078, de 11/09/90 - Código de Defesa do Consumidor, consagrou-se a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar.

Acerca do tema, e o escólio de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

> O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material de acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços. Trata-se de hipótese de responsabilidade independente de culpa, prevista expressamente em lei, nos moldes do que preceitua a primeira parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil (Manual do Direito do Consumidor. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016).

No entanto, a previsão da responsabilidade objetiva nas relações consumeristas (independentemente de culpa), não dispensou a comprovação dos demais requisitos contidos no art. 186 do Código Civil, *in verbis*:

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

Sobre a responsabilidade civil preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana... quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima. (Responsabilidade Civil - 16 ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, f. 66)

Logo, afastada a culpa, remanescem os seguintes requisitos: fato lesivo causado pelo agente; afronta a direito subjetivo ou violação de direito alheio; produção de dano patrimonial ou moral, e nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso (Fabrício Zamprogna Matiello. Código Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 148).

Conforme dito alhures, diante do mandamento legal contido no art. 14, da Lei nº 8.078, de 11/09/90 - Código de Defesa do Consumidor, tem-se que todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no

campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.

Na espécie, é fato incontroverso que os autores-recorridos, com a morte repentina de seu filho Juliano Valadares Lara, falecido em 10/08/2013 (f. 23), contrataram os serviços póstumos da Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda e do CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras.

Também restou incontroverso que a urna funerária utilizada para o sepultamento do filho dos requerentes ultrapassava os limites espaciais do jazigo da família, impingindo, no momento do ato de sepultamento, grande constrangimento e consternação aos pais do morto, que além da sensação de impotência experimentada, tiveram que presenciar cenas inesquecíveis como a dos funcionários do cemitério tentando encaixar, de várias formas, a urna no jazigo, tendo, inclusive, virado o caixão "de cabeça para baixo" (f. 165), além de ouvirem comentários como o de que "tinham que serrar o caixão" (f. 165), tudo isso na presença dos amigos e familiares, isso sem contar todo o período de espera para realização do sepultamento.

O dano aqui é *in re ipsa*, dispensando-se prova em concreto. Aliás, as requeridas sequer discutiram a ocorrência do dano propriamente dito.

O questionamento apresentado a esta Corte é circunscrito a quem se atribui a responsabilidade pelo deplorável imbróglio: se a Pax ao repassar para o Cemitério os dados relativos ao tamanho da urna, ou se aos familiares do extinto, ao não informarem o Cemitério sobre o tamanho do caixão ou, por fim, ao próprio Cemitério, o qual realizou, de fato, o sepultamento.

Depreende-se dos autos que o réu CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras tentou se eximir da sua responsabilidade argumentando que a culpa foi de terceiro, mais precisamente, da Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda., a qual não repassou corretamente os dados sobre o tamanho do caixão. Ainda, atribuiu a responsabilidade aos próprios familiares do falecido Juliano, porque tinham o dever de avisar com antecedência que seria necessário um jazigo especial, devido ao tamanho do esquife.

Conforme prescreve o art. 333, do Código de Processo Civil/1973, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (inciso I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

In casu, constata-se que o réu CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S – Cemitério Parque das Primaveras não comprovou que os requerentes-recorridos tiveram acesso ao Regulamento do Cemitério (f. 85-85). Logo, não seria plausível se exigir que os familiares adotassem a conduta de avisar que necessitariam de um jazigo de tamanho especial.

Aliás, nem me parece razoável uma cláusula contratual desta natureza, a qual, força concluir, encerra verdadeiro absurdo, pois, afinal, não há como se esperar que uma pessoa, abalada com a perda de um ente querido, possa pensar em tomar providências deste gênero, a qual, aliás, por razões mais que óbvias, sobretudo por sua própria natureza e especificidade, às escâncaras deve recair tão somente sobre ambos os recorrentes Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda. e CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras, mas jamais sobre os familiares do falecido, sendo, pois, evidente, o requintado absurdo que aludida cláusula encerra ao destinar tal providência a estes últimos.

Ademais, também não há como se considerar a excludente da culpa de terceiro, se as provas produzidas pelo réu CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras -, não são firmes em excluir sua responsabilidade pelo evento danoso relatado na exordial.

Como bem destacou o Juiz sentenciante "as provas coligidas não afunilaram-se no sentido de demonstrar se apenas uma das requeridas foi responsável pelo embaraço: Se a Pax, que informou as medidas

erradas ao cemitério, ou o cemitério, que, apesar de ter recebido as medidas corretas da Pax, deixou de adaptar o jazigo para receber a urna, que possuía um tamanho maior que o padrão" (f. 225).

O que se extrai do arcabouço probatório é um verdadeiro e absurdo "jogo de empurra" entre os requeridos com relação a inafastável obrigação e responsabilidade pela prestação dos serviços póstumos contratados pelos requerentes, aos quais os recorrentes têm a ousadia e o acinte de tentarem atribuir-lhes a culpa pela manifesta e intolerável incompetência ensejadora do deplorável episódio.

Inclusive nas oitivas realizadas na audiência de instrução e julgamento ficou clara a tentativa da Pax de atribuir a responsabilidade exclusivamente ao Cemitério, já que não foi contratada para o sepultamento. Por sua vez, o Cemitério traz em sua defesa o argumento de que a funcionária da Pax informou equivocadamente as medidas da urna funerária.

Ocorre que a Pax foi contratada para organizar o sepultamento que seria realizado no Cemitério Parque das Primaveras, tendo plena ciência da dimensão do caixão.

Portanto, no mínimo, deveria ter tido a cautela de entrar em contato com o Cemitério para informar, com exatidão, tal particularidade, providência esta elementar, quando se analisa a natureza da atividade desenvolvida por ambos os recorrentes.

No mesmo sentido, tal informação deve ser colhida pelo Cemitério**,** o qual tinha que adotar as práticas necessárias para providenciar o regular sepultamento.

A funcionária do Cemitério, Adriana da Silva e Souza, ouvida em juízo, disse que:

> A funcionária Gislei, da Pax Nacional telefonou e falou com a depoente, informando a medida da urna. A depoente anotou e passou para o chefe de campo, Sr. Nelson Júnior. Então. Nelson conferiu as medidas do jazigo, após aberto, e constatou que, pelo tamanho que a funerária havia passado, caberia certinho lá. Tem certeza que a funerária informou que a medida do caixão era de 2,10m por 0,73 m de largura. Foi a depoente que anotou estas medidas em um folha de papel, que foi juntada nos autos. Quarenta minutos ou uma hora depois, a Pax entrou em contato, de novo, com o cemitério e passou, novamente, as mesmas medidas do caixão. Desta vez foi outra funcionária do cemitério, Rosimeire, que atendeu. Rosimeire mostrou para a depoente, que disse para ela que não precisava passar para o Nelson porque eram as mesmas medidas passadas anteriormente e ele já conferira e vira que caberia (f. 169).

A outra funcionária do Cemitério – Rosemeire Barbosa Ximenes – declarou que:

> O sepultamento não ocorreu porque a urna não coube no jazigo. A urna era maior do que a medida do jazigo. A medida da urna passada para o cemitério não era a mesma da urna em que estava o corpo de Juliano. A medida foi passada pelo cemitério pela funerária Pax Nacional. A medida foi passada por telefone, por volta das 8h30 min, 9h. Quem atendeu o telefone foi a funcionária da Cempar Adriana. Ela anotou em um papel, a medida que lhe foi informada e a passou para o responsável do campo, Nelson Jr. Ele conferiu e disse que pela medida da urna, passada pela Pax, dava para fazer o sepultamento normal. A Pax passou a medida de 2,10m x 0,73m. Na realidade, a urna tinha 2,22 e não coube no jazigo" (f. 171).

O funcionário do Cemitério - Nelson Carlos da Silva Júnior – declarou que:

> A Rosimeire, do escritório, disse para o depoente, por volta das 7h10min, que teria um sepultamento por volta das 10h e 30min. Ela foi com o depoente até o local, mostrou o jazigo e falou o horário. O depoente começou a preparar (...). Um certo tempo

> depois, a outra secretária, Adriana, ligou no telefone funcional do depoente e lhe disse que a funerária passara para ela a informação de que a urna seria especial, no comprimento de 2,10m x 0,73m. Como o depoente sabe que os jazigos daquela região do cemitério têm 2,19 e que, portanto, o caixão iria caber, mandou prosseguir os serviços. Os serviços foram feitos e o depoente, para confirmar, mediu o jazigo e viu que o caixão caberia normalmente. Então, o depoente e outros funcionários ficaram esperando chegar o caixão (...) Um dos empregados, José, foi avisar o depoente que a urna não caberia no jazigo, porque era muito comprida. O depoente voltou ao local e confirmou que ela não caberia. O depoente mediu o caixão e viu que ele tinha 2,22m" (f. 173).

Já a empregada da Pax, Ysabella Beatris Nascimento Pimenta, declarou que:

> Quando passou o plantão para Vanuzia disse para ela que a urna era de dimensões especiais e que ela deveria informar o cemitério. Este procedimento, de, na troca de plantão, o empregado informar para aquele que assume, que se trata de urna de medidas especiais é um hábito na empresa. A urna tinha 2,20m de comprimento. Não lembra das outras dimensões. As urnas de dimensões especiais são as de 2,20m para cima. A depoente ficou sabendo que Selma conversou com todas as empregadas da Pax e constatou que foi a empregada Gislei quem telefonou para o cemitério e passou as dimensões da urna. Soube que Gislei passou as dimensões corretas, isto é, de 2,20. É costume, na Pax, informar todos os cemitérios, antecipadamente, quando será remetida para sepultamento uma urna com dimensões especiais. Tais comunicações sempre foram feitas por telefone e, de um tempo para cá, passaram a ser feitas por escrito. Sabe que as informações passaram a ser feitas por escrito depois da ocorrência do problema discutido nesta ação (f. 175).

Gisley Auxiliadora Araújo de Oliveira Teruya, a qual trabalha na Pax, declarou que:

> Recebeu o plantão de Vanuzia (...). Como de costume, Vanuzia informou a depoente, no início do plantão, que a urna de Juliano era de medidas especiais, com 2,20m. A depoente, então, telefonou para o Cemitério Parque das Primaveras, por volta das 7h e 50 min, tendo sido atendida pela Sra. Rosimeire. A depoente confirmou o horário do sepultamento, que seria às 10h e 30 min, e informou a ela que a urna tinha dimensões especiais, com 2,20m. A manhã transcorreu normal, até que, no final da manhã, a outra funcionária do Cempar, Adriana, ligou para a Pax e falou com a depoente, dizendo-lhe que a família do falecido estava lá e que a urna não cabia no jazigo. A depoente disse para ela que ela, depoente, tinha ligado e falado com Rosimeire e informado a ela que a urna tinha dimensões especiais, com 2,20m. Adriana disse que lá estava o maior transtorno, que ela ia ter que verificar. Então, a depoente telefonou para Selma, que mandou o agente funerário Eduardo ir ao cemitério e fazer a conferência da urna. Ele foi, mas ficou no escritório, mas o cliente não quis que ele medisse a urna. Um dos conveiros disse para Eduardo que ele medira a urna e ela tinha o comprimento de 2,28m (f. 177).

A testemunha Selma Regina Evangelista dos Santos, funcionária da Pax, disse que:

> O pessoal do Cemitério Parque das Primaveras disse que a funcionária da Pax informara ao cemitério uma dimensão inferior ao efetivo tamanho da urna. A depoente ligou para a Diretora, D. Nilma, e informou o fato. Então, o agente, cujo nome a depoente não se recorda, foi ao Parque das Primaveras, para conversar com o cliente e confirmar o tamanho da urna. Embora não seja obrigação da Pax, é um costume da Pax ligar sempre, antecipadamente, para os cemitérios, informando do fato de que haverá um sepultamento com urna de dimensão especial. Quando chegou no cemitério, o agente da Pax falou com o Sr. Ivan, familiar do falecido, dizendo-lhe que a Pax informara corretamente a medida da urna ao cemitério, mas o cemitério dissera que a informação passada fora incorreta (f. 178).

Enfim, diante de todas essas declarações, não há dúvidas de que houve um problema de comunicação severo entre ambas as prestadores de serviço, que culminou no triste evento danoso vivenciado pelos requerentes que, naquele momento, não tinham a mínima condição de adotarem quaisquer cautelas inerentes à atividade prestada pelos requeridos, aos quais cabia, com exclusividade, a adoção de todas as providências envolvidas em eventos de tal natureza, que aliás, constitui a natureza de suas atividades, os quais, solidariamente[1], deverão reparar toda a dor e sofrimento causada aos recorridos.

Às claras que a falha na prestação do serviço guarda nexo de causalidade com os prejuízos suportados pelos apelados, evidenciando o dever de reparação dos danos pelos seus causadores.

Neste passo, está configurado o aludido defeito do serviço prestado pelos réus, uma vez que poderiam ter evitado exasperar ainda mais a dor e o sofrimento suportados pelos autores-recorridos pela irreparável perda e ainda no momento em que se despediam de seu filho, adotando postura mais cautelosa, diligente e competente por parte de seus funcionários, o mínimo que era de se esperar, de modo a evitar a absurda falha ocorrida na comunicação e os transtornos decorrentes.

Portanto, totalmente insubsistente a pretensão recursal, impondo-se, pois, a manutenção da condenação por danos morais.

Quantum indenizatório

Passo à enfrentar outro ponto do recurso debatido por ambos os apelantes, os quais pretendem a redução do valor da indenização por danos morais, fixada pelo Juízo *a quo* em R$ 20.000,00 para cada réu.

O valor para a compensação dos danos morais não pode constituir meio de enriquecimento sem causa, nem tampouco deve representar quantia que, de tão ínfima, não importe em repreensão ao ofensor, tolhendo-se da reprimenda o caráter educador e preventivo, também ínsito a condenações desse jaez.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem evoluído no sentido de estabelecer parâmetros a nortear a fixação da compensação por danos morais, levando-se em conta, principalmente, que a reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, o qual é sempre insuscetível de restituição ao *status quo ante* (EREsp 1.127.913/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014).

Destacam-se os seguintes precedentes:

> O dano moral e seu *quantum* deve assegurar a justa reparação do prejuízo, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade, sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu. (REsp 1.047.986/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 26/03/2009);
>
> Na fixação do valor da indenização por danos morais, consideram-se as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito." (REsp 747.474/RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), 4ª Turma, DJe 22/03/2010);
>
> A justa indenização norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo Julgador,

1 "Art. 7.º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.
Parágrafo único – Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo."

> entre a dor suportada e a capacidade econômica de ambas as partes – além da seleção de um critério substancialmente equânime. (EREsp 1.127.913/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014).

Para além dessas ponderações, convém citar, ainda, uma interessante técnica desenvolvida pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino a partir da aplicação analógica do parágrafo único, do art. 953, do Código Civil/2002[2], por meio da qual se delineou a fixação da indenização por danos morais em duas fases, a saber:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.
>
> [...]
>
> 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.
>
> 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.
>
> 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.
>
> 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.
>
> [...]
>
> 10. Recurso especial provido. (REsp 1.152.541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 21/09/2011).

Há também uma nova perspectiva que recomenda que se pondere e se analise o comportamento do autor do ilícito diante do evento danoso (grau de culpa).

Assim pontuou a Min. Isabel Galotti, no julgamento do REsp Repetitivo nº 1.199.782/PR (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, DJe 12/09/2011):

> [...] Quanto à extensão da responsabilidade, especialmente o arbitramento do valor da indenização por dano moral, entendo que se deve verificar, na análise de cada caso, de um lado, a gravidade dos danos sofridos pelas vítimas, e, de outro, a conduta do banco, diante do evento.
>
> Com efeito, o banco, diante da notícia da falsidade, pode ter tomado imediatamente uma providência para deixar de cobrar a dívida contraída pelo falsário, excluir o nome da vítima de cadastros negativos, devolver valores sacados por estelionatários, entre outras providências. Esta conduta mais ou menos diligente do banco deve ser levada em conta, para diminuir ou majorar o valor da indenização por dano moral ou, até mesmo, para afastar o dano moral, se o banco imediatamente resolver o problema da vítima.
>
> Em outros casos, todavia, o que se verifica é que o banco, mesmo sabendo da falsidade, não toma providência alguma para limpar o nome da vítima, não impede

2 CC/02, art. 953, parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

> a continuidade das cobranças, ela tem que entrar com uma ação na Justiça, obter antecipação de tutela, nem sempre cumprida prontamente, e ficar anos esperando com restrições de crédito de toda ordem. Nestes casos, o valor da indenização por dano moral deve ser mais alto.

Em suma, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são: a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

Portanto, à luz de tais considerações, em especial da condição financeira das partes e a finalidade educativa e preventiva da condenação, reputo conveniente que a indenização por danos morais seja mantida em R$ 20.000,00 para cada réu, montante adequado e proporcional às especificidades do caso em análise.

Por fim, e apenas para que não passe sem registro, acerca do argumento do apelante CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras, de que tomou certas atitudes visando amenizar a situação de dor vivenciada pelos recorridos (p. ex. oferta de novo jazigo, deslocamento dos familiares e do morto para o saguão do cemitério), fato é que tais providências, à evidência, não são suficientes para justificar a redução do *quantum* indenizatório, ante à gravidade da situação que ensejou o ajuizamento da presente demanda.

Honorários sucumbenciais

Com relação a este tópico, apenas a Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda se insurgiu contra os vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação arbitrados pelo Magistrado de origem, pugnando pela redução deste percentual para dez por cento (10%) sobre o valor da condenação.

O art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil/1973 prevê que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios entre o mínimo de 10 (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: "a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

No caso em apreço, a ação apresentou certa complexidade, demandando dilação probatória com oitiva de várias testemunhas em audiência. Porém, tramitou por pequeno lapso temporal, já que ajuizada em 29/01/2014 e sentenciada em 09/07/2015. Ademais, deve-se levar em conta o sucesso obtido na demanda, reflexo do labor do patrono dos requerentes.

Nesses termos, o valor dos honorários deve ser mantido em vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, tal como decidiu o Juiz sentenciante, montante este que se afigura condizente com a importância da causa, com o trabalho desenvolvido e o grau de zelo do advogado dos autores-apelados.

Sucumbência recursal

Deixo de fixar a sucumbência recursal, pois, conforme dito alhures, a sentença foi disponibilizada nos autos na data de 03/12/2015, ou seja, na vigência do Código de Processo Civil/73, atraindo, por conseguinte, a aplicação do Enunciado Administrativo nº 07 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> 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.

Diante do exposto, conheço os recursos interpostos por Pax Nacional Serviços Póstumos Ltda e CEMPAR - Empreendimentos Sociais Ltda S/S - Cemitério Parque das Primaveras, mas nego-lhes provimento.

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

VOTO (EM 22/03/2017)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (1º Vogal)

Tratam-se de apelações interpostas por Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA EPP, de um lado, e Cempar Empreendimentos Sociais LTDA, de outro, contra a Sentença de fls. 218/227 que, julgando procedente a presente ação, ajuizada por Virlian Hildebrand de Lara e Nilde Valadares Lara, condenou as apelantes ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00 para cada autor.

Em sessão de julgamento realizada no dia 08/03/2016, o relator proferiu voto negando provimento a ambas as apelações.

Na ocasião, pedi vista dos autos para melhor analisar a responsabilidade civil da recorrente Cempar Empreendimentos Sociais LTDA, chegando a conclusão diversa da do Relator, no sentido de excluir sua obrigação de indenizar.

Com a devida vênia, seguem os motivos que me levam a dar provimento ao apelo de Cempar Empreendimentos Sociais LTDA.

Mérito

Por meio da presente ação, os autores/apelados pretendem obter indenização por danos morais por parte das empresas apelantes, uma, prestadora de serviços funerários e outra, administradora de um cemitério, tendo em vista o abalo que sofreram no momento do enterro do corpo de seu filho, uma vez que a urna em que se encontrava o cadáver não coube na sepultura.

O Magistrado *a quo* condenou ambas as requeridas/apelantes ao pagamento de indenização, com base nas normas de proteção ao consumidor, que preveem a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e serviços.

Como dito, por ora, a análise concentrar-se-á apenas na questão da responsabilidade da recorrente Cempar Empreendimentos Sociais LTDA, pois quanto à da apelante Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA EPP, não vislumbro possibilidades de afastá-la.

Pois bem.

De fato, a empresa Cempar Empreendimentos Sociais LTDA, na condição de prestadora de serviços, "responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos" (cdc, art. 14, *caput*).

Trata-se da responsabilidade objetiva, que, por ser mais abrangente que a subjetiva, só é afastada pela exclusão do nexo causal, nos casos estritos do § 3º do art.14 do CDC, que preconiza:

> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

E, nesse sentido, merece prosperar o argumento da apelante, administradora do cemitério, de que o dano resultou de culpa exclusiva de terceiro, qual seja, a funerária Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA EPP.

Isso porque a funerária foi a empresa contratada para realizar todo o serviço referente ao funeral do filho dos autores/recorridos (nota fiscal à fl. 24 e contrato de prestação de serviços póstumos às fls. 54/58), o que envolve desde a preparação do corpo até a condução da urna ao local do sepultamento, no caso, o cemitério administrado pela Apelante em questão.

Aliás, o objeto social da empresa é justamente a "exploração por conta própria do ramo comercial de Administração e Prestação de Serviços Póstumos" (cláusula segunda do contrato social – fls. 45/51).

Conforme previsão do art. 3º, IX da Lei Municipal n. 3.909/01 (dispõe sobre serviços funerários e de cemitérios, públicos e particulares, no município de Campo Grande-MS), funerária é a "empresa concessionária autorizada a promover o funeral, o sepultamento e a venda de urnas funerárias".

A referida lei determina, ainda, que:

> Art. 6º - O serviço funerário consistirá em:
>
> I - preparação do corpo;
>
> II - oferecimento de urna mortuária constituída e forrada com material de fácil degradação;
>
> III - oferecimento de capela de velório;
>
> IV - oferecimento de transporte e entrega do corpo no cemitério de destino.

Sendo assim, a funerária é a empresa contratada para tomar todas as providências relativas ao funeral, cabendo à administração do cemitério tão somente a execução do sepultamento, isto é, a tarefa de inserir o caixão dentro da sepultura.

Daí se afirmar que a comunicação ao cemitério do tamanho da urna e a verificação se o mesmo guarda correspondência com o tamanho da sepultura é atribuição da funerária.

Essa afirmação encontra amparo não só na referida lei municipal, como também no regulamento do cemitério (fls. 85/88), que aborda a questão de maneira específica, a saber:

> 22 – A ADMINISTRADORA não é obrigada a efetuar sepultamento cujos caixões estejam fora das dimensões normais em uso no Cemitério. Os casos especiais deverão ser comunicados por escrito à direção do Cemitério e com 04 (quatro) horas de antecedência, para que as providências, tecnicamente cabíveis, sejam tomadas.

E, considerando a natureza das atividades desempenhadas por uma empresa de serviços póstumos, é razoável exigir que ela tenha ciência das normas do cemitério.

É evidente, portanto, que cabia à funerária comunicar à administradora do cemitério as exatas medidas da urna a ser enterrada, bem como verificar se elas correspondiam às medidas da sepultura, de modo que a falha em qualquer dessas funções caracteriza defeito do serviço da funerária, e não do cemitério.

Por isso, é possível concluir no caso presente que a exclusão da responsabilidade da administradora do cemitério por culpa (fato) exclusiva de terceiro (CDC, art. 14, § 3º, II) também significa inexistência de defeito no serviço prestado por ela (CDC, art. 14, § 3º, I).

A esse respeito, veja-se o que leciona Sérgio Cavalieri Filho:

> Também aqui será preciso que o acidente de consumo não decorra de defeito do produto. A conduta exclusiva de terceiro faz desaparecer a relação de causalidade entre o defeito do produto e o evento danoso, erigindo-se em causa superveniente que por si só produz o resultado. Assim, se a enfermeira, por descuido ou intencionalmente, aplica medicamento errado no paciente – ou em dose excessiva -, causando-lhe a morte, não haverá responsabilidade alguma do fornecedor do medicamento. O acidente não decorreu de defeito do produto, mas sim da exclusiva conduta da enfermeira – caso em que deverá responder o hospital por defeito do serviço.[3]

Fazendo-se uma analogia com o exemplo citado pelo doutrinador, na hipótese presente, a funerária descuidou-se quanto ao dever de verificação da medida da sepultura, conduta esta que, por si só, resultou no transtorno reportado nos autos.

O acidente de consumo ocorrido, consistente no fato da urna não caber dentro da cova, não pode ser imputado conjuntamente ao cemitério, o qual, dispondo de sepulturas de variados tamanhos, apenas executa a tarefa de inserir o caixão dentro daquela escolhida pelo consumidor ou, como no presente caso, pela empresa contratada pelos autores/apelados para prestar os serviços póstumos.

E dessa escolha infere-se o cuidado de verificação, confirmação de que o tamanho da sepultura escolhida coincide com o tamanho da urna, ainda mais quando se trata de uma urna com medidas fora do padrão. Trata-se de dever anexo à boa-fé objetiva, sendo o mínimo que se espera de uma funerária contratada por familiares de um morto obeso e alto, como no caso.

Desse modo, a administradora do cemitério não pode ser responsabilizada pelo descumprimento de um dever de outrem, porquanto, repita-se, não cabe a ela verificar o tamanho dos caixões e escolher a correlata sepultura, mas tão somente colocar o caixão dentro da sepultura escolhida por terceiro.

A alegação da apelante Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA EPP de que o fato ocorrido resultou de falha na anotação das medidas da urna por parte dos funcionários da apelante Cempar Empreendimentos Sociais LTDA deve ser discutida em ação própria, de cunho regressivo, em que se poderá examinar de quem foi a responsabilidade subjetiva em relação ao evento.

O que importa para o deslinde do presente feito, no entanto, é que, objetivamente, a falha na prestação do serviço que ocasionou o dano aos Apelados deve ser imputada tão somente à apelante Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA, pois, como demonstrado, trata-se de inobservância de dever pertencente exclusivamente a ela.

Aliás, a administradora do cemitério, diante do acontecimento gerador do dano, procurou amenizar todo o transtorno emocional e psicológico dos familiares do morto, providenciando em tempo razoável outra sepultura e disponibilizando uma de suas salas de velório para acomodar as pessoas enquanto esperavam pelo sepultamento.

3 C. F., Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 186.

Assim, ao invés de esperar que a funerária resolvesse o problema, o cemitério adiantou-se e prontificou-se a solucioná-lo por conta própria, cumprindo com os deveres inerentes à boa-fé objetiva que o caso exigia.

Diante disso, seja por inexistência de defeito no serviço prestado (CDC, art. 14, § 3º, I), seja por fato exclusivo de terceiro (CDC, art. 14, § 3º, II), resta excluída a responsabilidade civil da empresa administradora do cemitério no presente caso.

Conclusão

Ante o exposto, divirjo do relator no tocante à apelação de Cempar Empreendimentos Sociais LTDA, dando-lhe provimento para julgar improcedente o pedido de condenação em indenização por dano moral com relação a ela. Quanto à apelação de Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA, acompanho o relator, mantendo-se sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00 para cada autor.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º Vogal)

Acompanho o 1º Vogal.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Ante a divergência instaurada no julgamento do presente recurso, no qual fui vencido, e diante do prosseguimento do julgamento pela fórmula do art. 942, CPC/15, hei por bem fazer alguns apontamentos que considero relevantes para o deslinde da causa.

No caso versando, deve-se observar que estamos diante de uma relação de consumo. A responsabilidade, portanto, é objetiva (risco da atividade), dispensando maiores indagações a respeito da culpa.

Além disso, importante frisar que foram duas as empresas contratadas para prestação dos serviços póstumos: a Pax e o Cemitério Parque das Primaveras. A primeira responsável pelos trâmites do velório (inclusive fornecimento do caixão adequado), e a segunda pelo sepultamento, depósito e preservação dos restos mortais do falecido.

Ao que me parece, restou demonstrado que ambas as empresas participaram para o dano produzido, existindo o nexo causal entre a conduta praticada pelos funcionários de ambas as empresas e o dano moral sofrido pelos autores da ação.

Forçoso reconhecer, ainda, que não houve a contratação indireta do cemitério pela Pax. Como dito alhures, a família do falecido contratou a funerária para uma atividade e o cemitério para outra, em serviços que, por sua vez, estão relacionadas mas não se confundem.

O cemitério ficou encarregado do serviço de sepultamento e conservação dos restos mortais do extinto, em jazigo pertencente à família (f. 84).

Por sua vez, a Pax ofereceu os seguintes produtos e serviços: urna mortuária, paramentação de metal; velas, tule de nylon, carro funerário para remoção e sepultamento, decoração de flores dentro da urna (naturais ou artificiais), taxa de sepultamento em cemitério municipal; cadeiras para velório; copos descartáveis para café; café e açúcar, e sala de velório, se necessário (f. 54).

Outro ponto que restou claro é que havia uma espécie de "parceria" entre as prestadoras do serviço, no sentido de que a funerária informava o cemitério acerca de eventual situação que refugisse à normalidade,

como o caso de uma urna funerária de tamanho especial. O cemitério, por sua vez, deveria, de posse de tal informação, promover as eventuais adaptações para proceder ao sepultamento.

In casu, as provas produzidas apontam para um problema de comunicação entre as empresas nesta "parceria", não conferindo certeza à alegação da funerária de que repassou corretamente as informações sobre o tamanho especial do caixão, nem tampouco há como saber se a funcionária do cemitério anotou corretamente tais medidas, ou que as tenha repassado a contento ao funcionário encarregado de adaptar a urna ao jazigo.

Isso sem contar no despreparo dos funcionários do cemitério, os quais tentaram, a todo custo, encaixar a urna no jazigo, na presença dos familiares e amigos, lançando comentários de mal gosto, como o de que "tinham que serrar o caixão" (f. 165), fato que corrobora a conclusão da falha na prestação do serviço e qualifica o pedido de reparação.

Portanto, se a ofensa teve mais de um autor (cemitério e funerária), "todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo" (art. 7°, § único, CDC).

Deveras, o fornecedor de serviços somente poderia deixar de ser responsabilizado se provasse, cabalmente, a inexistência do defeito, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (artigo 14, § 3º, incis. I e II, CDC), circunstância não verificada no caso presente.

Especificadamente com relação à excludente de responsabilidade da culpa de terceiro, vale advertir que este terceiro não pode ser alguém que faça parte da cadeia produtiva, devendo ser uma figura completamente estranha à relação jurídica estabelecida (o que não é o caso da Funerária, a qual, assim como o Cemitério, também fora contratada para prestar os serviços póstumos).

A respeito, é o escólio de Flávio Tartuce:

> Deve ficar claro que esse terceiro deve ser pessoa totalmente estranha à relação jurídica estabelecida...
>
> Como bem observa Sérgio Cavalieri filho, 'terceiro que integra a corrente produtiva, ainda que remotamente, não é terceiro; é fornecedor solidário (...) Por razões óbvias, o comerciante não pode ser considerado um terceiro no caso de um defeito que atinge o produto" (Manual de direito do Consumidor – Direito Material e Processual, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016, p. 232-233).

No tocante à excludente de responsabilidade da culpa exclusiva de terceiro, já julgou o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO - FIXAÇÃO DE *QUANTUM* COMPENSATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL - INSURGÊNCIA DA RÉ.
>
> 1. A análise da pretensão recursal referente à necessidade de produção de outras provas para o deslinde da controvérsia e à possibilidade do julgamento antecipado da lide demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula 7 do STJ.
>
> **2. Os integrantes da cadeia de consumo, em ação indenizatória consumerista, também são responsáveis pelo danos gerados ao consumidor, não cabendo a alegação de que o dano foi gerado por culpa exclusiva de um dos seus integrantes. Precedentes.**

> 3. Pretensão de redução valor fixado a título compensatórios de danos morais. Impossibilidade. Para modificar as conclusões consignadas no acórdão impugnado e concluir estar exagerado o *quantum* indenizatório como quer a parte recorrente, seria necessária a incursão no conjunto fático-probatório das provas e nos elementos de convicção dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula nº 7 do STJ).
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 207.708/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013) - grifamos.
>
> Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. "Arrozina Tradicional" vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade.
>
> **Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro.**
>
> - Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC.
>
> - **O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo.**
>
> - A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante.
>
> Recurso especial não provido. (REsp 980.860/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 02/06/2009). - grifamos.

Em suma, não subsiste a tese invocada pela CEMPAR – Empreendimentos Sociais Ltda S/S – Cemitério Parque das Primaveras no sentido de que deve incidir a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro, justamente porque imputam o fato a um dos componentes da cadeia de distribuição do serviço (a funerária).

Por fim, não poderia deixar de destacar a observação feita pelo desembargador 1º vogal de que "a alegação da apelante Pax Nacional Serviços Póstumos LTDA EPP de que o fato ocorrido resultou de falha na anotação das medidas de urna por parte dos funcionários da apelante Cempar Empreendimentos Sociais Ltda deve ser discutida em ação própria, de cunho regressivo, em que se poderá examinar de quem foi a responsabilidade subjetiva em relação ao evento".

Ora, direito de regresso importa reconhecimento da responsabilidade solidária. Ademais, se há pendência de discussão acerca da culpa, não há substrato para a afirmação do desembargador 1º vogal no sentido de inexistir "defeito no serviço prestado" pelo cemitério.

Sendo assim, e em se tratando de responsabilidade objetiva por defeito na prestação de serviços póstumos, ambas as partes rés deverão responder, solidariamente, pelos danos causados aos autores da ação.

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal (Des. Alexandre Bastos), vencido o relator que negava provimento. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento, em face de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 10/05/2017)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (3º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º Vogal)

Acompanho o 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso da pax nacional e por maioria, deram provimento ao recurso de Cempar - Empreendimentos Sociais Ltda S/S, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 3º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

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 Bastos, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1400941-62.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONFLITO COMPETÊNCIA ENTRE VARA DA FAZENDA PÚBLICA E JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – LEI 12.153/09 – COMPETÊNCIA ABSOLUTA – REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº48 DO TJMS – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C OBRIGAÇÃO DE FAZER – NULIDADE DE QUESTÕES DE CONCURSO – AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE DA CAUSA - COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS – SEGURANÇA DENEGADA – CONTRA O PARECER.

Não há falar em complexidade da causa, tampouco em necessidade de prova pericial quando a ação versar sobre a nulidade de questões de concurso público, cabendo inclusive em sede de juizados especiais a juntada de laudo pericial.

Revogada a limitação imposta pela Resolução Interna do Tribunal de Justiça (Resolução nº 48) quanto ao julgamento de ações de natureza pessoal envolvendo servidor público, prevalece a competência prevista na Lei 12.153/09 dos juizados especiais da fazenda pública a qual é absoluta, por isso sendo a causa com valor de até 60 salários mínimos e ainda sem maior complexidade deve ser processada e julgada pelos juizados especiais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 8 de junho de 2017.

Des. Alexandre Bastos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Leonísio de Paula contra ato apontado como coator do Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, Fernando Paes de Campos, consistente na declaração de incompetência absoluta e declinação da competência em favor do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande.

Alega o impetrante que antes de propor ação declaratória c/c obrigação de fazer em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, na qual foi proferida a decisão apontada como ato coator do magistrado, já havia ajuizado a mesma ação em sede de juizados especiais, sendo julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, sob a fundamentação de incompetência absoluta face a necessidade de utilização de prova empresta e complexidade da matéria.

Afirma que as duas decisões tanto a do juizado quanto a da Vara de Fazenda Pública são conflitantes e que não pode ser cerceado em seu direito de ver resolvido o mérito da demanda, por isso requer a concessão da segurança para que a ação tenha regular processamento e julgamento na Vara de Fazenda Pública, na Justiça Comum.

A liminar foi deferida de modo a suspender os autos nº 0843749-65.8.12.001 até o julgamento do mérito deste *mandamus*, com o deferimento da assistência judiciária (f. 324-328)

Nas informações o magistrado manteve o posicionamento no sentido de que a competência para apreciação da matéria é do Juizado Especial, sendo inclusive possibilitado o exame técnico por meio de pessoa habilitada pelo juiz. (f. 336-338)

Diante da anterior apresentação de relatório às f., em atenção ao princípio da economia processual, valho-me do citado documento e ratifico seus termos.

O Ministério Público opina pela concessão da segurança, sob a fundamentação de que é aplicada a Resolução nº 42/2010 que exclui dos juizados especiais as ações de natureza pessoal do servidor público e ainda por entender que no caso há necessidade de prova pericial complexa para análise dos pedidos (f. 342-347)

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Leonísio de Paula impetrou mandado de segurança contra ato apontado como coator do Juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, consistente na declaração de incompetência absoluta e declinação da competência em favor do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande.

Alega o impetrante que antes de propor ação declaratória c/c obrigação de fazer em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, na qual foi proferida a decisão apontada como ato coator do magistrado, já havia ajuizado a mesma ação em sede de juizados especiais, sendo julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, sob a fundamentação de incompetência absoluta face a necessidade de utilização de prova emprestada e complexidade da matéria.

A liminar foi deferida de modo a suspender os autos nº 0843749-65.8.12.001 até o julgamento do mérito deste *mandamus*, com o deferimento da assistência judiciária (f. 324-328)

A questão do presente mandado de segurança cinge-se a análise de conflito de competência entre a 2ª Vara de Fazenda Pública e o Juizado Especial da Fazenda Pública.

Isso porque o impetrante já ajuizou a mesma ação declaratória c.c obrigação de fazer em sede de Juizados Especiais da Fazenda Pública, sendo proferida a sentença de extinção do mérito pela incompetência absoluta e ao propor na Justiça Comum, o magistrado também declarou a incompetência, sob a fundamentação de que o valor da causa não supera o limite de 60 salários mínimos, o que determina a competência absoluta dos Juizados.

Veja-se, portanto, que está ocorrendo afronta ao direito do impetrante quanto ao acesso à justiça, já que não vê a sua pretensão analisada.

Como é sabido a Lei 12.153/2009 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública, estabeleceu em seu art. 2º a competência para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, no valor de até 60 salários mínimos, ratificando inclusive a competência absoluta, como se vê:

> Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.
>
> § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:
>
> I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;
>
> II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;
>
> III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.
>
> § 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo.
>
> § 3º (VETADO)
>
> § 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta."

Esclarece-se que, por mais que a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública seja absoluta, este Tribunal de Justiça determinou, por meio da Resolução nº48, a limitação das causas, considerando o interesse administrativo, em virtude do número excessivo de feitos, inclusive com matérias de alta complexidade e necessidade de perícia.

Veja-se:

> Art. 1º Modificar a redação do artigo 2º da Resolução nº 42, de 16 de junho de 2010, que passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 2º Os Juizados Especiais da Fazenda Pública, instalados a partir do dia 23 de Junho de 2010, terão a competência prevista no artigo 2º da Lei Federal nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, excluídas as ações de natureza pessoal de servidor público, em face das Fazendas Públicas Estaduais e Municipais e, observadas, ainda, as restrições previstas no § 1º do mesmo artigo.
>
> Art. 2º Os processos que foram distribuídos para os Juizados Especiais da Fazenda Pública, em decorrência da alteração introduzida pela Resolução nº 45, de 2010 e que tratam de matéria de natureza pessoal envolvendo servidor público, serão redistribuídos às varas das fazendas púbicas na Justiça Comum, para serem nelas processados e julgados.

Foi também com base nesta limitação de competência que o impetrante sustenta a competência da Vara de Fazenda Pública da Justiça Comum.

Ocorre que a restrição da competência absoluta, nos termos do art. 23 da Lei 12.153/2009, é permitida pelo prazo de 5 anos, conforme dispõe o citado artigo: "Art. 23. Os Tribunais de Justiça poderão limitar, por até 5 (cinco) anos, a partir da entrada em vigor desta Lei, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, atendendo à necessidade da organização dos serviços judiciários e administrativos".

Assim, verifica-se que a restrição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública para julgar matéria de natureza pessoal envolvendo servidor público deixou de vigorar em 23.06.2015.

Ou seja, a ação ajuizada pelo impetrante, considerando a natureza e o valor da causa é de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Cabe, porém, ainda analisar a questão apresentada pelo impetrante de que já propôs a ação declaratória c/c obrigação de fazer perante o Juizado, recebendo a tutela jurisdicional no sentido de extinção sem julgamento do mérito em decorrência da complexidade da matéria e necessidade de perícia e prova emprestada.

Para verificar a complexidade da matéria, necessário analisar os pedidos e peculiaridades da ação declaratória, no entanto, sem analisar o mérito da demanda.

A ação declaratória c/c obrigação de fazer ajuizada pelo impetrante visa à anulação de questões da prova realizada no processo seletivo interno para o ingresso no Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, o que acarretaria a classificação do impetrante.

Sustenta a necessidade de utilização de prova emprestada dos autos de nº 0002180932011.8.12.0001 (2ª Vara de Fazenda Pública), visto que foram objeto de perícia técnica, sendo consideradas nulas pelo perito em decorrência de graves erros de formulação nos enunciados e nas respostas, por isso deve ser aproveitada para análise de seu pedido.

Ao verificar os documentos apresentados e fundamentação da ação proposta pelo impetrante, entende-se que não se trata de matéria de alta complexidade, tampouco há necessidade de prova pericial, já que o pedido do impetrante é para ver anuladas as questões do concurso interno em que participou de modo que isso faça alterar a sua classificação final e ainda ser incluído/reclassificado no curso de formação pretendido.

Não se verifica qualquer das hipóteses que afastam a competência dos Juizados Especiais, até porque a parte pode juntar aos autos todos os meios de provas disponíveis legalmente, inclusive laudo pericial, ou como no caso, a análise das questões para configuração ou não do alegado direito.

Importante asseverar inclusive que a matéria trazida pelo impetrante na ação declaratória já foi analisada, em caso parecido nos Juizados Especiais, como se pode observar no Recurso de nº 0821361-08.2015.8.12.0001 da 3ª Turma Recursal Mista, com acórdão publicado em 22.03.2017.

Frisa-se que o processo acima citado é apenas para corroborar que questão a semelhante foi apreciada no Juizado Especial, portanto, sem considerar a matéria como complexa tampouco necessária a produção de prova pericial incompatível com o procedimento.

Assim, conclui-se que a competência para julgar a ação proposta pelo impetrante é do Juizado Especial da Fazenda Pública, face a competência absoluta, nos termos da Lei 12.153/09 e ainda por não se tratar de matéria de alta complexidade, nem mesmo ser necessária perícia incompatível com o procedimento adotado.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos constam, contra o parecer, denega-se a segurança, mantendo-se a decisão de remessa do magistrado da 2ª vara da Fazenda Pública ao Juizado especial competente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

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

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

Campo Grande, 08 de junho de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800619-55.2013.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – ELETRIFICAÇÃO RURAL – PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO – CONFIGURADA – PRAZO VINTENÁRIO – DEMANDA FUNDADA EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – VÍCIO DO CONSENTIMENTO COAÇÃO – INEXISTENTE – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PROVA DE FATO NEGATIVO – PROVA "DIABÓLICA" – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Importa consignar que, 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.

É do momento em que a concessionária incorpora ao seu patrimônio a rede elétrica da parte autora que, em tese, se tem configurado o enriquecimento ilícito, com aumento do ativo da apelada e diminuição do passivo do apelante, devendo ser este, portanto, o marco inicial do prazo prescricional.

Inexistindo instrumento contratual prevendo o ressarcimento de valores gastos com a instalação da rede de energia elétrica, faz-se necessário observar o prazo prescricional a partir da data da data da assinatura do termo de doação juntado aos autos, sendo 20 (vinte) e 3 (três) anos, observada a regra de transição do art. 2.028 do CC.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial n.º 1.249.321/RS, representativo de controvérsia, com fundamento no art. 543-C do CPC**,** firmou posicionamento no sentido de ser de 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e de 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento dos valores pagos a título de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica rural quando o ressarcimento estava previsto em instrumento contratual. E, quando o pedido é relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual, o prazo prescricional na vigência do Código Civil de 1916 é de 20 (vinte) anos, e na vigência do Código atual é de 3 (três) anos.

Para que seja acolhida a argüição de coação, como fator de vício e anulabilidade do contrato, é necessária a demonstração cabal de que a atitude coativa foi capaz de impedir o livre exercício de vontade daquele que alega ter sido coagido.

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, 12 de abril de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Arciso Francisco de Oliveira interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da Vara Única de Bandeirantes, nos autos da Ação de Restituição de Valores n. 0800619-55.2013.8.12.0025, ajuizado em face de Empresa Energética de Mato Grosso do Sul - Enersul, que reconheceu a ocorrência de prescrição e julgou extinto o processo.

Narra que ajuizou a presente ação objetivando a restituição dos valores gastos na construção da rede de distribuição de energia elétrica em seu imóvel rural, entre os anos de 1987 a 1993.

Afirma que contatou a apelada que afirmou que só seria possível a construção da rede para fornecimento de energia elétrica para sua propriedade rural se o apelante antecipasse os recursos financeiros necessários e construísse a rede, comprometendo-se a ressarci-lo posteriormente. Dessa forma, juntamente com outros 15 produtores rurais da região, contratou as empresas Sertel e Trofosul, para construir a respectiva rede elétrica, ficando totalmente pronta a instalação em 1993. Ressalta que não houve nenhum instrumento (contrato, notificação) entre às partes litigantes, capaz de iniciar a contagem do lapso temporal de um prazo reivindicatório.

Sustenta que é trabalhador rural, pessoa humilde, de boa-fé e pouca instrução e que acreditou que a apelada iria cumprir com sua parte no acordado. Defende que não agiu contra a empresa, cobrando o cumprimento do acordo, com receio que está viesse a penalizá-lo deixando de fornecer energia elétrica em sua propriedade, o que causaria inúmeros transtornos à sua vida e a da sua família.

Ressalta que o temor vivenciado pelo apelante de que poderia vir a perder o fornecimento de energia elétrica, configura uma verdadeira tortura emocional, fazendo com que o recorrente se sentisse coagido, impedindo-o de tomar as providências objetivando o recebimento das quantias despendidas. Somente após tomar conhecimento por meio da imprensa, de casos análogos, resolveu tomar providências a fim de ter garantido o seu direito ao ressarcimento.

Afirma que o sentimento de temor que impedia o apelante de agir somente deixou de existir quando contatou seus procuradores, que garantiram que a apelada não poderia, em retaliação, suspender o fornecimento de energia a sua propriedade rural, afastando a coação, o que só ocorreu a partir de 2013, iniciando-se a partir daí a contagem do prazo prescricional.

Dessa forma, defende que no caso havia o vício de consentimento na relação celebrada entre o apelante e a demandada, no caso, a coação moral irresistível, o que por si só torna nulo de pleno direito o negócio jurídico realizado entre às partes.

Portanto, defende que a contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da ação de restituição dos valores teve início com a cessação da coação, o que ocorreu somente em janeiro de 2013 e não com o início das obras de instalação da rede de energia, como ficou assentado na sentença recorrida.

Sustenta que está buscando o ressarcimento das quantias despendidas na construção da rede de energia que a empresa demandada explora comercialmente, dessa forma considerar o início do prazo prescricional da data em que as obras iniciaram é privilegiar o ardil e o formalismo em detrimento da razoabilidade.

Prequestionamento: “a) a fluidez do instituto da prescrição é suspensa/interrompida quando o autor sofre coação ao longo do tempo; e b) se o prazo só volta a fluir após a sua efetiva cessação; c) se o negócio jurídico nulo convalesce pelo decurso do tempo.”

Requer a procedência dos pedidos iniciais.

Contrarrazões às fls. 186-205, pelo desprovimento da apelação.

VOTO

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

Arciso Francisco de Oliveira interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juiz da Vara Única de Bandeirantes, nos autos da Ação de Restituição de Valores n. 0800619-55.2013.8.12.0025, ajuizado em face de Empresa Energética de Mato Grosso do Sul - Enersul, que reconheceu a ocorrência de prescrição e julgou extinto o processo.

Narra que ajuizou a presente ação objetivando a restituição dos valores gastos na construção da rede de distribuição de energia elétrica em seu imóvel rural, entre os anos de 1987 a 1993.

Afirma que contatou a apelada que afirmou que só seria possível a construção da rede para fornecimento de energia elétrica para sua propriedade rural se o apelante antecipasse os recursos financeiros necessários e construísse a rede, comprometendo-se a ressarci-lo posteriormente. Dessa forma, juntamente com outros 15 produtores rurais da região, contratou as empresas Sertel e Trafosul, para construir a respectiva rede elétrica, ficando totalmente pronta a instalação em 1993. Ressalta que não houve nenhum instrumento (contrato, notificação) entre às partes litigantes, capaz de iniciar a contagem do lapso temporal de um prazo reivindicatório.

Sustenta que é trabalhador rural, pessoa humilde, de boa-fé e pouca instrução e que acreditou que a apelada iria cumprir com sua parte no acordado. Defende que não agiu contra a empresa, cobrando o cumprimento do acordo, com receio que está viesse a penalizá-lo deixando de fornecer energia elétrica em sua propriedade, o que causaria inúmeros transtornos à sua vida e a da sua família.

Ressalta que o temor vivenciado pelo apelante de que poderia vir a perder o fornecimento de energia elétrica, configura uma verdadeira tortura emocional, fazendo com que o recorrente se sentisse coagido, impedindo-o de tomar as providências objetivando o recebimento das quantias despendidas. Somente após tomar conhecimento por meio da imprensa, de casos análogos, resolveu tomar providências a fim de ter garantido o seu direito ao ressarcimento.

Afirma que o sentimento de temor que impedia o apelante de agir somente deixou de existir quando contatou seus procuradores, que garantiram que a apelada não poderia, em retaliação, suspender o fornecimento de energia a sua propriedade rural, afastando a coação, o que só ocorreu a partir de 2013, iniciando-se a partir daí a contagem do prazo prescricional.

Dessa forma, defende que no caso havia o vício de consentimento na relação celebrada entre o apelante e a demandada, no caso, a coação moral irresistível, o que por si só torna nulo de pleno direito o negócio jurídico realizado entre às partes.

Portanto, defende que a contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da ação de restituição dos valores teve início com a cessação da coação, o que ocorreu somente em janeiro de 2013 e não com o início das obras de instalação da rede de energia, como ficou assentado na sentença recorrida.

Sustenta que está buscando o ressarcimento das quantias despendidas na construção da rede de energia que a empresa demandada explora comercialmente, dessa forma considerar o início do prazo prescricional da data em que as obras iniciaram é privilegiar o ardil e o formalismo em detrimento da razoabilidade.

Prequestionamento: “a) a fluidez do instituto da prescrição é suspensa/interrompida quando o autor sofre coação ao longo do tempo; e b) se o prazo só volta a fluir após a sua efetiva cessação; c) se o negócio jurídico nulo convalesce pelo decurso do tempo.”

Requer a procedência dos pedidos iniciais.

Contrarrazões às fls. 186-205, pelo desprovimento da apelação.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, convém ressaltar que a sentença objeto do presente recurso foi proferida em 14 de setembro de 2014, e o prazo para interposição da apelação findou-se em 20/10/2014. Essa observação se faz necessária para que se estabeleça a regra aplicável ao processamento e julgamento deste recurso, ante as grandes alterações advindas com a vigência do novo código de processo civil - Lei n.º 13.105/2015.

Desta forma, contatando-se que a decisão foi proferida quando ainda em vigor a lei n.º 5.869/73 (Código de Processo Civil -1973), e que o prazo final para a sua interposição também se findou quando ainda vigente a norma referida, 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.

Prescrição

Trata-se de recurso de apelação interposto por Arciso Francisco de Oliveira em face da sentença que reconheceu a prescrição da pretensão contida na inicial e extinguiu o feito, com base no art. 269, IV, do CPC/1973, condenando o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em R$ 500,00 (quatro mil reais), com a ressalva do art. 12 da Lei 1.060/50.

A sentença proferida não merece reforma. Vejamos.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia, com fundamento no art. 543-C do CPC, firmou posicionamento no sentido de ser de 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e de 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento dos valores pagos a título de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica rural, quando o ressarcimento estava previsto em instrumento contratual.

Já quando o pedido é relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual, o prazo prescricional na vigência do Código Civil de 1916 é de 20 (vinte) anos, e na vigência do Código atual é de 3 (três) anos.

Confira-se a ementa do REsp n. 1.249.321/RS:

> FINANCIAMENTO DE REDE DE ELETRIFICAÇÃO RURAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CUSTEIO DE OBRA DE EXTENSÃO DE REDE ELÉTRICA PELO CONSUMIDOR. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APORTADOS. PRESCRIÇÃO.
>
> Para efeitos do art. 543-C do CPC:
>
> 1. Nas ações em que se pleiteia o ressarcimento dos valores pagos a título de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica, a prescrição deve ser analisada, separadamente, a partir de duas situações: (i) pedido relativo a valores cujo ressarcimento estava previsto em instrumento contratual e que ocorreria após o transcurso de certo prazo a contar do término da obra (pacto geralmente denominado de "CONVÊNIO DE DEVOLUÇÃO"); (ii) pedido relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual (pactuação prevista em instrumento, em regra, nominado de "TERMO DE CONTRIBUIÇÃO").

> 1.2.) No primeiro caso (i), "prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, a pretensão de cobrança dos valores aportados para a construção de rede de eletrificação rural, [...] respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002" (REsp 1.063.661/RS, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010);
>
> 1.3.) No segundo caso (ii), a pretensão prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e em 3 (três) anos, na vigência do Código Civil de 2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, inciso IV), observada, igualmente, a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil de 2002.
>
> 2. No caso concreto, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no CONVÊNIO DE DEVOLUÇÃO, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2008 (cinco anos, a contar da vigência do novo Código). Por outro lado, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no TERMO DE CONTRIBUIÇÃO, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2006 (três anos, a contar da vigência do novo Código). Tendo o autor ajuizado a ação em 15 de janeiro de 2009, a totalidade de sua pretensão está alcançada pela prescrição. 3. Recurso especial a que se dá provimento."

Nos presentes autos, verifica-se que foi juntado pelo apelante, às fls. 21-23, o contrato de prestação de serviço celebrado entre ele e a empresa Sertel, datado de 05/02/1987, bem como, a nota fiscal de serviços, fornecido pela Trafosul, datada de 26/02/1993, empresas contratadas pelo recorrente, para a realização das obras mencionadas.

No caso, haja vista a ausência de previsão de reembolso em instrumento contratual e diante da existência de termo de doação, juntado às fls. 102-103, datado de 13/02/1989, de acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, deve incidir o prazo prescricional do art. 206, § 3º, IV do Código Civil (três anos), observada a regra de transição prevista pelo artigo 2.028 do atual Código Civil, contados da data da assinatura do termo de doação, ou seja, 13/02/1989.

Acerca do termo inicial do prazo prescricional, confira-se o recente precedente proferido no STJ:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ELETRIFICAÇÃO RURAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. 1. É do momento em que a concessionária incorpora ao seu patrimônio a rede elétrica da parte recorrida que, em tese, se tem configurado o enriquecimento ilícito, com aumento do ativo da recorrente e diminuição do passivo do recorrido, devendo ser este, portanto, o marco inicial do prazo prescricional. Precedentes. 2. No presente caso, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido de que a construção da rede teria ocorrido em 2001, 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 da Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 969.329/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016).

Assim, deve ser considerado com termo inicial para a contagem do prazo prescricional, a data da assinatura do "Termo de Doação", qual seja, 13/02/1989. Considerando-se que entre a data da assinatura do termo de doação até a data da entrada em vigor do CC/2003, transcorreram 14 (quatorze) anos, ou seja, mais da metade do prazo prescricional de 20 anos, aplicável o prazo prescricional vintenário, cujo termo final era 13/02/2009.

Logo, como a data do ajuizamento da ação é 04/10/2013, está prescrita a pretensão do apelante, razão pela qual deve ser mantida a sentença recorrida.

Confira-se:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. ELETRIFICAÇÃO RURAL – PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO – PRAZO TRIENAL – DEMANDA FUNDADA EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – INCISO IV DO § 3º DO ARTIGO 206 DO CC/2002. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUZIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial n.º 1.249.321/RS, representativo de controvérsia, com fundamento no art. 543-C do CPC, firmou posicionamento no sentido de ser de 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916, e de 5 (cinco) anos, na vigência do Código Civil de 2002, o prazo prescricional da pretensão de ressarcimento dos valores pagos a título de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica rural quando o ressarcimento estava previsto em instrumento contratual. E, quando o pedido é relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual, o prazo prescricional na vigência do Código Civil de 1916 é de 20 (vinte) anos, e na vigência do Código atual é de 3 (três) anos. Considerando a natureza da causa, a atuação do advogado e a necessidade de atuação na sede recursal, a fixação dos honorários no percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação é suficiente para remunerar o trabalho do advogado. (TJMS. Apelação n. 0824175-27.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 14/12/2016, p: 15/12/2016)

> EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – ELETRIFICAÇÃO RURAL – PRETENSÃO FUNDAMENTADA EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO TRIENAL PREVISTA NO ARTIGO 206, § 3º, INCISO IV, DO NOVO CÓDIGO CIVIL – JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543–C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJMS. Apelação n. 0000789-11.2010.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz José Ale Ahmad Netto, j: 12/05/2015, p: 13/05/2015)

> EMENTA-ACÓRDÃO EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA DE DESPESAS COM ELETRIFICAÇÃO RURAL - CUSTEIO EXCLUSIVAMENTE PELO CONSUMIDOR PRESCRIÇÃO INEXISTÊNCIA DE RECONHECIMENTO CONTRATUAL DE DÍVIDA PELA CONCESSIONÁRIA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA CC, ART. 206, § 3º, IV PRAZO PRESCRICIONAL DE TRÊS ANOS AÇÃO AJUIZADA APÓS DECORRIDO O PRAZO LEGAL - ADEQUAÇÃO NOS TERMOS DO ART.543-C, II, § 7º DO CPC Violado o direito na vigência do Código Civil de 1916, e não transcorrido o prazo estabelecido, aplica-se a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil, segundo o qual há de ser aplicado o novo prazo prescricional do Código Civil de 2002 se, na data de sua entrada em vigor, não houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Tratando-se de ação de cobrança de fatura de energia elétrica sem prazo específico estabelecido na novel legislação, e nos termos da jurisprudência desta Corte, aplica-se o prazo geral decenal (art. 205 do CC) a contar de 11.1.2003 A orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.249.321/RS, em sede de recurso representativo de controvérsia, estabelece que para as hipóteses em que não há contrato estipulando a restituição dos valores despendidos pelo consumidor com a edificação de estrutura para eletrificação do seu imóvel rural, a pretensão é de ressarcimento de enriquecimento sem causa, a ser exercida, a partir de 1 de janeiro de 203, no prazo de 3 anos, como disciplina o artigo 206, § 3.º, inciso IV, do Código Civil. Prescrição reconhecida e ônus de sucumbência invertidos. (TJMS. Apelação n. 0002072-98.2010.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 27/01/2015, p: 28/01/2015)

No tocante a alegação de ocorrência de coação irresistível, este motivo não encontra-se evidenciado nos autos.

No que concerne à coação, afirma o apelante que é trabalhador rural, pessoa humilde, de boa-fé e pouca instrução e que não acionou juridicamente a empresa requerida, exigindo o cumprimento do acordo, com receio que está viesse a penalizá-lo, deixando de fornecer energia elétrica em sua propriedade, o que causaria inúmeros transtornos à sua vida e a da sua família.

Causa espanto essa alegação, visto que foi juntado aos autos "Termo de doação" (fls. 102-103), onde o recorrente doa de forma voluntária, à concessionária requerida, a rede de distribuição de energia elétrica da citada propriedade rural.

É cediço que o direito de propriedade é um direito disponível por excelência, passível de livre oneração pelo seu titular. Trata-se de característica do direito de propriedade, conforme regramento contido na primeira parte do *caput* do art. 1.228 do Código Civil ("O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa...").

Quanto a esta última faculdade conferida ao proprietário *jus abutendi,* leciona Francisco Eduardo Loureiro:

> A faculdade de dispor (*jus abutendi*) envolve tanto a disposição material quanto jurídica da coisa, isto é, o poder de alienação. Abrange tanto a transmissão a título oneroso ou gratuito, como o de oneração por direitos reais limitados de gozo, fruição e garantia e aquisição. Pode ainda consumir a coisa, total ou parcialmente, desgastando sua substância. (Código Civil Comentado, Coord. Min. Cezar Peluso, 3ª ed., Manole, 2009, p. 1.163)

Desta feita, nenhum impedimento existe à disposição, pelo apelante, dos bens que compõe a rede de energia elétrica por ele construída, seja de forma onerosa ou mesmo gratuita. O óbice alegado seria de ordem volitiva, atingindo um dos requisitos do negócio jurídico, qual seja, a vontade de doar a coisa, tendo em vista a coação perpetrada pela concessionária.

Segundo o autor/apelante, não acionou juridicamente a concessionária ré, temendo o corte/suspensão no fornecimento da energia elétrica em sua propriedade rural. Pois bem.

A coação, como vício apto a anular os negócios jurídicos, recebeu regramento específico no art. 151 do Código Civil, cuja redação transcrevo a seguir:

> A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Nestor Duarte, comentando o dispositivo, pondera:

> Não é, porém, qualquer ameaça hábil a configurar coação, devendo preencher os seguintes requisitos: a) gravidade; b) incutir no paciente temor fundado; c) tratar-se de dano iminente; d) **o dano terá de ser considerável**; e) ser a ameaça injusta; e f) ser causa determinante do negócio. (Código Civil Comentado, 3ª ed., Manole, 2009, p. 123) grifei

Sílvio de Salvo Venosa, aprofundando-se sobre o tema, propõe seus requisitos para a caracterização da coação: 1- essencialidade da coação; 2 – intenção de coagir; 3 – gravidade do mal cominado; 4 – injustiça ou ilicitude da cominação; 5 – dano atual ou iminente; 6 – justo receio de prejuízo, igual, pelo menos, ao decorrente do dano extorquido; e 7 – tal prejuízo deve recair sobre pessoa ou bens do paciente, ou pessoas de sua família.

Especialmente quanto ao item 3 (gravidade do mal cominado), destaca o renomado civilista:

> Importa aqui a intensidade do mal, sua probabilidade de consumação. A vítima, perante a violência procedente do outro contraente ou de terceiro, deve escolher entre consentir e curvar-se à ameaça ou sofrer as consequências. A ameaça deve, por isso, revestir-se de certa gravidade. Assim já se decidiu: 'Não basta qualquer constrangimento para que se haja o ato jurídico por viciado. Para que ocorra a coação, mister se faz que se atinja o limite da anormalidade' (RT 524/65). A ideia do julgado é que todos nós, com maior ou menor amplitude, vivemos sob pressão constante das próprias condições que a sociedade nos impõe. Não podemos sujeitar um negócio jurídico à anulabilidade, trazendo incerteza às relações jurídicas, perante essas pressões ordinárias da vida. (Direito Civil, vol. I, Atlas, 5ª ed., 2005, p. 455)

Feitas essas considerações, em que pesem as alegações do apelante, não vejo como motivo do não ajuizamento da ação visando a compelir a concessionária ao cumprimento do contratado, a ameaça de suspensão do fornecimento de energia elétrica ao recorrente, circunstância que não considero suscetível de causar-lhe dano grave ou considerável.

Isso porque, diante da concretização da ameaça, poderia o recorrente levar a juízo a recusa na prestação dos serviços e, uma vez comprovada a ilegalidade, obter tutela jurisdicional para compelir a concessionária a fornecer-lhe a pretendida energia elétrica.

Em verdade, o motivo determinante na celebração do termo de doação está consubstanciado na obtenção de vantagem econômica em decorrência da valorização dos imóveis rurais beneficiados com a instalação da rede elétrica. Não fosse esse benefício, além daqueles inerentes à eletrificação rural, certamente não teria a concessionária logrado obter grande número de doações.

A jurisprudência não reconhece o vício da coação nos negócios jurídicos sem que se evidencie a gravidade do dano incutido na ameaça:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. PRECLUSÃO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO VÍCIO (COAÇÃO) DE CONSENTIMENTO ALEGADO. ART. 333, I, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO QUE SE CONFIRMA EM GRAU RECURSAL. PRELIMINAR REJEITADA, APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70061334025, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 26/02/2015).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CONTESTAÇÃO GENÉRICA. INEXISTÊNCIA. IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA DOS FATOS PELA RÉ. COAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO EFETIVA DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO. PRETENSÃO À CONDENAÇÃO DA APELADA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ALBERGUE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A PLENA QUITAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 'No processo civil é proibida a contestação genérica, isto é, por negação legal. Pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu impugnar um a um os fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, por exemplo, será revel quanto a ele, incidindo os efeitos da revelia (presunção de veracidade)' (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery in Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 584)" (TJSC, Ap. Cív. n. , de Sombrio, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 4-5-2000, destaque no original). "Os

> vícios do consentimento, tais como dolo, coação e erro, para macular o negócio jurídico, imprescindem de prova cabal de sua ocorrência, sob pena de improcedência do pedido" (TJSC, Ap. Cív. n. , de Palhoça, Rel. Des. Alcides Aguiar, DJ de 16-7-2004). "O pagamento, fato extintivo do direito do exeqüente, deve ser cabalmente demonstrado pelo devedor, seja por inscrição no próprio título ou por documento idôneo contendo os requisitos insculpidos no art. 940 [atual art. 320] do Código Civil" (TJSC, Ap. Cív. n. , de Joinville, Rel. Des. Gastaldi Buzzi, DJ de 8-9-2003).
>
> APELAÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - CONFISSÃO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE - SENTENÇA - VÍCIO CITRA PETITA - FALTA DE INDICAÇÃO OBJETIVA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INEXISTÊNCIA - COAÇÃO - CONCEITO - CONDIÇÃO POTESTATIVA INEXISTENTE - CESSÃO DE CRÉDITO POSTERIOR - CLÁUSULA DE MANDATO - LEGITIMIDADE CARACTERIZADA - ANATOCISMO - PRÁTICA POR INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - INADMISSIBILIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - TR COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO - POSSIBILIDADE - JUROS REMUNERATÓRIOS - TAXA - PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E RELEVO SOCIAL DO TRABALHO - CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA - PERCENTUAL AJUSTADO PELAS PARTES - IMPOSSIBILIDADE - VOTO VENCIDO. A coação, como causa de invalidação do negócio jurídico, ocorre quando uma parte deduz ameaça de mal grave e injusto para obter a declaração de vontade da outra. A ameaça de mal justo, no caso, a inscrição de devedor inadimplente em serviço privado de proteção ao crédito, não constitui coação." (TAMG - Cível - Apelação (Cv) - Nº 0344954-7 - Rel. Caetano Levi Lopes - Rev. Duarte de Paula - J. 10/04/2002 - Por maioria - Não publicado).

Portanto, não se pode considerar a alegação de ameaça de corte/ suspensão do fornecimento de energia elétrica gravosa a ponto de viciar a vontade do apelante na celebração do termo de doação em discussão, até porque o fornecimento de energia elétrica segue rígido regramento previsto em leis, atos administrativos regulamentares e no contrato de concessão do serviço, o que torna remota e improvável sua concretização.

Ainda que superadas essas questões e se considere grave e concretizável o mal alegado, considerando ainda a situação de tratar-se de pessoa de pouco saber, compulsando o caderno processual, é possível concluir pela inexistência de elementos de convicção aptos a demonstrar sua ocorrência, daí que vale dizer que não restaram comprovados os fatos constitutivos do direito alegado pelo apelante, na forma preconizada pelo art. 333, I, do CPC

Do repertório jurisprudencial já colacionado depreende-se que o reconhecimento do vício da coação depende de prova segura comprobatória da grave ameaça, o que, como dito, não ocorreu no caso em tela, onde nenhuma prova foi produzida no sentido de demonstrar os alegados vícios de consentimento. Apenas para reforçar esse pensamento, colha-se.

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APELAÇÃO CÍVEL – VÍCIO DE CONSENTIMENTO – COAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – EMBARGOS ACOLHIDOS. Para que seja acolhida a argüição de coação, como fator de vício e anulabilidade do contrato, é necessária a demonstração cabal de que a atitude coativa foi capaz de impedir o livre exercício de vontade daquele que alega ter sido coagido." (Embargos de Declaração em Apelação Cível - Execução - N. 2007.029940-2/0001-00 – Coxim, Relator - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, 3ª Turma Cível, j. 12.1.2009)
>
> EMBARGOS DE TERCEIRO - DEFESA DA MEAÇÃO - DÍVIDA ASSUMIDA EM PROVEITO DO GRUPO FAMILIAR - PRESUNÇÃO *IURIS TANTUM* - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O DÉBITO NÃO FOI CONTRAÍDO EM BENEFÍCIO

> DA ENTIDADE FAMILIAR - REJEIÇÃO DOS EMBARGOS - PENHORA EFETIVADA A PEDIDO DO PRÓPRIO EXECUTADO E DE SUA ESPOSA, ORA EMBARGANTE - TERMO DE ACORDO - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - COAÇÃO - AMEAÇA - AUSÊNCIA DE PROVA. A mulher casada pelo regime de comunhão de bens tem direito à ação de embargos de terceiro, visando a preservar sua meação, presumindo-se, contudo, que a dívida contraída pelo marido, durante a constância do casamento, beneficiou a família. Em face da completa ausência de provas de que a dívida não foi contraída em benefício da entidade familiar, prevalece o entendimento constante do princípio constitucional de igualdade absoluta dos cônjuges, resultando, daí, a responsabilidade solidária de um pelos compromissos assumidos pelo outro, já que a administração do patrimônio é, no seu todo, em comum. A coação relativa, que dá origem ao vício de vontade, torna o ato jurídico anulável, diferentemente da coação absoluta, já que naquela o coacto tem a escolha de expor-se ao mal cominado ou concretizar o negócio que se pretende extorquir. No caso dos autos, não se verifica sequer indícios de ter havido alguma ameaça do embargado à embargante, no sentido de compeli-la a renunciar à sua meação em prol da garantia da execução, até porque, conforme constou, de forma clara e expressa, da petição de acordo, a execução já se encontrava garantida e a iniciativa da substituição da penhora partiu da própria apelante e de seu esposo. Pelo que consta, o exeqüente, ora embargado se limitou a pleitear, nos autos da execução, a penhora no rosto dos autos de arrolamento dos bens deixado pelo pai da embargante, o que foi deferido pelo juízo *a quo*. Não se trata, a toda evidência, de coação, mas, ao contrário, do exercício regular de um direito do credor-exeqüente. Se a efetivação da penhora desagra. (TJ/MG - Processo: 104410600520790021 MG 1.0441.06.005207-9/002(1) - Relator: Eduardo Mariné da Cunha - Publicação: 21/10/2008 - Julgamento: 2 de Outubro de 2008)

> Mauá. Desapossamento administrativo. Implantação do Complexo Viário Jacu-Pêssego. Termo de compromisso. Coação. Indenização por danos materiais e morais. – Ausência de demonstração do suposto vício de consentimento na assinatura do termo de compromisso. Ônus da prova que compete ao autor, nos termos do art. 333, I do CPC. – Improcedência. Recurso desprovido. (TJ/SP - ProcessoAPL 00076085820128260348 SP 0007608-58.2012.8.26.0348 - Relator Torres de Carvalho - Orgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público - Publicação: 20/05/2015 - Julgamento: 18 de Maio de 2015)

Mesmo considerada a inversão do ônus da prova, há de se considerar a impossibilidade material da concessionária produzir prova de que não coagiu, de que não condicionou a prestação dos serviços à doação da rede elétrica particular. A jurisprudência não admite a imputação do ônus da prova negativa ou diabólica:

> DUPLO APELO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DA CADERNETA DE POUPANÇA – IMPROCEDÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PROVA DE FATO NEGATIVO – PROVA "DIABÓLICA" – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE IMPORTÂNCIA REFERENTE A MULTA DIÁRIA – AUSÊNCIA DE RECURSO ESPECÍFICO CONTRA A DECISÃO QUE FIXOU-A – PRECLUSÃO DA MATÉRIA – NEGADO PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. Constitui fato constitutivo do direito do autor a existência de conta-poupança junto a instituição financeira, para fim de restituição de expurgos inflacionários. Como se traduz da teoria clássica romana, actore non probante, reus absolvitur, ausentes as provas pertinentes aos fatos constitutivos do direito da autora seu pedido inicial deve ser julgado improcedente. Ainda que fosse cabível a inversão do ônus da prova no caso em tela, não seria possível determinar que o réu fizesse prova da inexistência dos extratos da conta-poupança nos períodos mencionados, pois se trata de prova de fato negativo, cuja impossibilidade de realização faz com que seja comumente chamada de "prova diabólica". (Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.028262-3/0000-00 - Três Lagoas, Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Turma Cível, j. 17.5.2010).

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDAS DE EMPRESA FALIDA. PENHORA DE IMÓVEL DO CO-DEVEDOR. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECOLHIMENTO DO PREPARO. PRECLUSÃO LÓGICA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE FATOS NEGATIVOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. MERO INADIMPLMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-ADMINISTRADOR. ILEGALIDADE. 1. Ao recolher o preparo, o Apelante incorre em conduta incompatível com o requerimento de assistência judiciária gratuita, operando-se a preclusão lógica. 2. O Embargante ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal por ter seu nome indicado como coresponsável tributário em certidão de dívida ativa e por ser detentor de eventuais direitos sobre suposto bem imóvel, sobre os quais recaiu a penhora. 3. Inexiste prescrição intercorrente quando se constata que a paralisação do processo se deveu à falha atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário, podendo, por analogia, ser aplicado o entendimento consolidado no enunciado da Súmula n. 106 do colendo Superior Tribunal de Justiça. 4. Compete ao Fisco a comprovação de que o sócio-administrador praticou atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, porquanto não é razoável inverter esse ônus processual, sob pena de impor ao Embargante a necessidade de demonstrar fatos de caráter negativo que, por sua natureza, são insuscetíveis de prova. 5. Mero inadimplemento do débito tributário não é suficiente para redirecionar a responsabilidade ao sócio-gerente, nos termos do enunciado da Súmula 430 do colendo Superior Tribunal de Justiça. 6.Recurso conhecido e parcialmente provido. Unânime. (TJ/DF - Processo: APC 20130110231139 - Relator Fátima Rafael - Orgão Julgador: 3ª Turma Cível - Publicação: Publicado no DJE : 03/08/2015 . Pág.: 231 - Julgamento: 22 de Julho de 2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA DE OFÍCIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 5º, LV DA CF E AOS ARTIGOS 330 E 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COMPROVAÇÃO DE FATO NEGATIVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO AUTOR. DEVER QUE SE IMPÕE AO FISCO, DE FUNDAMENTAR O LANÇAMENTO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR. PEDIDO EXPRESSO, PELO FISCO, DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL INDEFERIDA PELO MAGISTRADO *A QUO*. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRELIMINAR ACOLHIDA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Para a ocorrência do fato gerador do ICMS, com base na previsão de incidência sobre a Â“circulação de mercadoriasÂ” é essencial que o produto seja adquirido para revenda, que a destinação da coisa seja o repasse mediante remuneração, a mercância; 2. Via de regra legal, as empresas de construção civil não são consideradas contribuintes do ICMS, ante a natureza essencialmente de serviço que reveste esta atividade; 3. Segundo o entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, Â“as empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduaisÂ” (Súmula 432); 4. É possível a prática, por empresas da construção civil, de atos sobre os quais incida o ICMS. Isto ocorrerá quando a mercadoria for realmente adquirida para a revenda ao consumidor final. Ora, nesse momento, estará a ocorrer a atividade nuclear prevista no conceito de ICMS, qual seja a circulação de mercadoria; 5. A mera previsão do contrato social de atividade de Â“comercialização de mercadorias e materiaisÂ” não implica em dedução de que a compra de materiais efetivada pela empresa Apelada seria destinada a esta atividade; 6. A obrigação tributária, exceto nos casos expressamente previstos em lei, somente surgirá a partir da ocorrência do fato imponível, ou fato gerador, que, nas palavras de Geraldo Ataliba, Â“é a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecedeÂ” (V. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68); 7. A obrigação tributária, por sua vez, após a ocorrência do fato gerador apto a criá-la, se torna exigível

> com o lançamento, transformando-se, nesse momento, em crédito tributário, conforme as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional; 8. O lançamento, sendo ato administrativo, goza de presunção de validade juris tantum que, no entanto, pode ser desconstituída por prova em contrário. Apesar disso, é pacífico na doutrina que a presunção de validade do ato administrativo não impõe que o ônus de provar recaia sempre para o particular, exigindo-se deste até a comprovação de atos negativos; 9. In casu, não se pode exigir que a empresa Apelada comprove que não vendeu as coisas adquiridas em operação interestadual, a fim de afastar a incidência do ICMS; 10. Cabe ao Fisco no seu lançamento, fundamentar o lançamento com as circunstâncias cabíveis e suficientes às caracterização do fato gerador do tributo de ICMS, o que não ocorreu no caso em julgamento; 11. No caso, cabendo ao fisco a prova da ocorrência do fato gerador, este solicitou a produção probatória percial, o que foi indeferido pelo magistrado de 1º grau; 12. Havendo pedido expresso de prova pericial, não pode o magistrado de 1º grau julgar antecipadamente a lide por ausência de prova, incorrendo, portanto, em cerceamento de defesa do Réu, ora Apelante; 13. Declaração de nulidade da sentença guerreada com a determinação de retorno dos autos ao 1º grau para a produção da prova pericial requerida; 14. Apelação procedente.(TJ/PI - Processo: REEX 201000010034866 PI 201000010034866 - Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho - Orgão Julgador: 3ª Câmara Especializada Cível - Publicação: 18/08/2014, 18/08/2014, 18/08/2014 - Julgamento: 11 de Junho de 2014

Não há falar, portanto, em vício de coação na celebração do termo de doação juntado às fls. 102/103.

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento, torna-se desnecessária manifestação expressa a respeito de todos os 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 demanda, o que foi feito no caso em análise.

Portanto, se o *decisum* 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".

Nessa trilha:

> 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)

Assim, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais citados pela parte apelante.

Dispositivo:

Posto isso, conheço do recurso, porém, 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. 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, 12 de abril de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0802192-32.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – FATO DO PRODUTO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE MONTADORA DE VEÍCULOS – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – COLISÃO FRONTAL DE ALTA INTENSIDADE – SISTEMA DE *AIR BAGS* QUE NÃO FOI ACIONADO – DISPOSITIVO DEFEITUOSO – RISCO À VIDA E INCOLUMIDADE DO CONDUTOR – DANO MORAL CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO – CRITÉRIOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Expõe o consumidor a risco e caracteriza fato do produto o não acionamento dos *air bags* frontais em acidente de que resultou a destruição total da dianteira do veículo. Dano moral configurado. Responsabilidade objetiva da montadora.

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 2º Vogal, após o 1º Vogal retificar o voto para acompanhá-lo, vencidos o Relator e o 3º Vogal, de acordo com a técnica de julgamento do artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 29 de março de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira, interpõem recurso de apelação inconformados com a sentença (fls. 145/150) proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, na Ação de Danos Materiais movida em desfavor da Endo Comércio Automóveis Importação Exportação LTDA, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, com base no artigo 85, § 2º, do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa, conforme o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira, ora apelantes, em suas razões recursais (fls. 158/166), pugnam para que a apelada seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 175/187), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 15.02.17)

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

João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira, interpõem recurso de apelação inconformados com a sentença (fls. 145/150) proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS, na Ação de Danos Materiais movida em desfavor da Endo Comércio Automóveis Importação Exportação LTDA, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, com base no artigo 85, § 2º, do CPC, cuja exigibilidade fica suspensa, conforme o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira, ora apelantes, em suas razões recursais (fls. 158/166), pugnam para que a apelada seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 175/187), pugna pelo improvimento do recurso.

O magistrado de primeiro grau ao proferir o *decisum* de fls. 145/150, deixou consignado o seguinte:

> (...)
>
> João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira acionaram Endo Comércio Automóveis Importação Exportação Ltda relatando que: a) o primeiro autor adquiriu da ré um veículo HONDA/CIVIC LXR, ano de fabricação 2013, modelo 2014, CHASSI 93HFB9640EZ101119, placas NRY 2608, de cor prata; b) o veículo supracitado era provido de *airbag*; c) no dia 15/01/2015 o veículo envolveu-se em acidente de trânsito na Rodovia BR 101, que culminou com a sua perda total, no entanto, o dispositivo de *airbag* não foi acionado, o que fez com que os autores sofressem várias lesões pelo corpo, importando, desta forma, no dever de indenizar do réu, ante o defeito apresentado pelo bem adquirido. Assim expondo, pediram a procedência do pedido inicial para o fim de condenar a ré ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R$ 40.000,00, assim como em custas e honorários advocatícios. Requereram a gratuidade de justiça (p. 1/9). Instruíram a inicial com documentos (p. 10/61).
>
> A gratuidade de justiça foi concedida aos autores (p. 62).
>
> Efetivada a citação (p. 68), a ré ofereceu contestação arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito requereu a improcedência do pedido inicial porque pela descrição do acidente noticiado, fica evidente que a colisão foi lateral, motivo pelo qual os *airbags* frontais não foram ativados. Denunciou à lide a empresa Honda Automóveis do Brasil Ltda (p. 69/85). Juntou documentos (p. 86/94).
>
> Os autores apresentaram impugnação à contestação (p. 97/103).
>
> Este juízo rejeitou preliminar de ilegitimidade passiva, indeferiu o pedido de denunciação à lide e oportunizou a produção de provas (p. 104).
>
> Em face dessa decisão a ré interpôs agravo retido (p. 110/118).
>
> O autor requereu a juntada de mídia com filmagem do veículo noticiado na inicial (p. 107), sendo referido pedido indeferido (p. 135/136).
>
> Realizou-se audiência preliminar, na qual, rejeitada a conciliação, foram fixados os fatos incontroversos e as questões controvertidas sendo, ainda, distribuídos os encargos probatórios. As partes disseram não ter outras provas a produzir, pelo que foi encerrada a instrução processual (p. 143/144).

> É o relatório. Decido.
>
> (...)
>
> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil. Condeno os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que, nos termos do art. 85, § 2º do CPC, fixo em 10% sobre o valor da causa, atualizado pelo INPC do IBGE a contar da data da propositura da ação; cuja exigibilidade fica suspensa, conforme o disposto no art. 98, § 3º do CPC, pois os autores são beneficiários de assistência judiciária.
>
> (...).

Na hipótese dos autos, a sentença foi publicada em 13 de setembro de 2016 (fls. 153), de modo que se aplica ao recurso as disposições do CPC/2015.

Pretendem os autores a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, alegando falha no acionamento do sistema de *air bag* do veículo.

A sentença de primeiro grau deve ser mantida.

O conjunto probatório dos autos, por si só não possibilita o reconhecimento de que os *air bags* não foram acionados por falha mecânica, ou seja, não há prova no sentido de que o impacto sofrido pelo veiculo dos autores teria sido suficiente para acionar o sistema de *air bag*.

Nesse mesmo sentido, o magistrado de piso ao enfrentar o tema, afirmou (fls. 147/148):

> (...)
>
> Na inicial da presente ação alegam os autores que em virtude de falha no sistema de segurança do veículo, mal funcionamento do equipamento chamado *airbag*, vieram a sofrer danos morais, pedindo a condenação da ré ao pagamento de indenização.
>
> Ou seja, o pedido formulado pelos autores se baseia na alegação de que o *airbag* do veículo não teria funcionado adequadamente, o que teria acabado por lhe ensejar danos, principalmente porque a esse mal funcionamento (não acionamento do equipamento) importou em diversos ferimentos ao autor Augusto Chaves Pereira.
>
> Assim sendo, caberia aos autores provar que o equipamento em questão – *airbag* - teria apresentado defeito ou falha técnica que impedira o seu acionamento no momento do acidente.
>
> No entanto, os autores não produziram qualquer prova neste sentido, não havendo nos autos um indício sequer no sentido de que o *airbag* instalado em seu veículo apresentasse defeito ou mal funcionamento.
>
> Se o pedido se embasou no suposto defeito apresentado no equipamento de segurança, era imprescindível que os autores produzissem prova neste sentido, *ônus* do qual não se desincumbiram.
>
> (...)
>
> Deste modo, conclui-se que não restou comprovada a prática de ato ilícito por parte da ré, pelo que, não pode ser o pleito indenizatório acolhido, pois um dos elementos essenciais para tanto está ausente, qual seja, a pratica de ato ilícito pelo agente causador do dano, nos termos art. 927 do Código Civil de 2002.
>
> (...).

Portanto, inobstante os argumentos dos apelantes, defronte a conclusão de tudo que fora acima transcrito, tenho que não restou evidenciado nenhum funcionamento anormal ou defeituoso no produto (*airbags*) e, por corolário lógico, não há falar em ressarcimento dos prejuízos morais.

A propósito, os seguintes julgados dos Tribunais pátrios:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. *AIR BAG*. FALHA NO DISPOSITIVO NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Hipótese dos autos em que a autora reclama a condenação da demandada ao pagamento de indenizações em razão de alegado acionamento deficiente do *air bag* de seu veículo, após grave colisão com uma carreta. Caso em que a prova pericial, imprescindível para o deslinde da controvérsia acerca da existência de defeito de fabricação, restou impossibilitada por culpa da autora, que transferiu a propriedade, domínio e ação do veículo à seguradora, que retirou o veículo das dependências da demandada e o alienou para terceiro. Não sendo possível aferir o alegado defeito de fabricação, restando impossibilitada a demandada de comprovar a sua tese defensiva de ausência de defeito, causa excludente da responsabilidade objetiva, forçoso admitir que a parte autora não se desincumbiu do ônus da prova dos fatos constitutivos, mostrando-se inviável a responsabilização da demandada pelos danos reclamados. Prova que indica, ademais, a eficiência do sistema de segurança passiva do veículo, considerando-se a gravidade do acidente de trânsito. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70069185239, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 08/06/2016) (Grifos nossos)

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - *AIR BAG* - NÃO ACIONAMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA - MANTER SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - Não demonstrado o alegado defeito do veículo, a manutenção da sentença de improcedência da pretensão indenizatória se impõe. (TJMG - Apelação Cível 1.0016.15.000362-8/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Aleixo, 16ª Câmara Cível, julgamento em 02/09/2015)

Feitas estas considerações, tenho que os autores não se desincumbiram do seu ônus probatório, não fazendo jus a indenização pleiteada.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto por João De Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau. Por fim, em obediência ao disposto no artigo 85, § 11º, do CPC/2015, fixo honorários sucumbenciais recursais, em favor do advogado da concessionária demandada, no valor de 2% sobre o valor da causa, considerando o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, bem como o tempo exigido para a realização do trabalho. E, ainda, o grau de complexidade da matéria debatida no recurso, o pequeno lapso de tempo necessário ao julgamento do apelo e a relevância da causa. Lembrando, contudo que os autores são beneficiários da gratuidade processual ficando a cobrança de tal verba suspensa, nos termos da Lei nº 1.060/50 e do artigo 98, § 3º, do CPC/2015.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o relator, acompanhado pelo 1º vogal, ter negado provimento ao recurso.

VOTO (EM 22.02.17)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2º Vogal)

Com a devida vênia, divirjo do eminente relator, quanto ao entendimento de que não houve provas suficientes para comprovar defeito no acionamento do sistema de *airbag*, fato constitutivo do direito alegado pelos autores.

Após análise minuciosa dos fatos, chamou-me a atenção o estado do veículo após a colisão.

As fotos juntadas aos autos bem demonstram o forte impacto sofrido pelo Honda Civic, o que não deixa dúvida quanto à rápida desaceleração do veículo sinistrado. A frustração criada pelo que se esperava adquirir e o que efetivamente se adquiriu, justifica a pretensão indenizatória quanto ao dano moral, que apesar de prescindir de prova da efetiva falha ocasionada, passou a ser desnecessária à vista do que se vê quanto ao que sobrou do veículo.

Diante de um impacto tão forte (fotos às fls.44-61), onde houve perda total do veículo, o não acionamento do sistema de *airbag* do veículo, ferramenta utilizada para absorção de impacto em colisões moderadas e severas, conforme dispõe o manual do veículo, ocasionou diversos ferimentos ao autor.

Tendo em vista, a gravidade do acidente conforme consta no Boletim de Acidente Automobilístico lavrado pela Polícia Rodoviária Federal, resta claro a deficiência do sistema.

A única explicação para o sistema de *airbag* não ser ativado em colisões frontais são nas quais não geram riscos lesivos ao condutor e aos passageiros, mas nesse caso não houve uma colisão leve, mas sim severa, onde trouxe como consequência aos ocupantes do veículo lesões consideráveis e traumáticas e ainda a perda total do veículo.

Por tratar-se de um carro com adereços acima da média, possuía também sistema de *airbag* lateral, que foi projetado para ajudar a reduzir a gravidade dos ferimentos, o qual também não foi ativado.

A referida ausência de prova acerca da falha do acionamento do sistema de *airbag*, mesmo sendo requerido pelo réu tal produção de prova às fls. 119-121 e não apreciado pelo juiz *a quo*, entendo ser esta irrelevante para o presente caso, em vista da magnitude da colisão. Ou seja, a gravidade do impacto já demonstra com clareza a falha no acionamento do sistema de *airbag* tanto frontal quanto lateral.

Dessa maneira, responde o fabricante de forma objetiva pelo vício do produto, nesta linha, o art.12 do CDC textualmente impinge que "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

Tem-se afirmado que o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o risco, daí a teoria do risco do empreendimento ou empresarial (CAVALIERI, 2007, p. 462).

Nesse mesmo sentido:

> APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE MONTADORA DE VEÍCULOS. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. COLISÃO FRONTAL DE ALTA INTENSIDADE. SISTEMA DE *AIR BAGS* QUE NÃO FOI ACIONADO. DISPOSITIVO DEFEITUOSO. RISCO *À* VIDA E INCOLUMIDADE DO CONDUTOR. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. - Expõe o consumidor a risco e

> caracteriza fato do produto o não acionamento dos *air bags* frontais em acidente de que resultou a destruição total da dianteira do veículo. Dano moral configurado. Responsabilidade objetiva da montadora, *ex vi* do art. 12, § 1º, do CDC. - O arbitramento da reparação por lesão a direito personalíssimo obedece a critérios legais e doutrinários, dentre eles, a extensão do dano, a vedação ao enriquecimento sem causa, a finalidade reparatória, punitiva e preventivo-pedagógica do instituto e as condições do agressor. - Recurso provido para reformar integralmente o ato sentencial, condenando a recorrida a indenizar o apelante, por dano moral, em R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), atualizados pela Tabela do ENCOGE a partir da decisão e acrescidos de juros moratórios de 1% a.m. (um por cento ao mês), incidentes desde a data da citação; custas judiciais e honorários advocatícios a cargo da apelada, arbitrados os últimos em 15% (quinze por cento) da condenação pecuniária principal. (TJ-PE - APL: 3121386 PE, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 13/11/2013, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/11/2013)

No caso vertente, entendo que cabe a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, respeitando os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerando a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeiras das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso do apelante para reformar a sentença *a quo*, condenando o réu ao pagamento da indenização por danos morais causados ao autor Augusto Chaves Pereira e João de Lima Pereira, no valor de R$ 30.000 (trinta mil reais) para cada um.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento para sessão ulterior, em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 29.03.17)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º Vogal)

Sr. Presidente, tendo em vista a convocação para completar quórum de julgamento neste órgão colegiado (4ª Câmara Cível), nos termos do § 3º do art. 15 c/c § 1º do art. 361 do Regimento Interno desta Corte, em face da novel técnica de julgamento prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015, passo ao exame do recurso, pedindo vênia ao 2ª Vogal, para acompanhar o nobre relator e o 1º vogal, pelas razões que passo a expor.

Trata-se de recurso de apelação interposto por João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira em face da sentença de improcedência proferida nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada pelos apelantes em desfavor de Endo Comércio de Automóveis Importação e Exportação Ltda.

Compulsando os autos, verifica-se que, instadas as partes a se manifestarem acerca da produção de provas, os autores requereram a juntada de vídeo (f. 107), e o apelado requereu a produção de prova pericial "por ser imprescindível para demonstrar a inexistência de responsabilidade da ora requerida no evento danoso", bem como a produção de prova testemunhal, "que comprovará a veracidade das alegações da requerida na defesa, elucidando a inexistência do defeito alegado e esclarecendo a questão do acionamento do *air bag* tratada no manual do veículo, cujo rol será apresentado oportunamente" (f. 119-121).

À f. 128, o magistrado designou audiência e referiu que "Caso as partes não ratifiquem em audiência as provas que pretendem produzir já indicadas anteriormente ou se o pedido de produção de provas for indeferido em audiência, a sentença poderá ser prolatada na mesma audiência" (f. 128).

À f. 132-134, em face do pedido da requerida de realização de prova pericial, os autores informaram que "o veículo objeto da presente demanda teve perda total, sendo entregue à seguradora" (f. 132).

À f. 135-136, o juiz indeferiu "o pedido de juntada de mídia com filmagem do veículo envolvido no acidente, pois a referida prova deveria ter sido trazida junto com a inicial, nos termos do art. 434 do CPC" (f. 135-136).

Em audiência, "Na distribuição do ônus da prova o juiz proferiu a seguinte decisão: caberá aos autores a prova: a) do defeito nos dois *airbags* frontais; b) de lesões na cabeça e/ou tórax do autor Augusto; c) frustração do autor João, que gere o dano moral pleiteado", ocasião em que "Os autores disseram que não têm provas a produzir" e "A ré disse que ante decisão supra, não tem provas a produzir." (f. 144).

Nesse contexto, tem-se que o ônus da prova quanto à existência ou não de defeito nos dois *airbags* frontais recaiu sobre os autores que, todavia, não apresentaram qualquer recurso em face da decisão mencionada e não se desincumbiram de produzir prova apta de suas alegações.

Em que pese incontroverso que os dispositivos de *airbags* frontais não foram acionados no momento da colisão, a prova documental constante dos autos não é apta a comprovar que o impacto sofrido pelo veículo de propriedade do primeiro autor teria sido suficiente para acionar o sistema de *airbag* e tampouco que tal sistema não tenha sido acionado em decorrência de suposto defeito ou mal funcionamento, senão que a ocorrência do sinistro e as lesões sofridas pelos autores.

Sendo assim, e em se considerando que o ônus da prova quanto a tal fato foi atribuído aos autores, impõe-se mantida a sentença de improcedência, por ausência de comprovação do fato constitutivo do direito dos autores, nos termos do art. 373, I, do CPC.

Confira-se:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (...)

Posto isso, com vênias ao 2º vogal, acompanho o nobre Relator e o 1º vogal.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º Vogal)

João de Lima Pereira e Augusto Chaves Pereira inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos da ação de indenização por danos morais que movem em face de Endo Comércio Automóveis Importação Exportação Ltda, interpõem apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido.

O e. relator manteve a sentença de improcedência, ao passo que o 2º Vogal, Des. Amaury da Silva Kuklinski, deu provimento ao recurso dos autores para condenar o réu ao pagamento de 50 salários mínimos para cada requerente a título de danos morais.

Peço vênia ao e. relator para acompanhar o 2º vogal.

Ainda que a sentença tenha sido fundamentada no sentido de que aos autores caberiam comprovar o defeito ou falha técnica do *airbag*, as provas constantes dos autos, isto é, as fotografias de f. 44 e seguintes, não deixam dúvidas acerca do considerável impacto sofrido pelo veículo, suficiente para acionar o dispositivo em questão, tanto que houve perda total do bem.

Ademais, é cediço que para o acionamento de tal dispositivo de segurança não há necessidade de grande impacto no veículo, tendo em vista o alto grau de sensibilidade do mecanismo.

Esclareço ainda que no próprio site da Honda é possível notar que houve a convocação dos consumidores para substituir o insuflador do *airbag*, constando inclusive a numeração do chassi correspondente ao veículo do autor (96HFB9640EZ101119). Referida convocação foi na data 03/09/2014 ao passo que o acidente em 15/01/2015, portanto, posterior ao recall.

Assim, constou no site da requerida (http://www.honda.com.br/noticias/honda-convoca-proprietarios-dos-modelos-accord-civic-e-cr-v-para-substituicao-preventiva):

> Honda convoca proprietários dos modelos Accord, Civic e CR-V para a substituição preventiva do insuflador do *airbag*
>
> São Paulo, 03 de setembro de 2014 – A Honda Automóveis convoca os proprietários dos automóveis Accord, CR-V e Civic relacionados a seguir a comparecerem, a partir de 12 de setembro de 2014, a uma das concessionárias autorizadas da marca para a substituição gratuita do insuflador do *air bag*.
>
> (...)
>
> Civic 2012 a 2015 (substituição do insuflador do lado do motorista)



ANO / MODELO	CHASSIS NÃO SEQUENCIAIS 93HFB****Z		DATA DE PRODUÇÃO	
	DE	ATÉ	INICIAL	FINAL
2012	200001	400351	8/11/2011	13/6/2012
2013	201449	226272	10/7/2012	21/12/2012
2014	100157	186392	10/1/2013	30/5/2014
2015	200140	207030	3/6/2014	31/7/2014

Logo, dúvidas não há acerca do defeito no mecanismo de segurança.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Ensina Rui Stoco:

> Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido. (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA MÉRITO RECURSAL INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ART. 14 DO CDC DEFEITO RELATIVO *À* PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DANO *IN RE IPSA* DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

> QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE SENTENÇA MANTIDA RECURSO NÃO PROVIDO. (...) Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização. (Apelação nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013).

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar aos autores um lenitivo confortando-os pelo constrangimento moral a que foram submetidos e de outro lado serve como fator de punição para que a empresa requerida reanalise sua forma de autuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

No caso vertente, o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada autor respeita os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.

Pelo exposto, peço vênia ao e. relator para acompanhar o 2º vogal, e dar provimento ao recurso, a fim de condenar a requerida ao pagamento de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada autor a título de danos morais.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º Vogal)

Inicialmente havia acompanhado o voto do Desembargador acompanhado o voto do Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, mas após ouvir atentamente a explanação do Desembargador Amaury Kuklinski com o reforço dos bem ponderados fundamentos expostos pelo Desembargador Eduardo Machado Rocha, fui convencido a retificar a conclusão anterior para agora dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, condenando o réu ao pagamento da indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada um dos autores.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o 1º vogal retificar o voto para acompanhá-lo, vencidos o relator e o 3º vogal, de acordo com a técnica de julgamento do artigo 942, do CPC.

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, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 29 de março de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1408160-63.2016.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE AS CONSORCIADAS POR FORÇA DE LEI – ART. 33, V, DA LEI N. 8.666/93 – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO À EXECUTADA QUE TEVE SUA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PROCESSADA – POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELO VALOR TOTAL CONTRA A EXECUTADA REMANESCENTE – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – INEXISTÊNCIA DE BENS – DESNECESSÁRIO ESGOTAR AS BUSCAS POR BENS QUANDO INEXISTEM, EM NOME, DO CONSÓRCIO, E CONFESSADAMENTE, DAS CONSORCIADAS – CONSULTA AO INFOJUD – POSSIBILIDADE – DECISÃO ALTERADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Presente a responsabilidade solidária entre as empresas consorciadas, a teor do art. 33, V, da Lei de Licitações (n. 8.666/93), pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato, hipótese em que a aquisição de bens para execução do empreendimento, perante terceiros, garante a estes a execução do montante total da dívida contra qualquer uma das consorciadas.

Indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica por ausência de comprovação de qualquer das possibilidades autorizadoras, não bastante a alegação de simples insolvabilidade.

Os sistemas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD foram criados por meio de convênios entre o Banco Central, Ministérios das Cidades e da Justiça e Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de agilizar e dar efetividade às decisões judiciais. Por meio dos sistemas citados é dado operabilidade ao comando contido no art. 797 do CPC, bem como privilegia-se o princípio constitucional de celeridade processual, alcançando a efetividade jurisdicional.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de maio de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Alpha Marktec Materiais Elétricos Ltda interpõe recurso de agravo de instrumento contra a decisão de fls. 746/751, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS, nos autos da Execução de Título Executivo Extrajudicial n. 0806251-40.2014.8.12.0021, ajuizado em face de Consórcio UFN III, formado pelas empresas Galvão Engenharia S.A. e Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., que extinguiu a execução em face de uma das empresas (Galvão Engenharia S/A) que teve sua recuperação judicial processada, determinando o prosseguimento da execução em face das demais executadas, pelo crédito remanescente que restar, bem como indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica do Consórcio e a quebra de sigilo fiscal, uma vez que a exequente sequer demonstrou haver diligenciado junto aos Cartórios de Registro de Imóveis, na busca de bens.

Alega que a responsabilidade solidária das consorciadas decorre da Lei (Lei de Licitações) e do contrato (cláusula 4.8), tendo sido isso, inclusive, reconhecido nos autos da Ação Civil Pública n. 0802429-09.2015.8.12.0021, em trâmite na comarca de origem do mesmo processo.

Aduz que está claro o abuso da personalidade jurídica da executada Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., a qual embora continue regular na Receita Federal, assumiu um passivo expressivo e simplemente não circula valores monetários de forma regular para manter empregados, quitar tributos, adquirir insumos, etc., sendo subsidiada por outras empresas do Grupo Sinopec, de modo que deve ser desconsiderada para incluir seus sócios (outras duas empresas), no polo passivo da ação.

Quanto ao indeferimento do uso do sistema Infojud na busca de bens argumentam que as agravadas sequer apresentaram bens passíveis de penhora quanto foram citadas, tendo sido feito consultas sem sucesso ao Bacenjud e Renajud, sendo ilógico a tentativa de pesquisa em cartório de registro de imóveis, pois sequer se sabe em qual município poderiam existir bens imóveis da agravada remanescente na execução.

Por fim, requer o provimento do recurso para que a execução tenha prosseguimento pelo total do crédito com a agravada remanescente, por se tratar de dívida solidária, que seja desconsiderada a personalidade jurídica da Sinopec Pretroleum do Brasil Ltda., bem como para que seja deferida a pesquisa via INFOJUD, sobre bens em nome das agravadas.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fl. 756).

Em contraminuta ao agravo (fls. 758/770), as agravadas argumentam que não há solidariedade entre as consorciadas, a Lei de Licitações que prevê a responsabilidade solidária das consorciadas aplica-se somente entre o Consórcio e o ente público, bem como que o sigilo fiscal é protegido não cabendo o deferimento de consulta ao Infojud por não se ter esgotado as diligências de bens.

E ainda, que não cabe a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada remanescente, Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., porque não preenchidos os requisitos para tanto, pugnando pela manutenção da decisão e desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alpha Marktec Materiais Elétricos Ltda. contra a decisão de fls. 746/751, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS, nos autos da Execução de Título Executivo Extrajudicial n. 0806251-40.2014.8.12.0021, ajuizado em face de Consórcio UFN III, formado pelas empresas Galvão Engenharia S.A. e Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., que extinguiu a execução em relação a uma das executadas (Galvão Engenharia S/A), que teve

sua recuperação judicial processada, determinando o prosseguimento da execução somente pelo crédito remanescente à cargo da segunda executada, bem como indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica da Sinopec e a busca de bens via Infojud, uma vez que a exequente sequer demonstrou haver diligenciado junto aos Cartórios de Registro de Imóveis, na busca de bens.

Alega que a responsabilidade solidária das consorciadas decorre da Lei (Lei de Licitações) e do contrato (cláusula 4.8), tendo sido isso, inclusive, reconhecido nos autos da Ação Civil Pública n. 0802429-09.2015.8.12.0021, em trâmite na comarca de origem do mesmo processo.

Aduz que esta claro o abuso da personalidade jurídica da executada Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., a qual embora continue regular na Receita Federal, assumiu um passivo expressivo e simplemente não circula valores monetários de forma regular para manter empregados, quitar tributos, adquirir insumos, etc., sendo subsidiada por outras empresas do Grupo Sinopec, de modo que deve ser desconsiderada para incluir seus sócios (outras duas empresas), no polo passivo da ação.

Quanto ao indeferimento do uso do sistema Infojud na busca de bens argumentam que as agravadas sequer apresentaram bens passíveis de penhora quanto foram citadas, tendo sido feito consultas sem sucesso ao Bacenjud e Renajud, sendo ilógico a tentativa de pesquisa em cartório de registro de imóveis, pois sequer se sabe em qual município poderiam existir bens imóveis da agravada remanescente na execução.

Por fim, requer o provimento do recurso para que a execução tenha prosseguimento pelo total do crédito com a agravada remanescente, por se tratar de dívida solidária, que seja desconsiderada a personalidade jurídica da Sinopec Pretroleum do Brasil Ltda., bem como para que seja deferida a pesquisa via INFOJUD, sobre bens em nome das agravadas.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (fl. 756).

Em contraminuta ao agravo (fls. 758/770), as agravadas argumentam que não há solidariedade entre as consorciadas, a Lei de Licitações que prevê a responsabilidade solidária das consorciadas aplica-se somente entre o Consórcio e o ente público, bem como que o sigilo fiscal é protegido não cabendo o deferimento de consulta ao Infojud por não se ter esgotado as diligências de bens.

E ainda, que não cabe a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada remanescente, Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., porque não preenchidos os requisitos para tanto, pugnando pela manutenção da decisão e desprovimento do recurso.

A M.M. Juíza *a quo* em seu *decisum* consignou o seguinte:

> A execução prosseguirá em face das demais executadas, pelo crédito remanescente que restar.
>
> No tocante ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada Sinopec Petroleum do Brasil Ltda, tem-se que não fora comprovado nos autos os requisitos exigidos para seu deferimento (art 50 CC).
>
> Com efeito, a desconsideração da pessoa jurídica ocorre quando se ignora a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, responsabilizando-se diretamente a pessoa do sócio, sendo possível somente em casos específicos elencados na doutrina, como nas relações de consumo (art. 28, CDC), nos casos de danos ambientais (art. 4º, Lei 9.605/98), fraude tributária (art. 135, CTN) e de fraude em geral ou abuso de direito.
>
> Assim, não é suficiente para que ela ocorra a simples insolvência do ente coletivo, ou falta de patrimônio, hipótese em que, não se comprovando a efetiva fraude, as regras da limitação da responsabilidade dos sócios tem ampla vigência.

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRETENSÃO DE QUE HAJA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA – IMPOSSIBILIDADE – DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL NÃO DEMONSTRADOS – AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO CASO CONCRETO À PREVISÃO DO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL – MERO INADIMPLEMENTO OU SUPOSIÇÕES ACERCA DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA TANTO – MEDIDA EXCEPCIONAL QUE DEVE SER ADOTADA APENAS SE VERIFICADOS OS PRESSUPOSTOS LEGAIS – PRECEDENTES DO STJ SOBRE A MATÉRIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Para viabilizar a desconsideração da personalidade jurídica, faz-se necessária a existência de provas aptas a demonstrar o abuso por parte da empresa, consubstanciado no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial, nos termos do art. 50 do Código Civil. Não se verificando nenhuma destas situações, pretendendo a exequente, em verdade, embasar pedido desta natureza em suposições acerca da dissolução irregular da pessoa jurídica, os quais sequer contam com elementos corroborativos, bem como no próprio inadimplemento que ensejou a execução, é manifestamente inviável a adoção da providência, até porque se trata de medida excepcional, que deve estar amparada nas hipóteses previstas em lei. (TJMS, Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 26/04/2016; Data de registro: 28/04/2016)

> No caso dos autos, a exequente informa que a executada (Sinopec) mantém-se regular na Receita Federal apenas para fraudar os credores; outrossim, menciona que a executada retro não possui valores monetários em sua conta, fato que por si só impossibilitaria gerir qualquer negócio da atividade Mercantil.
>
> No entanto, referidas alegações são desprovidas de provas.
>
> Ademais, é fato público e notório que o Consórcio UFNIII, bem como as empresas que o compõe, vêm passando por uma grave crise financeira; sendo que tramita neste juízo vários processos ajuizados por credores, objetivando o receber os valores não adimplidos pelas executadas.
>
> Feitas tais ponderações, tenho que a exequente não comprovou que seja o caso de desconsideração da pessoa jurídica, e, deste modo, indefiro a inclusão dos sócios no pólo passivo, como requerido.
>
> No mais, quanto à solicitação de declarações de imposto de renda dos executados - Consórcio UFNIII e Sinopec Petroleum do Brasil Ltda – por se tratar de verdadeira quebra de sigilo fiscal, exige-se, para tanto, a comprovação de que a parte buscou os meios de que dispunha para realizar a penhora de bens.
>
> Nestes termos, e conforme se extrai de decisão do STJ, se faz necessária a demonstração de que houve tentativa de penhora nos autos (através de Oficial de Justiça), ou a busca de bens junto ao registro de imóveis.
>
> Nos autos não há qualquer demonstração de que tenha ocorrido a busca de bens perante o Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Assim sendo, indefiro, por ora, o pedido de quebra do sigilo fiscal da parte executada (fls.758/763), todavia, quanto ao pleito da pesquisa Renajud, proceda a Sra. Chefe de Cartório a consulta da existência de eventuais veículos em nome dos executados.

> Por fim, intime-se a exequente para acostar aos autos memória atualizada do crédito remanescente, nos termos supra, bem como, caso positiva a pesquisa via Renajud, requerer o que de direito, no prazo de 10 dias.
>
> Sem condenação de honorários advocatícios, nos termos da fundamentação supra.
>
> Às providências e intimações necessárias.

De início esclareça-se que a decisão agravada foi proferida e o recurso interposto já sob a égide do novo CPC.

Da solidariedade entre as consorciadas

Muito embora, na inicial da execução (fl. 29), a própria exequente tenha afirmado que "os consórcios não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato (doc. Nº 165-182), respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade", requer o prosseguimento da execução contra a executada remanescente no polo passivo, pelo montante total do débito, enquanto a decisão *a quo* entendeu que as consorciadas não são responsáveis solidárias da dívida.

Também na manifestação de fls. 591/596, frisou que (fl. 592:

> O valor efetivamente habilitado na recuperação representa tão somente a proporção da responsabilidade da GALVÃO ENGENHARIA S/A no consórcio UFNIII, o qual equivale a 65% (sessenta e cinco por cento) do crédito, nos molde da clausula 4.2 do contrato de consórcio (fl. 171), correspondendo a R$ 6.508.883,84 (seis milhões, quinhentos e oito mil, oitocentos e oitenta e três reais e oitenta e quatro centavos), conforme constam dos e-mails enviados pelo administrado judicial e efetivamente habilitado (docs anexos).

Não obstante, esclareça-se que mesmo que seja reconhecida a solidariedade, a alegação das agravadas de que se incorreria em *bis in idem* é totalmente descabida, na medida em que em se tratando de obrigação solidária, cada devedor responde pela dívida inteira, como se fosse um único responsável, por isso o credor pode escolher qualquer dos devedores solidários para exigir a dívida toda, cabendo ação regressiva entre os devedores por aquilo que suportarem uns dos outros, daí porque dizer o art. 264 do Código Civil que: "há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda".

O fato de uma das empresas devedoras estar em recuperação judicial não muda isso.

Também é necessário esclarecer, que muito embora o plano de recuperação judicial implique novação dos créditos, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos, (artigo 59 da Lei nº 11.101/05), são preservadas as garantias do crédito, e nessa ordem, o plano de recuperação judicial não afeta o direito do credor em executar os devedores solidários do título de crédito exequendo. Senão vejamos:

> O credor conservará integral seu direito contra o coobrigado, fiador ou obrigado de regresso, ainda que, em relação ao empresário ou sociedade empresária cuja recuperação judicial foi concedida, tenha havido novação na forma do artigo 59 daquela mesma lei. (Gladston Mamede, Falência e Recuperação de Empresas, São Paulo, Atlas, 2006, p. 195/196)
>
> (...) o preceito legal em análise manda preservar as garantias do crédito que, desse modo, não ficam alteradas pela novação operada. Por isso é que não desonera os coobrigados com o devedor, nem os fiadores desta e responsáveis pela via de regresso (§ I do artigo 49) (...). (Sérgio Campinho, Falência e recuperação de empresa - o novo regime de insolvência empresarial, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, nº 84, p. 148)

> De se observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra os coobrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado. (Fábio Ulhoa Coelho, Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas, São Paulo, Saraiva, 4 ed., p.168).

Por outro lado, ainda que mantidas tais garantias (aval, fiança, solidariedade, etc.), resta saber se de fato havia essa solidariedade entre as consorciadas, eis a questão a ser enfrentada.

E adianto que, independentemente das cláusulas contratuais, a responsabilidade solidária das consorciadas é solidária não só em relação ao ente público com quem contratou ao disputar a licitação, mas também em relação a terceiros, com quem se relacionou (comprando bens ou serviços), justamente para garantir a execução do contrato.

Muito bem. Vejamos o que dispõem as seguintes cláusulas contratuais (fls. 100/103:

> CLÁUSULA QUARTA - OBRIGAÇÕES, PARTICIPAÇÃO E RESPONSABILIDADE DAS CONSORCIADAS.
>
> 4.1. Os direitos e obrigações com relação à execução do EMPREENDIMENTO serão assumidos conjuntamente pelas CONSORCIADAS, sob administração única em conformidade com este instrumento e com o CONTRATO com a PETROBRÁS.
>
> 4.2. As CONSORCIADAS participarão nos, lucros e perdas, nas receitas e partilha de resultados, nos custos diretos e indiretos, tributos e encargos, despesas comuns, pagamentos, aportes de recursos financeiros e técnicos, direitos e deveres, responsabilidades, fianças e garantias de qualquer espécie, enfim, em todos os direitos, obrigações e responsabilidades com relação ao objeto do presente TERMO e do CONTRATO, a ser firmado com a PETROBRÁS, na seguinte proporção:
>
> SINOPEC 35% (trinta e cinco por cento)
>
> GALVÃO 65% (sessenta e cinco por cento)
>
> (...)
>
> 4.4. As CONSORCIADAS declaram expressamente que responderão solidariamente, perante a PETROBRÁS, pelos atos praticados em nome do CONSÓRCIO em relação a total execução do CONTRATO.
>
> 4.5. Cada CONSORCIADA responderá individual e solidariamente pelas exigências de ordem fiscal e administrativa, trabalhista, previdenciária e ambiental pertinentes à execução do objeto da licitação até a conclusão final dos trabalhos que vierem a ser realizados pelo CONSÓRCIO.
>
> (...)
>
> 4.7. A CONSORCIADA que, em razão de sua responsabilidade solidária, cumprir obrigação da outra por ato ou fato originário do EMPREENDIMENTO, a qualquer tempo, terá direito de regresso para cobrar desta os valores referentes às despesas e perdas e danos diretos, subrogando-se no direito ao crédito dessa outra junto a PETROBRÁS.
>
> 4.8. As CONSORCIADAS definem que a solidariedade e a responsabilidade existente entre elas restringem-se ao EMPREENDIMENTO, não podendo imputar-se qualquer outro débito, dívida ou obrigação estranha ao mesmo.

> 5.5. As obrigações das CONSORCIADAS serão conjuntas no que se refere à execução dos serviços e acordo com o memorial descritivo para consecução do objeto, dentro do prazo e das condições contratualmente previstas, mediante distribuição proporcional da responsabilidade equivalente à participação de cada uma das CONSORCIADAS, nos termos do contrato firmado com a PETROBRÁS. Ou seja, todas as empresas farão tudo conjuntamente (fornecimento de bens e prestação de serviços, incluindo projeto executivo, construção, montagem, comissionamento, pré-operação, partida e operação assistida (EPC), nas unidades de amônia, uréia, incluindo granulação e unidades acessórias ("off-sites"), edificações, acesso rodoviário e duto de efluentes da unidade de fertilizantes nitrogenados III (UFN III), em Três Lagoas/MS, nas seguintes proporções: GALVÃO (65%) e SINOPEC (35%), sendo que em até 30 dias a partir do início do EMPREENDIMENTO, as CONSORCIADAS elaborarão de comum acordo os regulamentos e normas operacionais e administrativas detalhados para a operação do CONSÓRCIO, sujeitos à aprovação do CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO, nos termos da cláusula 5.6. a seguir (...). - destaquei
>
> 8.1 As CONSORCIADAS fornecerão, na proporção de suas respectivas participações, garantias que forem necessárias para implantação do EMPREENDIMENTO e contratará forma mais conveniente para o CONSÓRCIO os seguros necessários ao EMPREENDIMENTO, uma vez respeitada a pré-aprovação dos modelos pelo CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO, conforme cláusula 5.6., item "j".

Ora, as aquisições realizadas pelo consórcio, e que deram origem aos títulos executivos extrajudiciais, objeto da execução proposta pela agravante, não são dívidas ou obrigações estranhas ao empreendimento, pelo contrário, restringem-se a ele.

De modo que a interpretação que se dá ao art. 278, § 1º, da Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), ao estabelecer que: *"*o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade", não se sobrepõe aos termos do contrato, e ao estabelecido em lei.

Ademais, o reconhecimento da responsabilidade solidária não está violando tal artigo, pois o dispositivo não veda o reconhecimento da responsabilidade solidária das consorciadas, apenas afasta a presunção de solidariedade entre elas, remetendo as obrigações de cada empresa à responsabilidade contratual estipulada, sem prejuízo dos casos de solidariedade estabelecidos por lei. No caso, essa Lei é a Lei de Licitações (art. 33, inciso V) que prevê a obrigatoriedade da responsabilidade solidária entre as consorciadas, não somente para a licitação, mas para a fase da execução do contrato, que justamente amolda-se ao caso presente:

> Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:
>
> (...)
>
> V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Nesse contexto, as agravadas não respondem perante seus credores naquelas proporções estabelecidas entre elas, pois os consórcios formados para fins de licitação e contratação com o Poder Público têm uma conformação diversa daqueles de âmbito estritamente privado, ainda mais porque o consórcio não possui personalidade jurídica, tratando-se de uma espécie de sociedade de fato, sendo que os atos praticados por cada consorciado, mormente perante terceiros, comunicam-se aos demais, comparecendo o consórcio perante a Administração e terceiros como um bloco unitário.

E essa conclusão foi extraída não só da lei, mas do próprio contrato. De qualquer forma, a lei se sobrepõe a este, pois o contrato não pode burlar a norma quando assim exige.

Reforça o presente, o entendimento externado na Ação Civil Pública n. 0802429-09.2015.8.12.0021, que o Ministério Público Estadual propôs em face das consorciadas, Galvão Engenharia S/A e Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., e Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, confirmado por esta Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1405021-06.2016.8.12.0000, assim ementado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – TUTELA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS EMPRESAS – AFASTADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE – EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> Considerando que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública na defesa de direito individual homogêneo, visando preservar interesses jurídicos e morais diante de considerável inadimplência que surtiu reflexos perante toda a economia local, não há falar-se em ilegitimidade ativa.
>
> Presente a responsabilidade solidária entre as empresas consorciadas e o Consórcio UFN III, a teor do art. 33, V, da Lei de Licitações (n. 8.666/93), bem como em razão da cláusula 4ª, do 3º Aditivo ao Instrumento Particular de Constituição do Consórcio UFN III, não há falar-se em ilegitimidade passiva.
>
> Não obstante a prevalência do entendimento no sentido de que devem ser extintas as execuções individuais ajuizadas contra empresa em recuperação judicial (REsp 1272697/DF), constata-se não ser aplicável à presente hipótese, que se trata de ação civil pública. (TJMS, Agravo de Instrumento n. 1405021-06.2016.8.12.0000, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, 4ª Câmara Cível, Julgado em 28/09/2016)

De forma que assiste razão à agravada, devendo a decisão *a quo* ser reformada, para que a execução tenha prosseguimento pelo montante total da dívida em face da executada remanescente, em razão da responsabilidade solidária entre as consorciadas.

Da desconsideração da personalidade jurídica

Na petição de fls. 609/614, em que a agravante pediu a consulta de bens via sistema Infojud e a desconsideração da personalidade jurídica da executada Sinopec Petroleum do Brasil Ltda., informou a exequente/agravante que:

> Ora, impossível qualquer negócio ser gerido sem recursos mínimos para o desenvolvimento da atividade mercantil, (....
>
> O que se verifica é que de certa forma, ocorreu a dissolução irregular, em especial da empresa SINOPEC PETROLEUM DO BRASIL LTDA., posto que a inexistência de qualquer saldo bancário representa a ausência de atividade econômica.
>
> De outro lado, ainda que não se entenda pela dissolução irregular da SINOPEC PETROLEUM DO BRASIL LTDA, no mínimo, há um abuso da personalidade jurídica da devedora pelos seus sócios, os quais mantem a empresa regular na Receita Federal simplesmente para fraudar credores, sendo necessária a aplicação ao caso do artigo 50 do Código Civil, para estender a responsabilidade do débito ao patrimônio pessoal de seus sócios.

(...)

> E ainda, necessário informar a este juízo que, em diligências para buscar bens passíveis de constrição, a exequente observou que na realidade a empresa com atividade no Brasil, SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION (CNPJ 07.198.498/0001-98), sócia majoritária da SINOPEC PETROLEUM DO BRASIL LTDA., também é sócia da REPSOL SINOPEC BRASIL S/A (CNPJ Nº 02/270.689/0001-08), cujo capital social monta em R$ 15.539.590.357,98 (QUINZE BILHÕES, QUINHENTOS E TRINTA E NOVE MILHÕES, QUINHENTOS E NOVENTA MIL, TREZENTOS E CINQUENTA E SETE REAIS E NOVENTA E OITO CENTAVOS).
>
> E ainda, provavelmente a REPSOL SINOPEC BRASIL S/A é a empresa que economicamente subsidia a SINOPEC PETROLEUM DO BRASIL LTDA., vez que a última não possui qualquer valor em conta corrente, e a SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION não poderia atuar no país por ter o capital social inteiramente internacional, no caso Chinês.

A desconsideração da pessoa jurídica, ou seja, quando se ignora a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, responsabilizando-se diretamente a pessoa física do sócio, é possível somente em casos específicos elencados na doutrina, em se tratando de relações de consumo (art. 28, CDC), em caso de danos ambientais (art. 4º, Lei 9.605/98), em caso de fraude tributária (art. 135, CTN) e de fraude em geral ou abuso de direito. Deve-se observar também a situação prevista no artigo 50 do Código Civil, caracterizada em caso de abuso da personalidade jurídica, através pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A agravante não demonstrou o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Não é suficiente para que ela ocorra a simples insolvabilidade da empresa, ou falta de patrimônio, ou mesmo o fechamento irregular, na medida em que não comprovou que a empresa não funciona mais em quaisquer dos endereços que possua, seja em seus atos constitutivos, seja nos órgãos públicos que necessita manter seus dados, hipóteses em que, não se comprovando a efetiva fraude, as regras da limitação da responsabilidade dos sócios tem ampla vigência.

Entretanto, com a entrada em vigor do novo CPC, ficou estabelecido que para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto no Código (art. 795, § 1º, do CPC/2015)[1], elencados no capítulo IV (artigos 133 a 137).

De maneira que, acaso reunidas as provas, embora negado na decisão, não há trânsito em julgado material dessa possibilidade.

Não obstante, consigno que a desconsideração da personalidade jurídica da Sinopec (sociedade de responsabilidade limitada) não atingirá o patrimônio da Repsol (sociedade anônima de capital fechado), empresa da qual a Sinopec sequer é sócia, pois a desconsideração seria para atingir o patrimônio dos sócios da Sinopec, elencados no documento de fls. 615/616, o que a Repsol não é (fls. 621/644).

1 Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. (...) § 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

Caso exista um conglomerado econômico e restar comprovada a confusão patrimonial, daí sim, isso seria possível, bem como se comprovado que a empresa é estrangeira, como alega a agravante, a teor da vedação do art. 33, § 1º, da Lei de Licitações[2].

Sendo assim, a agravante/exequente não comprovou deveras que seja o caso de desconsideração da pessoa jurídica, e, deste modo, indefiro a inclusão dos sócios no polo passivo, como requerido.

Da necessidade de utilização do Sistema Infojud

Por outro lado, não há como se permitir que o credor fique *ad eternum* à mercê de um devedor contumaz, que inclusive já confessou, em 16/12/2014, que não possui lastro patrimonial para o pagamento da dívida executada, como fez a agravada (fls. 92/93), ao oferecer bens à penhora a relação de bens de fls. 82/93:

> Conforme se vislumbra das pesquisas realizadas nos autos da presente execução, pode-se depreender as dificuldades sofridas pela executada.
>
> Conforme se pode verificar em outros processos nesta comarca, a executada vem se esforçando para cumprir com seus compromissos.
>
> Os mandados colacionados no presente executivo indicam não haver veículos em seu nome, isto é, todos estão arrendados e não há imóveis de sua propriedade. Da mesma forma, os funcionários encontram-se com seus salários atrasados, sendo tais verbas, por serem de natureza alimentar, as prioridades para a executada no momento.

De lá pra cá, a situação somente piorou, considerando que uma das execução está em recuperação judicial.

Portanto, independentemente da necessidade de obtenção das certidões dos cartórios de registro de imóveis, tenho que já estão esgotadas as diligências que poderiam ser suportadas pela cedora, sendo possível a utilização do sistema INFOJUD.

Esse já é o entendimento assente. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. 1. Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução no sentido de prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens. 2. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos. 3. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.08.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 01/07/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/06/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/05/2015. 4. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 1582421 SP, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, Julgamento em 19.04.2016).

2 Art. 33. § 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

De maneira que entendo ser plenamente possível a busca de bens, via Infojud, como desesperadamente solicitado pela exequente, dadas as circunstâncias.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para o fim de determinar que a execução prossiga em face da executada remanescente pelo montante total da dívida, em razão da reconhecida solidariedade entre as consorciadas, que seja realizada a consulta ao sistema INFOJUD, haja vista a confissão da própria executada quanto á inexistência de bens, de modo que não se faz necessário impor ao credor o esgotamento das vias de buscas aos bens da executada, mantendo o indeferimento da desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada remanescente.

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. 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, 03 de maio de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 1400283-38.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EMENDA CONSTITUCIONAL – GRATUIDADE EM TRANSPORTE URBANO – PACIENTES CARENTES EM TRATAMENTO CONTÍNUO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À AUTONOMIA POLÍTICA, ADMINISTRATIVA E ECONÔMICA DOS MUNICÍPIOS – INOCORRÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA.

A gratuidade em transporte urbano para pacientes carentes, em tratamento contínuo, prevista em Emenda à Constituição Estadual, não viola a autonomia política, administrativa e econômica dos Municípios, porquanto o atendimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) é atribuição comum e concorrente entre os entes federativos, e o transporte de pacientes uma decorrência lógica do modelo de descentralização adotado pelo Brasil.

Ação direta de inconstitucionalidade que se julga improcedente, ante a compatibilidade da norma invectada com o texto constitucional estadual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, com o parecer, julgar improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Declarou-se impedido o Des. Dorival Renato Pavan. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Vladimir Abreu da Silva e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 24 de maio de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Estado de Mato Grosso do Sul (SETUR) objetivando a declaração de nulidade de normas contidas na Emenda Constitucional n.º 14/99, produzida pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Relata que a Emenda Constitucional impugnada concedeu isenções tarifárias aos usuários do serviço público de transporte coletivo intermunicipal e municipal em todo o Estado de Mato Grosso do Sul.

Impugna a constitucionalidade da concessão de gratuidade ao transporte público municipal, introduzida ao art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Estadual, pela Emenda em questão, alegando se tratar de competência legislativa exclusiva dos municípios, conforme art. 17, I e V, da mesma Carta Política.

Acrescenta que este procedimento também viola a autonomia política, administrativa e econômica municipal, bem como o pacto federativo, previstos respectivamente nos art. 13 e 4º, ambos da Constituição Estadual, que são normas de repetição obrigatória da Constituição Federal (art. 1º, 18 e 29).

Não houve pedido de liminar ou medida cautelar.

A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações (f. 117/123) e o Estado de Mato Grosso do Sul deixou de se manifestar (f. 126).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência da ação (f. 130/136).

VOTO (EM 10/05/2017)

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

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de passageiros do Estado de Mato Grosso do Sul (SETUR) objetivando a declaração de nulidade de normas contidas na Emenda Constitucional n.º 14/99, produzida pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, promulgada aos 05 de outubro de 1989, continha a seguinte redação originária do art. 173:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A norma em questão é quase uma repetição da previsão estabelecida pela Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS):

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Após quase 10 (dez) anos de vigência da Carta Política Estadual, o respectivo Parlamento editou emenda (agora impugnada) com o seguinte teor:

> Art. 1º Ficam acrescentados, ao artigo 173 da Constituição, os §§ 1º e 2º, com a seguinte redação:
>
> 'Art. 173. .....
>
> § 1º Assegura-se aos portadores de hanseníase; câncer; doença renal crônica; síndrome de imunodeficiência adquirida; tuberculose e outras moléstias, desde que comprovadamente carentes e pelo período de duração do tratamento que, embora contínuo, dispense a internação hospitalar, **o direito ao transporte público gratuito, garantido pelo Estado e Município, conforme seja intermunicipal ou municipal o seu deslocamento**.

> § 2º **O sistema de transporte público referido no parágrafo anterior é de competência** do Estado nas linhas intermunicipais, e **dos Municípios nas municipais**, cabendo-lhes incluir na proposta orçamentária anual, a favor dos respectivos órgãos assistenciais competentes, dotação global destinada à satisfação das despesas decorrentes de tais encargos.'
>
> Art. 2º Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação. (Destaques não originais)

O requerente relata que a Emenda Constitucional impugnada concedeu isenções tarifárias aos usuários do serviço público de transporte coletivo intermunicipal e municipal em todo o Estado de Mato Grosso do Sul.

Impugna a constitucionalidade da concessão de gratuidade ao transporte público municipal, introduzida ao art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Estadual, pela Emenda em questão, alegando se tratar de competência legislativa exclusiva dos municípios, conforme art. 17, I e V, da mesma Carta Política.

Acrescenta que este procedimento também viola a autonomia política, administrativa e econômica municipal, bem como o pacto federativo, previstos respectivamente nos art. 13 e 4º, ambos da Constituição Estadual, que são normas de repetição obrigatória da Constituição Federal (art. 1º, 18 e 29).

Inicialmente, deve-se rememorar que Sistema Único de Saúde (SUS):

> É um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Amparado por um conceito ampliado de saúde, o SUS foi criado, em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, para ser o sistema de saúde dos mais de 180 milhões de brasileiros. [1]

Induvidoso que o nascimento do Sistema Único de Saúde (SUS) na Carta Política de 1988 fez surgir a necessidade de regulamentação posterior dentre os mais diversos diplomas normativos.

Importante lembrar que a Constituição Federal estabeleceu como uma das diretrizes fundamentais do sistema de atendimento a "descentralização, com direção única em cada esfera de governo" (art. 198, I).

Assim sendo, desde a análise da norma constitucional federal já se nota o estabelecimento de deveres e obrigações aos entes federativos diversos, inclusive os Municípios, sem que haja discussão acerca da constitucionalidade de tais previsões.

Neste caminhar, é natural que a Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul tenha regramento sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), disciplinando questões regionais e traçando diretrizes locais.

Evidente que a descentralização de políticas de saúde entre os entes federativos é um processo lento e negociado, supõe o entendimento entre autoridades políticas dotadas de variados tipos de legitimidade e poder decisório. De igual modo, envolve relações de competição e cooperação, acordos e vetos entre esferas de governo.

Vale lembrar que o Sistema Único de Saúde (SUS) deve ser, em um só tempo, nacional, universal e integral, mas também descentralizado, unificado e hierarquizado no território, atendendo à diversidade regional do país, sem retirar a responsabilidade de cada um dos entes federativos na garantia do direito à saúde.

1 Acesso < http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/entenda-o-sus > aos 18/04/2017, às 16h37min.

Neste contexto, não há dúvidas que a garantia à saúde representada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) demanda também questões periféricas além de médicos e hospitais. Exemplos primários são os diversos profissionais da área da saúde que precisam ser contratados pelo Estado para complementar o serviço médico, como fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais, dentistas, socorristas, técnicos de enfermagem, etc.

O transporte de pacientes sempre foi um tema de enorme importância neste contexto, ora pela precariedade da condição de saúde do assistido (como nos casos de transplantes), ora pelas dificuldades financeiras do paciente e necessidade de deslocamento para concretização do tratamento indicado.

O debate acerca da gratuidade de passageiros em relação a transportes não é novo. Em estudo aprofundado sobre o tema, a jurista Maria Sílvia Barros Lorenzetti dissecou diversas hipóteses de gratuidade previstas no ordenamento jurídico, bem como propostas de alterações legislativas. Especificamente sobre o objeto da presente ação, enunciou:

> A gratuidade para tratamento de saúde
>
> Finalmente, cumpre fazer referência à existência de um tipo especial de gratuidade, vinculado à necessidade de tratamento de saúde. Trata-se de um programa do Ministério da Saúde, financiado com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, destinado a cobrir despesas decorrentes do deslocamento de pacientes para tratamento fora do domicílio, que abrange o pagamento de passagens e diárias, inclusive para acompanhante. A solicitação do benefício deve ser feita pelo médico assistente do paciente nas unidades vinculadas ao SUS e autorizada por comissão nomeada pelo respectivo gestor municipal/estadual, respeitados os limites orçamentários. [2]

Impõe-se perceber que a gratuidade estabelecida pelo Poder Legislativo está prevista no capítulo da Carta Política Estadual que cuida da "Seguridade Social", especificamente na seção que trata da "Saúde".

Tal esclarecimento é imprescindível ante a necessidade de rememorar que a competência para cuidar da saúde e legislar sobre o tema é comum e concorrente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme art. 23, II, e 24, XII, ambos da Constituição Federal.

O art. 8º, da Constituição Estadual, inclusive, prevê a competência do Estado, em comum com a União e os Municípios, para fazer cumprir aquelas disposições tratadas na Constituição Federal.

A solidariedade decorrente de interpretação constitucional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Repercussão Geral:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – DIREITO À SAÚDE – TRATAMENTO MÉDICO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.
>
> O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. [3]

Assim sendo, conclui-se que a gratuidade estabelecida ao transporte público municipal não afronta a autonomia dos Municípios. Em verdade, trata-se de questão verdadeiramente política, e não meramente

2 **Gratuidade no sistema de transporte público coletivo de passageiros**, Acesso < http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2006-9049.pdf > aos 24/04/2017, às 17h22min.

3 RE-RG 855.178/SE, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 05/03/2015, DJ 16/03/2015.

jurídica, porquanto cada ente municipal deve avaliar concretamente qual a influência do transporte destes passageiros e buscar soluções em conjunto com os demais entes federativos.

Aliás, não se pode olvidar que a alteração constitucional invectada ocorreu há quase 02 (duas) décadas e imagina-se que os Municípios de Mato Grosso do Sul venham buscando formas políticas de organização das tarifas de transporte urbano.

Ademais, convém mencionar trecho do parecer ministerial que bem elucidou a existência de outras hipóteses de gratuidade em transporte coletivo urbano que nunca foram sequer objeto de inconformismo (f. 134/136):

> Há que se ressaltar, ademais, que a ausência de inconstitucionalidade na emenda impugnada deriva também de uma interpretação sistemática da própria Constituição Estadual, que em norma constitucional originária também dispôs acerca da isenção do pagamento de transportes coletivos urbanos de passageiros para determinadas categorias de pessoas, numa clara intenção de amparar outros valores constitucionalmente previstos, *in verbis*:
>
> Art. 172. São isentos do pagamento da tarifa de transporte coletivos urbanos de passageiro:
>
> I - cidadão com mais de sessenta e cinco anos, mediante a apresentação de documento oficial de identificação;
>
> II - as pessoas portadoras de deficiência com reconhecida dificuldade de locomoção;
>
> III - os policiais em serviço;
>
> IV - os colegiais, na forma da lei.
>
> Destarte, se foi franqueado ao legislador originário estadual isentar do pagamento de transportes coletivos urbanos uma fatia determinada da população a fim de proteger outros valores constitucionais, sem comprometer a competência do Município de organizar e prestar tais serviços, não haveria porque se aventar a inconstitucionalidade da emenda que visa assegurar o direito fundamental à saúde de pessoas comprovadamente carentes.
>
> (...)
>
> Como visto, a norma vergastada visa proporcionar proteção mais elevada à situação das pessoas carentes portadoras de doenças graves, garantindo-lhes o acesso à saúde, a dignidade e o bem-estar, o que só vem a atender aos ditames constitucionais, destacando-se que protege a base de todos os direitos fundamentais, qual seja, a dignidade da pessoa humana.
>
> Em sendo assim, não há que se falar em violação as autonomias política, administrativa e econômica dos Municípios (art. 13 da Constituição Estadual e arts. 18 e 29 da CF) nem ao pacto federativo (art. 4º da Constituição Estadual e art. 1º da Constituição Federal), até porque o próprio § 2º do art. 173, inserido pela EC 14, ora combatida, dispõe que o sistema de transportes públicos nas linhas municipais é de competência dos municípios, cabendo a estes incluir na proposta orçamentária anual, a favor dos respectivos órgãos assistenciais competentes, dotação global destinada à satisfação das despesas decorrentes de tais encargos.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo SETUR – Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Estado de Mato Grosso Do Sul, para reconhecer a constitucionalidade das normas contidas na Emenda Constitucional n.º 14/99.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (12º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (13º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (14º vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 24.05.17 em face do pedido de vista do Sérgio Fernandes Martins, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Fernando Mauro, Júlio Roberto, Paschoal, Julizar e Romero julgarem improcedente a ação. Os demais aguardam. Declarou-se impedido o Des. Dorival Renato Pavan. (sust. oral)

VOTO (EM 24/05/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros do Estado de Mato Grosso do Sul (SETUR) visando a declaração de nulidade de partes da Emenda Constitucional n. 14/99, especificamente no tocante à garantia de gratuidade de transporte público municipal a pessoas portadoras de determinadas doenças – §§ 1º e 2º, do art. 173 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer emitido às fls. 130-136, manifestou-se pela improcedência da ação.

O relator do presente feito, Desembargador Carlos Eduardo Contar, julgou a ação improcedente.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria ora debatida.

Peço vênia ao relator para divergir e dar provimento **à** presente ação direta de inconstitucionalidade.

Os comandos normativos atacados possuem a seguinte redação:

> Art. 173 (...)
>
> § 1º - Assegura-se aos portadores de hanseníase; câncer; doença renal crônica; síndrome da imunodeficiência adquirida; tuberculose e outras moléstias, desde que comprovadamente carentes e pelo período de duração do tratamento que, embora contínuo, dispense a internação hospitalar, o direito ao transporte público gratuito, garantido pelo Estado e Município, conforme seja intermunicipal ou municipal o seu deslocamento.

> § 2º - O sistema de transporte público referido no parágrafo anterior é de competência do Estado nas linhas intermunicipais, e dos Municípios nas municipais, cabendo-lhes incluir na proposta orçamentária anual, a favor dos respectivos órgãos assistenciais competentes, dotação global destinada à satisfação das despesas decorrentes de tais encargos.

Em relação ao § 1º, requer-se a declaração de inconstitucionalidade do termo "município", bem como da palavra "municipal". No que diz respeito ao § 2º, requer-se seja declarada a nulidade da expressão "e dos Municípios nas municipais".

Pois bem. O art. 17, incisos I e V, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõe que:

> Art. 17 - Compete aos Municípios:
>
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Tais disposições guardam simetria com o art. 30, I e V, da Magna Carta[4].

No caso em apreço, verifico que os §§ 1º e 2º do art. 173, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, invadem a competência dos municípios para legislar sobre assunto de interesse local, especificamente o de transporte coletivo, visto que concedem isenção tarifária àquelas pessoas elencadas no referido § 1º.

É cediço que a Constituição Federal atribuiu aos Estados-membros a competência residual, ou seja, para tratar de assuntos que não sejam por ela vedados ou que não sejam de competência da União ou dos Municípios.

Nesse sentido, dispõe o art. 25, § 1º, que "São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição."

A competência local – municipal – para dispor sobre gratuidade de tarifa no transporte público organizado por este ente federativo exsurge ainda mais clara da leitura do art. 39, §3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), assim redigido:

> Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.
>
> § 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, **ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no *caput* deste artigo**. (Destaquei)

Ou seja, da leitura da norma supracitada, resta inequívoco que dispor sobre a gratuidade de transporte público coletivo urbano é competência local, isto é, dos respectivos municípios.

4 Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
(...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

A propósito, no julgamento do RE 702848/SP[5], o Ministro Relator, Celso de Mello, pontuou que:

> Não vislumbro, no texto da Carta Política, a existência de obstáculo constitucional que possa inibir o exercício, pelo Município, da típica atribuição institucional que lhe pertence, fundada em título jurídico específico (CF, art. 30, I), para legislar, por autoridade própria, sobre a extensão da gratuidade do transporte público coletivo urbano às pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos.
>
> Na realidade, o Município, ao assim legislar, apoia-se em competência material – que lhe reservou a própria Constituição da República – cuja prática autoriza essa mesma pessoa política a dispor, em sede legal, sobre tema que reflete assunto de interesse eminentemente local.

É evidente, portanto, que os dispositivos insertos na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul que disponham sobre gratuidade no transporte coletivo municipal usurpam a competência dos respectivos municípios, já que a própria Constituição Federal atribuiu-lhes expressamente tal competência.

Nesse sentido, julgando caso análogo, decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 224 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAPÁ. GARANTIA DE "MEIA PASSAGEM" AO ESTUDANTE. TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS MUNICIPAIS [ARTIGO 30, V, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E TRANSPORTES COLETIVOS URBANOS RODOVIÁRIOS E AQUAVIÁRIOS INTERMUNICIPAIS. SERVIÇO PÚBLICO E LIVRE INICIATIVA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, *CAPUT* E INCISOS I E XXII, E 170, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Constituição do Brasil estabelece, no que tange à repartição de competência entre os entes federados, que os assuntos de interesse local competem aos Municípios. Competência residual dos Estados-membros - matérias que não lhes foram vedadas pela Constituição, nem estiverem contidas entre as competências da União ou dos Municípios. 2. A competência para organizar serviços públicos de interesse local é municipal, entre os quais o de transporte coletivo [artigo 30, inciso V, da CB/88]. 3. **O preceito da Constituição amapaense que garante o direito a "meia passagem" aos estudantes, nos transportes coletivos municipais, avança sobre a competência legislativa local**. 4. A competência para legislar a propósito da prestação de serviços públicos de transporte intermunicipal é dos Estados-membros. Não há inconstitucionalidade no que toca ao benefício, concedido pela Constituição estadual, de "meia passagem" aos estudantes nos transportes coletivos intermunicipais. 5. Os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa (artigo 170, *caput*, da Constituição do Brasil) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no artigo 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil. A lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos da competência do Estado-membro se tratar. 6. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da conjunção aditiva "e" e do vocábulo "municipais", insertos no artigo 224 da Constituição do Estado do Amapá.[6] (Grifei)

Insta salientar que, em relação ao transporte coletivo intermunicipal, não há dúvidas de que o mesmo é de competência estadual, não havendo vício das normas impugnadas nesse sentido.

5 STF. RE 702848/SP. Rel. Ministro Celso de Mello. Julgamento 29.4.2013.

6 STF. ADI 845 / AP. Rel. Ministro Eros Grau. Julgamento 22.11.2007.

Desse modo, como as ações diretas de inconstitucionalidade são regidas pelo princípio da parcelaridade (ou divisibilidade), em que é possível que seja expurgado do texto atacado tão somente uma palavra ou expressão, verifico que a inconstitucionalidade que remanesce no presente caso diz respeito à extensão da gratuidade a determinado grupo de pessoas no transporte coletivo municipal.

Sobre aludido princípio, eis a lição de Pedro Lenza[7]:

> O princípio da parcelaridade aplica-se ao controle concentrado. Isso significa que o STF pode julgar parcialmente procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade, expurgando do texto legal apenas uma palavra, uma expressão, diferente do que ocorre com o veto presidencial [...]
>
> (...)
>
> [...] o Judiciário, ao realizar o controle posterior ou repressivo de constitucionalidade, poderá expungir do texto normativo uma expressão, uma só palavra, uma frase, não havendo a necessidade de declarar inconstitucional um texto integral de artigo, parágrafo, inciso, ou alínea, conforme acontece com o controle realizado pelo Chefe do Executivo.

A propósito, sobre a possibilidade de declaração parcial de inconstitucionalidade de ato normativo – aplicação do princípio da divisibilidade – já julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que:

> DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade, para, com redução de texto, declarar inconstitucional as expressões "casas de diversão", "praças desportivas" e "similares" constantes do artigo 1º da Lei Estadual nº 15.876/2008. Vencidos os Desembargadores Adalberto Jorge Xisto Pereira (com declaração de voto), Ruy Cunha Sobrinho, D'artagnan Serpa Sá, Renato Lopes Paiva, Luiz Osório Moraes Panza (com declaração de voto), Prestes Mattar e Rogério Coelho. EMENTA: INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 15.876/2008, QUE ASSEGURA O PAGAMENTO DE MEIA-ENTRADA AOS PROFESSORES DA REDE PÚBLICA E PARTICULAR DE ENSINO DO ESTADO DO PARANÁ, PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTOS E CASAS DE DIVERSÕES, PRAÇAS ESPORTIVAS E SIMILARES, RESPONSÁVEIS PELA PROMOÇÃO DE ESPETÁCULOS DE LAZER, ENTRETENIMENTO E DIFUSÃO CULTURAL. AVENTADA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ATO NORMATIVO. **PROCEDÊNCIA QUANTO AS EXPRESSÕES "CASAS DE DIVERSÃO", "PRAÇAS DESPORTIVAS" E "SIMILARES". PREVISÃO DO BENEFÍCIO EM HIPÓTESES QUE NÃO CONDIZEM COM A FINALIDADE DA NORMA. DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE COM REDUÇÃO DE TEXTO**.[8] (Destaquei)

Ante o exposto, peço vênia ao Excelentíssimo relator para divergir e, contra o parecer, dar provimento à presente ação direta de inconstitucionalidade, a fim de retirar do texto impugnado a expressão "e Município", bem como "ou municipal", no que diz respeito ao § 1º, do art. 173, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul. Em relação ao §º 2º, do mesmo artigo, dou provimento à ação para revogar a expressão "e dos municípios nas municipais".

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º vogal)

7 Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**/Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

8 TJPR. - Órgão Especial - IDI - 778194-4/01 - Curitiba - Rel.: Cláudio de Andrade - Por maioria. J. 15.12.2014.

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (8º vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. João Maria Lós. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (10º vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, julgaram improcedente a ação, nos termos do voto do relator. Declarou-se impedido o Des. Dorival Renato Pavan. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Vladimir Abreu da Silva e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de maio de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0804565-86.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIZAÇÃO DE ACOMPANHAMENTO ESPECIAL PARA CRIANÇA COM AUTISMO MATRICULADA EM INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO – OBRIGATORIEDADE – CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – ADI 5357 – ATENDIMENTO ADEQUADO E INCLUSIVO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – ARTIGO 3º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 12.764/2012 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar ação direta de constitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN (ADI 5357 MC-Ref/DF) decidiu pela constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e, consequentemente, pela a obrigatoriedade de as escolas privadas oferecerem atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, não sendo esta uma obrigação apenas do ensino público.

Pelo parágrafo único do artigo 3º, "em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado."

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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencidos os 1º e 3º Vogais, nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

A Instituição Adventista de Educação e Assistência Social interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (fls. 423/428) proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual que julgou procedentes os pedidos iniciais para compelir o ora apelante "a fornecer profissional graduado em psicopedagogia para acompanhar os alunos com síndrome do espectro autista durante a realização das atividades escolares, sob pena de bloqueio de valores e contratação de profissional as custas do ente requerido." E, ainda, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais, suspendendo, contudo, sua cobrança por ser a parte beneficiária da gratuidade processual.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 434/472), alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada por falta de interesse, pois os alunos que necessitavam de acompanhamento de professor especializado não mais estudam na instituição de ensino, tendo, inclusive, mudado de cidade.

Aduz que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (artigo 58, § 2º) é clara ao determinar que o atendimento educacional será feito em condições específicas quando não for possível a integração do aluno em classes comuns de ensino o que depende de avaliação realizada por profissional na área de educação.

Assevera que não há obrigatoriedade de oferta de educação especial em todo e qualquer estabelecimento da rede privada de ensino, sendo que esta somente se concretiza quando verificada a possibilidade de integração do aluno com deficiência em classe de ensino regular, na forma do que prevê o artigo 2º, parágrafo único, I, "f", da Lei nº 7.853/89 e o artigo 25, *caput*, do Decreto nº 3.298/99, segundo o qual "Os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou provado do sistema de educação geral, de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando."

Sustenta, conforme previsão do artigo 58, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), a educação especial é dever constitucional do estado

Afirma que somente os alunos portadores de necessidades especiais e que tenham condições de permanência na escola, podem ser matriculados em instituição regular de ensino. Sendo que "A condição de permanência caracteriza-se pelo desenvolvimento da autonomia e da capacidade de aprendizagem no ensino regular." (fls. 447)

Acrescenta que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação (artigo 58, § 2º) admite a hipótese de impossibilidade de permanência do aluno portador de necessidades especiais.

E, ainda, que há distinção das obrigações do ente público e do particular em matéria de educação, pois "ao Estado é imposto prover todos os níveis e modalidades de ensino, contudo, à iniciativa privada, é facultada provê-lo no nível e modalidade que melhor lhe convier." (fls. 450)

Sustenta que inexiste imposição legal para que a rede particular de ensino supra, às suas expensas, as necessidades dos alunos especiais, considerando que a educação é um dever do estado e "há nítida diferenciação entre escolas comuns e especializadas, sendo que aquelas podem, inclusive, alegar que seu sistema não tem o condão de satisfazer as necessidades especiais de determinado aluno, e encaminhá-lo à instituição pública especializada." (fls. 456)

Expõe que "todo o investimento é destinado à rede pública de ensino, ao passo que as instituições provadas mantêm-se com as suas próprias rendas. Desse modo, como cediço, é na mensalidade paga por cada aluno que encontra seu sustento. Assim sendo, se se obrigar as instituições privadas a atuar em modalidades diversas daquelas a que se propuseram, implicará em novos custos, não previstos, e, não havendo possibilidade de repasse aos destinatários dos exclusivos serviços, restará inviabilizada a sua atuação, podendo chegar até mesmo ao encerramento das atividades de muitos estabelecimentos da rede privada."

Por fim, requer a reforma da sentença porquanto fere "os princípios constitucionais da livre iniciativa, proporcionalidade e razoabilidade. Sob a coluna que sustenta a r. decisão do magistrado *a quo* reside a argumentação de que há a possibilidade de obrigar uma instituição particular a contratar um profissional

especializado para alunos com espectro autista. Contudo como podemos observar tal possibilidade resta totalmente improcedente, uma vez que a decisão viola princípios constitucionais e diretrizes básicas de educação." (fls. 470)

O apelado, em contrarrazões recursais (fls. 480/494), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 505/521), também opina pelo desprovimento do apelo.

VOTO (EM 29/03/2017)

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

A Instituição Adventista de Educação e Assistência Social interpõe recurso de apelação, inconformada com a sentença (fls. 423/428) proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual que julgou procedentes os pedidos iniciais para compelir o ora apelante "a fornecer profissional graduado em psicopedagogia para acompanhar os alunos com síndrome do espectro autista durante a realização das atividades escolares, sob pena de bloqueio de valores e contratação de profissional as custas do ente requerido." E, ainda, condenou a requerida ao pagamento das custas processuais, suspendendo, contudo, sua cobrança por ser a parte beneficiária da gratuidade processual.

A apelante, em suas razões recursais (fls. 434/472), alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada por falta de interesse, pois os alunos que necessitavam de acompanhamento de professor especializado não mais estudam na instituição de ensino, tendo, inclusive, mudado de cidade.

Aduz que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (artigo 58, § 2º) é clara ao determinar que o atendimento educacional será feito em condições específicas quando não for possível a integração do aluno em classes comuns de ensino o que depende de avaliação realizada por profissional na área de educação.

Assevera que não há obrigatoriedade de oferta de educação especial em todo e qualquer estabelecimento da rede privada de ensino, sendo que esta somente se concretiza quando verificada a possibilidade de integração do aluno com deficiência em classe de ensino regular, na forma do que prevê o artigo 2º, parágrafo único, I, "f", da Lei nº 7.853/89 e o artigo 25, *caput*, do Decreto nº 3.298/99, segundo o qual "Os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou provado do sistema de educação geral, de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando."

Sustenta, conforme previsão do artigo 58, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), a educação especial é dever constitucional do estado

Afirma que somente os alunos portadores de necessidades especiais e que tenham condições de permanência na escola, podem ser matriculados em instituição regular de ensino. Sendo que "A condição de permanência caracteriza-se pelo desenvolvimento da autonomia e da capacidade de aprendizagem no ensino regular." (fls. 447)

Acrescenta que a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação (artigo 58, § 2º) admite a hipótese de impossibilidade de permanência do aluno portador de necessidades especiais.

E, ainda, que há distinção das obrigações do ente público e do particular em matéria de educação, pois "ao Estado é imposto prover todos os níveis e modalidades de ensino, contudo, à iniciativa privada, é facultada provê-lo no nível e modalidade que melhor lhe convier." (fls. 450)

Sustenta que inexiste imposição legal para que a rede particular de ensino supra, às suas expensas, as necessidades dos alunos especiais, considerando que a educação é um dever do estado e "há nítida diferenciação entre escolas comuns e especializadas, sendo que aquelas podem, inclusive, alegar que seu sistema não tem o condão de satisfazer as necessidades especiais de determinado aluno, e encaminhá-lo à instituição pública especializada." (fls. 456)

Expõe que:

> Todo o investimento é destinado à rede pública de ensino, ao passo que as instituições provadas mantêm-se com as suas próprias rendas. Desse modo, como cediço, é na mensalidade paga por cada aluno que encontra seu sustento. Assim sendo, se se obrigar as instituições privadas a atuar em modalidades diversas daquelas a que se propuseram, implicará em novos custos, não previstos, e, não havendo possibilidade de repasse aos destinatários dos exclusivos serviços, restará inviabilizada a sua atuação, podendo chegar até mesmo ao encerramento das atividades de muitos estabelecimentos da rede privada.

Por fim, requer a reforma da sentença porquanto fere "os princípios constitucionais da livre iniciativa, proporcionalidade e razoabilidade. Sob a coluna que sustenta a r. decisão do Magistrado *a quo* reside a argumentação de que há a possibilidade de obrigar uma instituição particular a contratar um profissional especializado para alunos com espectro autista. Contudo como podemos observar tal possibilidade resta totalmente improcedente, uma vez que a decisão viola princípios constitucionais e diretrizes básicas de educação." (fls. 470)

O apelado, em contrarrazões recursais (fls. 480/494), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 505/521), também opina pelo desprovimento do apelo.

Consta dos autos que o Ministério Público Estadual ingressou com a presente ação civil pública em desfavor da Instituição Adventista de Educação e Assistência Social sustentando, em síntese, "que a parte ré, enquanto prestadora de serviços educacionais, não dispõe em seu quadro de funcionários pessoa habilitada para acompanhamento de criança portadora de autismo. Discorreu sobre os termos da lei 12.764/12, que institui a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista. Requereu, ao final, a contratação de profissional psicopedagogo para proceder ao acompanhamento dos infantes H. T. de A e V. T. de A, bem como outros alunos autistas que ingressarem no ensino, bem como o pleito em sede de liminar (págs. 1-13). (...)" (fls. 423)

Os pedidos iniciais foram julgados procedentes nos seguintes termos:

> Posto isso, fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente a pretensão inicial para condenar a Instituição Adventista de Educação e Assistência Social a fornecer profissional graduado em psicopedagogia para acompanhar os alunos com síndrome do espectro autista, durante a realização das atividades escolares, sob pena de bloqueio de valores e contratação de profissional as custas do ente requerido. (fls. 428)

Diante disso, a Instituição Adventista de Educação e Assistência Social interpôs o presente recurso de apelação, sustentando, inicialmente, que o feito deve ser extinto, por falta de interesse, porquanto os menores que necessitavam de acompanhamento de professor especializado não mais se encontram matriculados na instituição de ensino, ora apelante, tendo, inclusive, mudado de cidade.

Razão não lhe assiste.

A questão atinente à falta de interesse foi decidida às fls. 356/357[1], sem que houvesse qualquer insurgência da demandante, naquele momento, por meio do recurso cabível. Portanto, está preclusa a análise da matéria.

Afastada a alegação de falta de interesse, a questão posta a apreciação cinge-se em saber se é obrigação de toda a rede de ensino particular disponibilizar a possíveis alunos com necessidades especiais, que venham a se matricular em determinada instituição de ensino, acompanhamento exclusivo a ser realizado por psicopedagogo.

Primeiramente, cabe mencionar que é dever constitucional do Estado promover o acesso à educação, principalmente em favor de crianças e adolescentes, tanto que o artigo 205, da Constituição Federal determina que "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." (grifei)

E, ainda, segundo o artigo 227, da Carta Magna "**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." (grifei)

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que toda criança e todo adolescente tem direito de acesso ao ensino obrigatório e gratuito. *Verbis*:

> Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:
>
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> II - direito de ser respeitado por seus educadores;
>
> III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
>
> IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;
>
> V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
>
> Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais."
>
> 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;

1 "(...) A requerido arguiu preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto os menores a quem deveria ser fornecido o serviço especial de acompanhamento, segundo a inicial, não mais estudam na escola requerida, em virtude da transferência do genitor para outra unidade da federal. Tal preliminar não merecer ser acolhida porquanto a Ação Civil Pública é um instrumento que se presta a resolver questões com natureza geral, não ficando seus efeitos adstritos às pessoas indicadas na exordial, uma vez que a legitimação do *Parquet* neste feito advém da sua atribuição para a defesa dos direitos das crianças e adolescentes desta Comarca.(...)" (fls. 356)

> 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 freqüência à escola.

No que concerne, especificamente, aos portadores de necessidades especiais, preconiza o artigo 208, da Constituição Federal que "O dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de: (...) III – **atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência**, preferencialmente na rede regular de ensino; (...)" (grifei)

Nesse sentido, preconiza a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96):

> Art. 4º. O Dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de (...) III – atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino; (...)" (grifei)
>
> "Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais: (...) III – professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns. (...) (grifei)

Observa-se, assim, que o dever do Estado não se encerra com simples oferta de vagas em instituição de ensino, também é sua obrigação o atendimento desses alunos com necessidades especiais, assegurando a não só a eles, mas às demais crianças e adolescentes o adequado desenvolvimento e aprendizagem.

Portanto, em sendo obrigação do Estado admitir alunos portadores de deficiência em suas escolas regulares, deve, ainda, providenciar os meios adequados, como estrutura física e pessoal especializado, para que o direito à educação seja efetivado.

Quanto às instituições particulares, o Supremo Tribunal Federal ao julgar ação direta de constitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN (ADI 5357 MC-Ref/DF) decidiu pela constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e, consequentemente, pela a obrigatoriedade de as escolas privadas oferecerem atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, não sendo esta uma obrigação apenas do ensino público.

A referida lei, cuja constitucionalidade foi confirmada, proíbe que escolas particulares recusem matrículas ou cobrem valores adicionais nas mensalidades de pessoas com deficiência para lhes fornecer o acompanhamento adequado.

De acordo com o relator da ação, ministro Edson Fachin, as instituições de ensino não podem escolher os alunos que serão matriculados e nem segregar aqueles que apresentem qualquer deficiência. Ressaltou que "A Lei 13.146 parece justamente assumir esse compromisso ético de acolhimento, quando exige que não só apenas as escolas públicas, mas também aos particulares, deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui".

E, ainda:

> À luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio. Ao contrário, é imperativo que se põe mediante regra explícita. Mais do que isso, dispositivos de *status* constitucional estabelecem a meta de inclusão plena, ao mesmo tempo em que se veda a exclusão das pessoas com deficiência do sistema educacional geral sob o pretexto de sua deficiência. Se é certo que se prevê como dever do Estado facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade, bem como, de outro lado, a necessária disponibilização do ensino primário gratuito e compulsório, é igualmente certo inexistir qualquer limitação da educação das pessoas com deficiência somente a estabelecimentos públicos ou privados que prestem o serviço público educacional. A Lei nº 13.146/2015 estabelece a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção das pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que o ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. Analisada a moldura normativa, ao menos neste momento processual, infere-se que, por meio da lei impugnada, o Brasil atendeu ao compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência.

Mais adiante frisando que:

> Como é sabido, as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica e, enquanto tal, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental. Esta última deve ser pensada a partir dos espaços, ambientes e recursos adequados à superação de barreiras – as verdadeiras deficiências de nossa sociedade.

Veja-se o teor da ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e

> 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. **A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV**. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. (ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Processo Eletrônico DJe-240 divulg 10-11-2016 public 11-11-2016) – grifei

Portanto, considerando a constitucionalidade do § 1º do artigo 28 e do artigo 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, não só as instituições de ensino público, mas também as de ensino privado, estão obrigadas a receber os alunos com necessidades especiais, sem deles cobrar valores adicionais, devendo promover as adaptações necessárias, oferecendo ambiente e recursos para atendê-los e promover o seu desenvolvimento global.

Eis o teor dos referidos dispositivos legais:

> Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:
>
> I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
>
> II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;
>
> III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;
>
> IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;
>
> V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;
>
> VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar; XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

(...)

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

> III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;
>
> IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;
>
> V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;
>
> VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;
>
> VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.

Cabe frisar que a Constituição Federal prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, § 4º, I; 201, § 1º; 203, IV e V; 208, III; 227, § 1º, II, e § 2º; e 244.

Ademais, a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), nos artigos 58 e 59, dispõe que todas as escolas devem assegurar aos estudantes um atendimento adequado às suas necessidades. *Verbis*:

> Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.
>
> § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.
>
> § 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.
>
> § 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, em início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação Infantil.
>
> Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:
>
> I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; (...) III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; (...)

No caso específico das crianças com autismo, a Lei nº 12.764/2012 institui a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista ficando determinado, dentre outros aspectos, que "A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais." (artigo 1º, § 2º)

E, pelo parágrafo único do artigo 3º, "em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado."

Considerando o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a legislação acima referida, acertado o posicionamento adotado na sentença no sentido de que "tanto as entidades estatais/paraestatais de ensino quanto as entidades particulares, sob a ótica da Legislação Federal, estão sim obrigadas a fornecer profissional para acompanhamento de forma gratuita para o caso trazido à baila." (fls. 426)

Assim, as instituições particulares de ensino estão obrigadas a proceder à matrícula de pessoas com deficiência, inclusive aquelas com autismo, que sejam capazes de se integrar ao sistema regular de ensino e, nesses casos, providenciar o acompanhamento especial, sem que haja majoração no valor da mensalidade.

Em face do exposto, com o Parecer, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela Instituição Adventista de Educação e Assistência Social, mantendo inalterada a sentença de primeira instância que julgou procedente o pedido inicial para compelir o ora apelante "a fornecer profissional graduado em psicopedagoria para acompanhar os alunos com síndrome do espectro autista durante a realização das atividades escolares, sob pena de bloqueio de valores e contratação de profissional as custas do ente requerido."

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator, com o parecer, ter negado provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 05/04/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta por Instituição Adventista De Educação e Assistência Social em face de Ministério Público Estadual insurgindo-se contra a sentença de fls. 423/428, proferida pelo douto juiz da 1ª Vara Cível da comarca de Corumbá, MS que julgou procedentes os pedidos formulados ação civil pública ajuizada pelo apelado e determinou que a apelante fornecesse profissional graduado em psicopedagogia para acompanhar os alunos com síndrome do espectro autista durante a realização das atividades escolares, sob pena de bloqueio de valores e contratação de profissional as custas do ente requerido.

Extrai-se dos autos que Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública com pedido de obrigação de fazer em desfavor da apelante afirmando, em síntese que a requerida enquanto prestadora de serviços educacionais, não dispõe em seu quadro de funcionários pessoa habilitada para acompanhamento de criança portadora de autismo. Discorreu sobre os termos da lei 12.764/12, que institui a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista e requereu, ao final, a contratação de profissional psicopedagogo para proceder ao acompanhamento dos infantes H. T. de A. e V. T. de A.

O douto magistrado, na sentença aqui atacada, julgou procedentes os pedidos e determinou que a instituição de ensino fornecesse profissional graduado em psicopedagogia para acompanhar os alunos com síndrome do espectro autista durante a realização das atividades escolares, sob pena de bloqueio de valores e contratação de profissional as custas do ente requerido.

Contra essa decisão insurge-se a apelante.

Afirma, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, vez que as mudanças dos alunos H. e V. da instituição de ensino põe fim à relação jurídica então existente, razão pela qual o Ministério Público seria parte ilegítima para figurar na demanda.

No mérito, defende, em suma, que a legislação existente não foi interpretada de maneira correta, pois a capacidade atribuída ao ensino na iniciativa privada está baseada no supletivismo, na secundarização e no condicionamento. Assim, entende que a Instituição Particular de Ensino não está obrigada a fornecer as adaptações necessárias aos portadores de autismo de forma gratuita.

O eminente relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, consignou que a questão referente à preliminar levantada já estava definitivamente decidida nos autos às fls. 356/357 e negou provimento ao recurso interposto pela Instituição de Ensino.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a hipótese sob exame no ponto referente aos requisitos necessários para cumprimento da determinação, e, após uma detida análise da questão apresentada, estou respeitosamente divergindo do e. Relator.

O direito à educação encontra previsão expressa nos artigos 206 e seguintes da Constituição Federal, inclusive para aqueles portadores de necessidades especiais de atendimento.

Confira-se:

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
>
> I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
>
> (...)
>
> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> I - 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;
>
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
>
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> (...)

Especificamente, o artigo 209 da Carta Magna estabelece que a iniciativa privada, diante da autorização para prestar serviços de educação, possui o dever de cumprir as normas gerais de educação nacional, de maneira que pela exegese constitucional, as instituições particulares não podem imiscuir-se do cumprimento da legislação regulamentadora existente.

> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
>
> I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
>
> II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Colocando uma pá de cal sobre o tema a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – estabeleceu que as Instituições Privadas estão sujeitas às disposições da Lei e, por conseguinte, possuem o dever de fornecer educação dentro dos parâmetros ali estabelecidos sem a realização de qualquer cobrança de valores adicionais na mensalidades.

Veja-se o teor dos dispositivos que regem a matéria:

> Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.
>
> Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.
>
> Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:
>
> I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;
>
> II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;
>
> III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;
>
> IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;
>
> V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;
>
> VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;
>
> VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;
>
> VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;
>
> IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;
>
> X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;
>
> XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

> XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;
>
> XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;
>
> XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;
>
> XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;
>
> XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;
>
> XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;
>
> XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.
>
> § 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Conforme se verifica da redação do artigo 28 do alentado Estatuto prevê mecanismos para inclusão da pessoa portadora de necessidades especiais, inclusive com "a adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado."

As disposições acima transcritas, entrementes, não estabelecem a obrigatoriedade de todas as escolas privadas terem quadro pedagógico capacitado para recepção do aluno autista. A previsão legal acima mencionada não traduz obrigação imediata para todas as escolas privadas admitirem o aluno autista, senão que devem – e isso se faz na medida da capacitação econômica e financeira de cada escola – adotar as medidas previstas na lei para a prática inclusiva do aluno autista.

Tanto é assim que a lei trata de temas como aprimoramento (inc. II), institucionalização (inc. III), favorecimento de acesso (inc. V), pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas (inc. VI), planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva (inc. VII), adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado (inc. X), inclusão em conteúdos curriculares, (Inc. XIV), acessibilidade (inc. XVI), que revelam um processo inclusivo gradual, que nem todas as escolas privadas estão em condições de atender, muito menos de ofertar.

Além disso, conveniente lembrar, que especificamente sobre o tema em debate, a Lei nº 12.764/2012, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, estabelece que em caso de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista, inserida nas classes comuns de ensino regular, possui direito a acompanhamento especializado.

> Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:
>
> I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;
>
> (...)
>
> IV - o acesso:
>
> a) à educação e ao ensino profissionalizante;
>
> (...)
>
> Parágrafo único. Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.

Assim, não bastasse existir a obrigatoriedade das escolas privadas terem de imediato, com seu mero funcionamento, quadro profissional técnico e habilitado para a inclusão de aluno autista, mas sim que gradativamente a inclusão desse aluno deverá ser feita, o que requer planejamento, custo, investimento, capacitação profissional, etc., pela leitura do dispositivo legal, infere-se que a obrigação de oferta de pessoa especializada para acompanhar a pessoa detentora de autismo também está condicionada a comprovação de específica necessidade, de maneira que tal situação deverá estar devidamente sedimentada para a imposição da obrigação.

Vale dizer, não é pelo fato de ser autista que – necessariamente – deverá o aluno ter acompanhamento pedagógico diferenciado.

De fato, a previsão tem por finalidade garantir o melhor atendimento às crianças portadoras necessidades especiais, mas também tem por fito a inclusão e manutenção daquelas em um ambiente de normalidade. Assim, diante da existência de diversos graus de autismo, e também diante da necessidade de comprovação da necessidade específica e individualizada de cada portador do espectro autista, tenho que a imposição da obrigação às escolas particulares deve estar devidamente embasada em prova técnica, qual seja a formação de laudos médicos e psicológicos firmados por profissionais especializados.

A imposição dessa obrigação, assim, não pode ser generalizada, no sentido de que sendo o aluno autista por si só já deverá estar necessariamente acompanhado na escola por profissional especializado.

Há de se tomar em consideração, outrossim, que nem todas as escolas privadas estão em condições de terem matriculado um aluno autista. Pode existir escola privada que, simplesmente, por não ter em seus quadros profissional habilitado ou capacitado, não oferte matrícula para alunos autistas, dentro da regra secular de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, preservando-se a liberdade de contratar.

A liberdade contratual e a liberdade de estabelecer as condições do contrato faz parte das tratativas preliminares de um contrato, mesmo o de ensino, sempre permeado pela boa-fé objetiva.

Assim, se uma determinada instituição de ensino particular não tem condições de contratar profissional para atendimento de alunos autistas, por questões financeiras ou por falta de profissional no mercado, se ainda não desenvolveu um projeto pedagógico adequado para admitir o aluno com o espectro autista, não se lhe pode ser imposta, por sentença, uma obrigação de fazer, na medida em que, reafirmo, ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão prevista em lei.

O acesso à educação, assegurada ao aluno autista, prevista em lei, não implica em estabelecer a possibilidade de ele promover a escolha de uma determinada escola privada e ali ter sua matrícula compulsória, compelindo a direção a ter que contratar profissional que não estão em seus quadros regulares.

Essa obrigação não deriva da lei e, por isto, a escola particular não está obrigada a aceitar a matrícula de aluno autista, se não estiver pedagogicamente habilitada para tanto (e são milhares de escolas no Brasil que vivenciam essa situação), se não contar também com profissional capacitado para dar o atendimento adequado, nem se lhe pode ser imposta idêntica obrigação, sob pena de subversão dos dizeres da lei.

A não aceitação da matrícula, em tal caso, deriva da liberdade de contratar que a escola mantém nesse momento pré-contratual, inclusive em homenagem a boa-fé objetiva, porque deverá esclarecer (dever de informação) aos pais ou responsáveis que se apresentam para a matrícula que não tem condições de ofertar ensino adequado e qualificado ao aluno autista, cumprindo com o dever de informação que lhe impõe o Código de Defesa do Consumidor.

Evidentemente que, agora sob o ponto de vista do mercado, escolas particulares podem oferecer acesso ao aluno autista, que ali somente farão matrícula – é evidente – se a unidade de ensino oferecer equipe pedagógica qualificada, apta a recebê-lo e dar-lhe assistência integral no âmbito da escola, desde o relacionamento com os colegas até o ensino específico que deve receber, em conjuntou ou separadamente, dependendo do caso, aferível também caso a caso.

Por isto que a norma se dirige muito mais à rede pública, sendo o Estado obrigado a prover o ensino do autista contando com profissional habilitado para tanto, ao passo que as escolas privadas estão em processo de adequação às normas previstas na lei, promovendo a qualificação necessária para receber esse aluno especial em sua base escolar.

Assim, com o máximo respeito ao douto juízo de primeiro grau e ao e. relator, não vejo possibilidade de se impor a obrigação de fazer que consta da sentença – receber o aluno autista e dar-lhe o ensino correspondente – se as escolas privadas têm que passar por um processo de especialização do ensino e têm também de promover – em conformidade com as disposições financeiras de cada uma – paulatinamente, o favorecimento do acesso mediante planejamento, estudo, elaboração de plano de atendimento educacional especializado, organização de recursos e serviços de acessibilidade, usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva (que demanda altos investimentos).

Além disso, e como não pode deixar de ser, o recebimento do aluno autista – se todos esses argumentos não pudessem ser tomados em consideração – está condicionada à demonstração, através de prova documental pré-constituída que deve ser apresentada no ato da matrícula, da efetiva necessidade do acompanhamento individualizado no caso concreto.

Nesse caso, como bem foi mostrado pela apelante, a possibilidade de integração de um aluno especial nas salas de ensino regular não pode ser feita pelo Ministério Público, nem mesmo pelo Juiz, senão que por um profissional da área de educação que conviva com a criança em um ambiente escolar e tenha conhecimento sobre as necessidades básicas desse aluno para desenvolvimento satisfatório no ambiente de ensino regular objetivado.

Daí porque, se fosse possível que se impusesse a obrigação de fazer à apelante, pensamento de que não comungo, ainda assim tal somente seria possível se evidenciada a necessidade de acompanhamento individual no caso concreto.

Logo, todas as escolas podem admitir o aluno autista, é evidente, mas somente pode ser imposta a obrigação de acompanhamento individual no caso concreto se um profissional com habilitação específica assim o atestar (seja o psicólogo ou o professor especializado), e essa obrigação – aqui o cerne da questão – não pode ser imposta a todas as escolas, genericamente falando.

O que a lei procurou fazer – e este é o meu entendimento – foi abrir a oportunidade para que diversos estabelecimentos de ensino privado no País especializem-se para receberem adequadamente o aluno autista, dando-lhe plenas condições de integração, interatividade e aprendizado satisfatório, o que nem todas as escolas privadas estão em condições de ofertar.

Reforça essa intelecção o disposto no artigo 25 do Decreto nº 3.298/99[2] – que se encontra em vigor – e que faz parte do rol da legislação que regula a educação do aluno portador de necessidades especiais, oriundo da Lei 7.852/89, que assim dispõe:

> Art. 25. Os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou privado do sistema de educação geral, de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando.

Por outro lado, se a escola não contar com sistema que possibilite a integração do aluno portador de necessidades especiais, deverá encaminhá-lo a uma escola especializada, e tal é o teor do artigo 2º, parágrafo único, I, f, da Lei 7.853/89[3], que assim dispõe:

> Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.
>
> Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas:
>
> I - na área da educação:
>
> f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino;

A matrícula, no caso, não é compulsória para todas as escolas, mas apenas aquelas (públicas ou privadas) que tenham condições de receber e promover a integração em seu sistema regular de ensino do aluno que necessitar de educação especial.

A lei não poderia criar obrigações que se constituíram em intervenção da livre iniciativa e da não intervenção do Estado no domínio econômico, regra constitucional plasmada no art. 170, IV, da Magna Carta, que serve de fundamento para repelir a imposição constante da r. sentença e do v. voto do douto relator, sempre com o máximo respeito, à vista da generalidade nela contida, como se todo autista necessitasse de acompanhamento escolar diferenciado, o que também não é uma realidade absoluta.

Assim, pelo fato de um particular deliberar ter como atividade econômica o abrir uma escola privada de ensino, não pode ele ser compelido a ter obrigações que interfiram na sua livre iniciativa, nem ser

2 Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

3 Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

obrigado a contratar fora das possibilidades e com os limites contidos no seu projeto de ensino privado, limitado também pela forte influência da economia e do mercado.

Nem há que se falar aqui na aplicação do princípio da razoabilidade, ante a colidência de dois valores de idêntica estatura (direito ao ensino e direito à livre iniciativa econômica e empresarial) porque não se está diante de um dilema vivenciado pela prevalência do direito à educação (mormente a educação especial) contra a possibilidade de intervenção do estado no domínio econômico, mas sim pela constatação de que se trata de um caso claro de inclusão do aluno especial (autista) no modelo de ensino praticado no Brasil, que convive entre o particular e o público.

Finalmente, para arremate, observe-se o que estabelecem os artigos 4º, III e 58 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases para a educação nacional:

> Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:
>
> III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.
>
> § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.
>
> § 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.
>
> § 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Essas disposições deixam bem claro – bem claro mesmo – que a r. sentença se equivocou, na medida em que a inclusão do aluno em escola privada, com o objetivo de integração sempre que for portador de necessidades especiais, dar-se-á primeiramente pelo Estado, através do Estado e, outrossim, no Estado mesmo ou em escola privada (quando tiver estrutura educacional para tal fim) tão-somente quando necessário em função das condições específicas do aluno quando não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

Vale dizer, o que a r. sentença fez, com todo o respeito, foi impor uma obrigação de a escola privada matricular um aluno especial, oferecendo-lhe ambiente educacional adequado, acompanhado por profissional especializado, primeiramente sem prova pré constituída da necessidade desse acompanhamento especial e, depois, sem que tenha condições de, nos termos da lei – cujos vários dispositivos foram acima transcritos – oferecer esse ensino adequado, que requer investimentos, aprimoramentos, plano de atendimento educacional especializado, enfim, uma vasta gama de técnicas e de tecnologia que uma escola comum, como a apelante, não tem a menor condição de ofertar, o que redunda, na realidade, em prejuízo para o próprio aluno especial, eis que, uma vez compelida a matrícula, não irá receber o suporte e tratamento adequado, de que é merecedor, pela simples impossibilidade de a própria escola se adaptar a todos os incrementos necessários para permitir a integração do aluno no ambiente escolar e obter aprendizado condizente com sua realidade.

Um *nonsense*, com todo o respeito.

Logo, apenas à escola que venha admitir um aluno autista – dentro do seu natural direito de livremente contratar a matrícula de aluno autista, se assim o quiser (princípio da liberdade de contratar) é que pode ser atribuída a prerrogativa de decidir sobre o processo de integração do aluno, tratando-se de habilidade e capacidade que, nos termos do artigo 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional só podem ser implementadas por um profissional da área de educação.

E, outrossim, apenas a escola particular que tiver todas as condições e adaptações necessárias – notadamente com profissionais capacitados e habilitados para o ensino e aprendizado do aluno especial, com possibilidade de inclusão e integração dele no ambiente escolar – é que pode admitir aluno em tais condições.

Não, notoriamente não, a toda e qualquer escola do ensino particular, como é do meu entendimento.

Tecidas essas considerações, divergindo respeitosamente do e. relator, conheço do recurso interposto por Instituição Adventista de Educação e Assistência Social, e lhe dou integral provimento, para julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial da presente ação, declarando a resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, I, segunda figura, do CPC.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2º Vogal)

Acompanho o relator.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que dava provimento. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento para sessão ulterior, em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 26/04/2017)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º Vogal)

Tendo em vista a convocação para completar quórum de julgamento neste órgão colegiado (4ª Câmara Cível), nos termos do § 3º do art. 15 c/c § 1º do art. 361 do Regimento Interno desta Corte, em face da novel técnica de julgamento prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015, passo ao exame do presente recurso, pedindo vênia ao relator e ao 2º Vogal, para acompanhar o 1º vogal, nos exatos termos do voto do e. Des. Dorival Renato Pavan, ressaltando que sequer há como se impor à apelante, de forma geral e indiscriminada, que forneça aos alunos portadores de espectro autista, que vierem a ser matriculados em sua instituição de ensino privada, acompanhamento de profissional graduado em psicopedagogia durante a realização das atividades escolares, notadamente porque a Lei n. 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, é expressa ao referir, em seu art. 3º, parágrafo único, que "em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, terá direito a acompanhante especializado", não bastando, portanto, para que se garanta o acesso a tal direito, que o aluno seja diagnosticado com autismo, como determinado no dispositivo da sentença, mas sim que haja comprovada necessidade de acompanhamento especializado, o que deve ser verificado caso a caso.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (4º vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os 1º e 3º vogais, nos termos do art. 942, do CPC.

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, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1413273-95.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA–MANDADODESEGURANÇA–ADMINISTRATIVO–RECONHECIMENTO, PELO ESTADO, DE DIREITO DO SERVIDOR APOSENTADO POR MEIO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE NOTA TÉCNICA – AGENTES TRIBUTÁRIOS ESTADUAIS E FISCAIS DE RENDA – DIFERENÇAS DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA ORIGINÁRIOS DE ENQUADRAMENTO PRECÁRIO DO EX-SERVIDOR – DÉBITO A SER PAGO PARCELADAMENTE – INADIMPLÊNCIA DO ESTADO – PAGAMENTO APENAS DE UMA DAS PARCELAS – ATO OMISSIVO CONTINUADO DO ENTE ESTATAL – MORTE DO SERVIDOR – REITERAÇÃO DO PEDIDO PELA VIÚVA PENSIONISTA – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO ARGUIDA PELO ESTADO – REJEIÇÃO – SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL (DECRETO FEDERAL Nº 20.910/32) – CONCESSÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

Tendo o Estado reconhecido o crédito do servidor aposentado, por meio de processo administrativo e nota técnica, a ser pago parceladamente, enquanto não pagas todas as prestações, o prazo prescricional permanece suspenso. A prescrição pune a negligência, a omissão, a inércia. Não é negligente nem inerte a parte que aguarda resposta da outra.

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 de inadequação da via eleita, nos termos do voto do Relator, e, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do 3º Vogal, após o 1º vogal ter retificado seu voto, vencido o relator.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria do Carmo Oliveira Carneiro contra ato do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul.

A impetrante afirma em suma que:

> (i) "é viúva do ex-servidor público estadual Adair Carneiro, falecido em 09/04/2013, e recebe, por isso, a pensão a que faz jus, na condição de beneficiária. Não só é fato incontroverso, como também é confesso, e está demonstrado por documentos que instruem esta Inicial, que o benefício pago pelo Estado à impetrante foi objeto de revisão, tanto que em 09/10/2006 fora autorizado o pagamento de diferença pelo então Secretário de Estado

de Gestão Pública (atual SAD)"; (ii) "O valor apurado pelo Estado, à época, equivalia a montante pouco superior a R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), os quais seriam pagos em três parcelas iguais e sucessivas. Como apenas a primeira parcela desse valor foi paga, em setembro de 2006, a beneficiária requereu o pagamento das duas parcelas restantes à AGEPREV" (f. 3); (iii) "Ante a negativa, interpôs recurso administrativo, o qual também foi indeferido. Durante a análise do pleito na via administrativa, o pedido foi submetido à apreciação da Procuradoria-Geral do Estado, a qual exarou MANIFESTAÇÃO, por meio da qual corroborou o entendimento do órgão previdenciário que negou o pedido da ora impetrante, afastou a existência de parcelas de trato sucessivo e afirmou que a beneficiária decaiu do direito, com fulcro no art. 92, *caput*, da Lei Estadual n. 3.150/20053" (f. 4); (iv) "Frise-se, Excelência, que, para efeito de prova, tudo o que foi até o momento alegado está presente nos autos do processo administrativo anexo. Pode-se constatar, portanto, que, de fato, o Estado assumiu ter reconhecido, há dez anos, o direito à revisão de proventos de aposentadoria do marido da impetrante; obrigou-se a pagar essa diferença em três parcelas mensais e sucessivas (setembro, outubro e novembro de 2016); pagou apenas a primeira; e, sem justo motivo e sem qualquer notificação, deixou de pagar as demais. Anos depois, instado a pagar o que deve, alegou decadência do direito da impetrante" (f. 4); (v) "O direito à revisão de proventos de aposentadoria já foi reconhecido pelo Estado. Foi fixado valor e estabelecida a forma para pagamento. Apenas incorreu em inadimplência o Estado, deixando de honrar obrigação por ele assumida" (f. 4); (vi) "Ora, se o Estado reconhece que deve, mas não paga, sob o pretexto de ter decaído ou estar prescrito o fundo do direito da impetrante implica reconhecer que esse valor que deixou de pagar, injustificadamente, permanecerá nos cofres públicos. Todavia, essa "nova receita" provém do não pagamento de uma despesa, ou seja, de um flagrante calote aplicado em uma contribuinte. Logo, está o Estado incorrendo em enriquecimento sem causa, o que é vedado no ordenamento jurídico pátrio" (f. 7); e (vii) "Assim, deve ser reputado como idôneo o valor apresentado ao Estado para pagamento em dezembro de 2015, no importe de R$ 196.201,68, o que, atualizado até a presente data, corresponde a R$ 222.884,57 (duzentos e vinte e dois mil, oitocentos e oitenta e quatro reais, cinquenta e sete centavos), conforme demonstrativo anexo" (f. 10).

Ao final, requer "a) **Os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita; b) A intimação da autoridade coatora indicada no preâmbulo desta inicial, na pessoa de um de seus procuradores judiciais, para que tome ciência dos termos da presente ação e, querendo, preste informações no prazo legal, sob as penas da lei;** c) Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para, querendo, ingressar no feito, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei n. 12.016/2009; d) Requer seja julgado totalmente procedente o pedido, a fim de que seja concedida a segurança e determinado o pagamento, à impetrante, dos débitos reconhecidos pela Administração Pública Estadual" (f. 10). (grifei)

À f. 61, determinei a intimação da impetrante para que comprovasse os requisitos para concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, o que foi cumprido em petição protocolada às fls. 63-75.

O *mandamus* foi recebido, tendo sido determinada a notificação das autoridades apontadas como coatoras para prestarem informações no prazo legal (fls. 77-78).

A Procuradoria-Geral de Justiça "deixa de emitir parecer, por não vislumbrar na hipótese a presença de interesse público relevante, que justifique a intervenção ministerial" (fls. 281-284).

VOTO (EM 08/05/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Maria do Carmo Oliveira Carneiro contra ato do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul.

Consta da inicial do presente *writ* que Maria do Carmo Oliveira Carneiro é viúva de Adair Carneiro, servidor público estadual, sendo certo que recebe os proventos decorrentes do falecimento do marido a título de pensão.

A tese sustentada no presente *mandamus* consiste na suposta violação ao direito líquido e certo da impetrante em receber o valor pertinente à revisão dos respectivos proventos em atraso, tendo em vista que fora reconhecido o direito à retificação de sua aposentadoria.

Preliminar de inadequação da via eleita.

O Estado de Mato Grosso do Sul agita, em suas informações, preliminar de inadequação da via eleita, baseando-se nos enunciados das Súmulas n. 269[1] e 271[2] do STF.

Sem razão, no entanto, o impetrado.

Como cediço, a impetração do mandado de segurança tem pertinência contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF.

Ressalto que no caso dos autos o ato impugnado é aquele que negou o pedido administrativo da impetrante relativamente ao recebimento de débitos reconhecidos pela Administração Pública Estadual, porquanto, nada obstante a pretensão tenha reflexo patrimonial, este ocorre apenas como consequência do reconhecimento da ilegalidade praticada pela autoridade coatora.

Dessa maneira, tendo em vista que, sendo certo que todos os elementos necessários ao exame da demanda encontram-se acostados nos autos, não se vislumbrando necessidade de instrução para confecção de provas e estando o alegado direito devidamente documentado, deve o *mandamus* ser conhecido, porém a preliminar ser rejeitada.

Nesse sentido:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. EXTENSÃO DE AUXÍLIO-SAÚDE PARA OUTRA CATEGORIA DE SERVIDORES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.
>
> A via eleita é perfeitamente adequada ao deslinde da controvérsia, porquanto o impetrante junta documentação que entende suficiente para provar o alegado direito. Mas, se realmente há ou não essa prova e se há ou não esse direito, é matéria de mérito no mandado de segurança.
>
> A Lei distrital n° 4.862/12 criou, em caráter transitório, o auxílio-saúde destinado aos servidores da carreira do Magistério Público do Distrito Federal, ativos, inativos e temporários. O art. 3º da Lei distrital n° 4.075/07 dispõe que a carreira do Magistério Público do Distrito Federal é composta apenas de professores e de especialistas em educação básica do Distrito Federal, não englobando os auxiliares de educação.
>
> Consoante o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados

1 Sumula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

2 Sumula 271. 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.

> ou alterados por lei específica". E prescreve a Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal que "não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento de isonomia".
>
> Segurança denegada.[3]

Destarte, descabido dizer que o mandado de segurança está sendo utilizado como sucedâneo de ação de cobrança, razão pela qual rejeito a preliminar de inadequação de via eleita.

Prescrição.

Nas informações prestadas, o Estado de Mato Grosso do Sul alega que "(…) os pedidos deduzidos pela impetrante na presente ação de mandado de segurança, como bem salientado nas Manifestações a cargo da Entidade Previdenciária, ocorreram a destempo, quando já decaído o direito, consoante disposições específicas do artigo 92, *caput*, da Lei (Estadual) n.º 3.150, de 22 de dezembro de 2005, Lei especial que consolida o Regime Próprio do MSPREV." (fls. 101).

Conclui, ainda, que "(…) sob todos os ângulos que se examine a situação fática, conclui-se o mesmo que a Assessoria Jurídica da AGEPREV, ou seja, que a relação obrigacional da Administração para com o ex-segurado Adair Carneiro e sua pensionista Maria do Carmo Oliveira Carneiro, ora impetrante, corporificadas nas diferenças vencidas em outubro e novembro se 2006, se exauriu após 5 (cinco) anos, em outubro e novembro de 2011 (conforme art. 92 da Lei estadual n.º 3.150/2005), ou seja, a impetrante decaiu do direito de reivindicá-las há mais de 5 (cinco) anos." (fls. 106).

Inicialmente, cabe destacar que a Administração, ao admitir a existência de diferenças de proventos de aposentadoria em favor do ex-segurado do MS-PREV, Adair Carneiro, falecido em 9.4.2013, conforme requerimento aviado por sua viúva e pensionista Maria do Carmo Oliveira Carneiro, reconheceu no âmbito administrativo o direito líquido e certo da autora, através de Nota Técnica, em receber o valor de R$ 121.941,72 (cento e vinte e um mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), a ser pago em três parcelas iguais de R$ 40.647,24 (quarenta mil, seiscentos e quarenta e sete reais e vinte e quatro centavos).

Todavia, conforme se observa do conteúdo que consta dos autos, muito embora tenha havido referido reconhecimento por parte do ente público, este só promoveu o pagamento da primeira parcela em setembro de 2006, ficando as outras duas para quitação em outubro e novembro de 2006, respectivamente.

Pois bem. Cinge-se a discussão presente em saber se houve ou não prescrição quinquenal do direito da impetrante em receber as diferenças salariais devidas em razão do novo enquadramento feito.

A Lei n. 3.150/2005, que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul - MSPREV, dispõe o seguinte em seu art. 92:

> Art. 92. Decai em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação do beneficiário para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pelo MSPREV, salvo os direitos dos menores, incapazes ou ausentes, na forma da Lei Civil.

Portanto, sendo certo que as ditas parcelas deveriam ter sido pagas pelo Estado de Mato Grosso do Sul em outubro e novembro do ano de 2006, a impetrante deixou de reclamar oportunamente o lhe é devido.

3 Acórdão n . 829624, 20140020139057MSG, Relator: Mario Machado Conselho Especial, Data de Julgamento: 28/10/2014, Publicado no DJE: 06/11/2014. Pág.: 18

Analisando os documentos acostados, verifica-se que somente em 11.5.2016 a impetrante interpôs recurso administrativo, tendo impetrado o presente mandado de segurança em 25.11.2016, ou seja, dez anos após o indeferimento de seu pedido e da não efetivação do pagamento das parcelas acordadas em Nota Técnica[4] emitida pela Administração Pública.

Outrossim, cumpre salientar que no presente caso não se está diante de parcelas de trato sucessivo, conforme alegado, eis que estas, como cediço, são as que se renovam mês a mês, diferentemente da presente situação, em que a Administração reconheceu a diferença pretérita e firmou compromisso de pagamento em três parcelas iguais, tendo pago efetivamente tão só a primeira delas.

Ora, resta assim evidente que não há obrigações de trato sucessivo, mas sim, direito situado e/ou materializado em determinada data, fato único, que não provoca a renovação, mês a mês, do direito pleiteado, razão pela qual de ser acolhida a prescrição.

Ante o exposto, diante da fundamentação supracitada, denego a segurança.

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

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 3º Vogal, Des. Claudionor, após, por unanimidade, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita e o relator e o 1º vogal acolherem a prejudicial de prescrição. O 4º Vogal aguarda. Ausente por férias o Des. Paulo Alberto de Oliveira.

VOTO (EM 05/06/2017)

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

Sr. presidente, pedindo vênia ao Desembargador Sérgio Fernandes Martins, estou retificando o meu voto proferido na sessão anterior, em que acompanhei o nobre relator para, nesta oportunidade, afastar a prejudicial de prescrição e conceder a segurança.

Com efeito, a impetrante, na condição de pensionista, requer seja reconhecido o seu direito líquido e certo ao pagamento dos valores que o Estado de Mato Grosso do Sul, embora administrativamente tenha reconhecido serem devidos ao servidor falecido Adair Carneiro, em 31/08/2006, em três parcelas de R$ 40.647,24, deixou de pagar na integralidade, pois quitou apenas a primeira parcela, vencida em setembro de 2006, mantendo-se inerte quanto ao pagamento do valor correspondente as parcelas vencidas em outubro e novembro de 2006.

Conquanto o ato de reconhecimento da dívida tenha ocorrido em 2006, e a autora tenha reclamado administrativamente de aludido valor somente em 07/12/2015, e na via judicial em 25/11/2016, mediante a presente impetração, tem-se que não correu o prazo prescricional de cinco anos para cobrança dos valores reconhecidamente devidos pela administração, porquanto a demora do ente público em pagar dívida reconhecida e líquida enseja a suspensão do prazo prescricional, nos termos do art. 4º do Decreto n. 20.910/1932.

4 Restando um saldo de diferença de R$ 121.941,72 (cento vinte e um mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), referente ao processo de revisão de proventos 13/001152/2006, do aposentado Adair Carneiro, prontuário nº9901, solicitamos a alteração do lote nº 042/2006/GRACA, onde consta 13 (treze) parcelas de R$ 10.489,62, mais uma de R$ 6.555,90, na verba 967, passe a constar: 03 (duas) parcelas de R$ 40.647,24 (quarenta mil, seiscentos quarenta e sete reais e vinte e quatro centavos). Campo Grande-MS, 31 de agosto de 2006. Francisco Marsiglia Junior Superintendente de Recursos Humanos e Previdência/SEGES.

Confira-se:

> "Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la."

Se a própria autoridade coatora reconhece que os valores reclamados são devidos, apenas arguindo a ocorrência da prescrição para não pagar o valor remanescente inadimplido e, de outro lado, se a demora no pagamento derivou de atos da administração, há que se reconhecer a suspensão da prescrição, sob pena de se beneficiar o Estado de Mato Grosso do Sul do retardo ou óbice no pagamento.

Nesse sentido, cito precedentes jurisprudenciais:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO. DÍVIDA. DEBATE SOBRE PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RENÚNCIA TÁCITA. PLURALIDADE DE ATOS PRATICADOS PELO CREDOR E PELO DEVEDOR EM PROL DA SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. APLICAÇÃO DO ART. 191 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTE. FATO DE ADMINISTRAÇÃO. INVIABILIDADE DE USO DA PRÓPRIA TORPEZA EM BENEFÍCIO PRÓPRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO PRESENTE.
>
> 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem no pleito mandamental de anulação do cancelamento de dívida em razão da prescrição. O Tribunal de origem considerou que teria havido prescrição da dívida, com base no fluxo quinquenal que teria tido o seu início em 4.12.1998, com a negativa administrativa do pagamento - por falta de recursos - de dívida reconhecida em 8.6.1998.
>
> 2. É evidente a renúncia tácita à prescrição, com base no art. 191 do Código Civil, em razão da ampla quantidade de atos praticados pela parte credora, ora recorrente, bem como pela Administração Pública estadual em prol do reconhecimento da dívida em questão e do seu pagamento.
>
> 3. O último ato administrativo de reconhecimento da dívida data de 30.9.2009, no qual se indicou a necessidade de pagamento, em conjunto com a necessidade de aferir eventual prescrição do direito.
>
> Antes deste ato, diversos outros foram praticados e renovando o prazo prescricional. Precedente: REsp 1.314.964/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.10.2012.
>
> 4. Está claro que a demora no pagamento derivou de fatos da administração e não da inércia do credor. O valimento da própria torpeza - retardo ou óbice fático ao pagamento - não pode ser usado como base jurídica para eximir-se do cumprimento de obrigação contratual ou legal. Precedente: REsp 1.247.168/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30.5.2011.5. Evidenciado o direito líquido e certo, uma vez que não há a alegada prescrição da dívida e, assim, deve ser anulado o ato coator, ou seja, o cancelamento administrativo da dívida. Recurso ordinário provido. (RMS 41.870/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 16/11/2015)
>
> Ementa: ADMINISTRATIVO. JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. RECURSO DO DF. DÍVIDA RECONHECIDA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INÉRCIA DO ENTE DISTRITAL EM EFETIVAR O PAGAMENTO. RECURSO CONHECIDO. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. IMPROVIDO. 1. Na espécie, a sentença julgou parcialmente procedente o pedido constante da inicial para condenar o DF a pagar

> à autora a quantia de R$ 5.495,13 (cinco mil quatrocentos e cinco reais e treze centavos), corrigida, monetariamente, a partir de 31/03/2016, e acrescida, de juros moratórios, desde a citação. 2. O Distrito Federal requer o reconhecimento da prescrição. Sem razão. 3. Restou comprovado nos autos que o Distrito Federal reconheceu administrativamente (pedido nº 85/2006 ? id nº 1120912) a existência de dívida com a autora, relativa à diferença salarial decorrente de progressão funcional atrasada, tendo sido calculado o montante devido (R$ 5.495,13), conforme se vê no documento de id nº 1120909 (pg. 2), atualizado monetariamente até a data de 31/03/2016. No entanto, o ente distrital mantém-se inerte quanto à efetuação do pagamento correspondente até a presente data. 4. Conforme art. 4º do Decreto nº 20.910 /1932, "não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la". 5. Assim, a demora da Administração Pública em realizar o pagamento de direito reconhecido em processo administrativo não enseja a prescrição, cujo prazo fica suspenso. Entendimento contrário beneficiaria o ente público pela própria inércia, o que não se pode admitir. 6. Nesse sentido: Acórdão n.966887, 07277526120158070016, Relator: Asiel Henrique de Sousa 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 20/09/2016, Publicado no DJE: 27/09/2016. 7. Recurso conhecido. Prejudicial de mérito rejeitada. Improvido. 8. Sem custas processuais. Condenado o recorrente ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação (Lei nº 9099/95, Art. 55). 9. A súmula de julgamento servirá de acórdão, nos termos do art. 46 da Lei n.º 9.099/95. (Processo n. 0715866-31.2016.8.070016Rel. Eduardo Henrique Rosas, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 09.02.2017).

Posto isso, com vênias ao nobre Relator, retifico o voto proferido na sessão anterior, para afastar a prescrição e conceder a segurança, para determinar o pagamento, à impetrante, dos débitos reconhecidos pela Administração Pública Estadual, devidamente corrigidos, nos termos do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/9.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º Vogal)

Tendo em vista a questão humanitária e a situação de hipossuficiência da impetrante (senhora idosa e viúva com 78 anos), pedi vista dos autos para examinar a matéria e, com a devida vênia do eminente Relator, cheguei a conclusão diversa, pelo não reconhecimento da prescrição e, consequentemente, pela concessão da segurança.

Dos fatos.

Recordando os fatos, em breve síntese, temos o seguinte:

Pelo que se infere dos autos, em meados da primeira década do ano 2000, os servidores da ativa e aposentados, Agentes Tributários Estaduais e Fiscais de Rendas, postulavam, perante o Estado, alguns judicialmente, outros extrajudicialmente, entre esses últimos o servidor aposentado Adair Carneiro, diferenças decorrentes de reenquadramento a título precário.

Em abril de 2006, o Sr. Adair Carneiro, segurado do MS-PREV, à época com 84 (oitenta e quatro) anos de idade, residente em Guia Lopes da Laguna, possivelmente em virtude da idade avançada e do estado de saúde, juntamente com sua esposa, outorgou procuração ao filho, Ricardo de Oliveira Carneiro, para postular seus direitos perante o Estado (pág. 185/186).

Em 31 de agosto de 2006, o Estado de Mato Grosso do Sul reconheceu, no âmbito administrativo, por meio de Nota Técnica (pág. 177), o direito líquido e certo do Sr. Adair Carneiro de receber o valor de R$ 121.941,72 (cento e vinte e um mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), a ser pago em 3 (três) parcelas iguais de R$ 40.647,24 (quarenta mil, seiscentos e quarenta e sete reais e

vinte e quatro centavos), valor esse decorrente de diferenças de proventos de aposentadoria e originário de enquadramento precário do ex-servidor (Processo Administrativo n. 13/001152/2006).

Assim dispunha a referida Nota Técnica da Administração, de pág. 177 destes autos, que foi reproduzida pelo nobre relator, em seu voto:

> Restando uma diferença de R$ 121.941,72 (cento e vinte e um mil, novecentos e quarenta e um reais e setenta e dois centavos), referente ao processo de revisão dos proventos n. 13/001152/2006, do aposentado ADAIR CARNEIRO, prontuário n. 9.901, solicitamos a alteração do lote n. 042/2006/GRACA, onde constam 13 (treze) parcelas de R$ 10.489,62, mais uma de R$ 6.555,90, na verba 967, passe a constar: 3 (três) parcelas de R$ 40.647,24 (quarenta mil, seiscentos e quarenta e sete reais e vinte e quatro centavos). Campo Grande-MS, 31 de agosto de 2006. Francisco Marsiglia Junior, Superintendente de Recursos Humanos e Previdência/SEGES.

Ocorre, porém, que apenas a primeira parcela, das constantes da Nota Técnica, foi paga.

Em 09 de outubro de 2006, o então Secretário de Estado de Gestão Pública emitiu a seguinte nota:

> Com o objetivo de regularizar a situação funcional e financeira dos servidores inativos e pensionistas do Grupo TAF, Agentes Tributários Estaduais e Fiscais de Rendas, classes finais e intermediárias, os quais foram reenquadrados a título precário, **com o objetivo de evitar novas demandas judiciais,** e considerando o fato de a douta Procuradoria Geral do Estado estar se abstendo de recorrer nos casos judiciais ainda pendentes, o que enseja o pagamento das diferenças retroativas em razão do trânsito em julgado destas decisões, e consoante o princípio da isonomia inserto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, **autorizo o pagamento dos retroativos aos servidores inativos e pensionistas reenquadrados precariamente, os quais deverão ser pagos na forma do Decreto n. 10.686/02 e cujo termo inicial será a data fixada no art. 9º da Lei n. 2.387/01**. (Grifei).

O Decreto Estadual n. 10.686/02, mencionado na aludida Nota Técnica, assim dispunha em seu arts. 2º e 11, I, respectivamente:

> Art. 2º O reconhecimento do direito do servidor deverá ocorrer em processo administrativo específico, instaurado no órgão ou entidade de lotação do servidor, e o pagamento deverá ser feito, exclusivamente, na folha de pagamento mecanizada.
>
> (...)
>
> Art. 11. As disposições deste Decreto aplicam-se:
>
> I – a valores devidos a aposentados e pensionistas relativamente a direitos ou vantagens que não foram pagos na atividade ou decorrentes de revisão de benefícios. (Grifei).

Em 9 de abril de 2013, o segurado veio a falecer, sem que tivesse recebido as parcelas vincendas, tendo a viúva e pensionista outorgado nova procuração ao filho, em 15 de abril de 2013, para continuar postulando seus direitos, perante o Estado (pág. 216).

Não obtendo êxito em receber, espontaneamente, as parcelas remanescentes, que deveriam ser depositadas em folha de pagamento, como visto, a pensionista, em 7 de dezembro de 2015, por intermédio de seu procurador, formalizou pedido administrativo, para receber o saldo remanescente.

A Administração abriu processo específico para tal fim (Proc. n. 55/551574/2015), mas o pedido foi indeferido em 9 de março de 2016 e arquivado em 18 de março de 2016, sob a alegação de estar prescrito o crédito da pensionista (págs. 213-224).

A pensionista entrou com pedido de reconsideração, o qual também foi indeferido em 2 de maio de 2016 (págs. 225-238).

Dessa decisão, a requerente interpôs recurso administrativo em 13 de maio de 2016 (pág. 239-248), o qual foi desprovido em 12 de julho de 2016, com a intimação da postulante em 10 de agosto de 2016 (págs. 249-275).

Em 25 de novembro de 2016, a pensionista impetrou o presente mandado de segurança, portanto, dentro do prazo decadencial previsto no art. 23 da Lei do Mandado de Segurança.

Do Direito.

Como se viu, muito embora tenha havido o reconhecimento por parte do ente público do crédito da impetrante, aquele promoveu o pagamento apenas da primeira parcela, de setembro de 2006, ficando as outras duas para quitação em outubro e novembro daquele mesmo ano, o que não ocorreu, encontrando-se o Estado inadimplente com a pensionista.

Com todo respeito aos eminentes pares, que votaram por denegar a segurança, tenho para mim que não ocorreu a prescrição.

Ora, não restam dúvidas de que o Estado reconheceu um débito, comprometendo-se a pagá-lo de forma parcelada, por meio de lançamento a crédito em folha de pagamento. Nesse caso, por óbvio que se suspende a prescrição, enquanto não saldado o restante do débito, o que independeria até mesmo de novo requerimento formal do credor quanto às parcelas subsequentes, uma vez que se trata de ato omissivo continuado do Estado.

Na espécie, o próprio Estado, unilateralmente, estabeleceu, mediante Processo Administrativo n. 13/001152/2006, os termos do pagamento da dívida, a ser feita de forma parcelada, não sendo crível aceitar que o prazo prescricional transcorra durante a inércia do mesmo proponente, sem qualquer justificativa ou intimação do credor a respeito da inadimplência.

Ou seja, tendo sido paga apenas uma parcela, o Processo Administrativo 13/001152/2006 não se resolveu, isto é, não se encerrou, permanecendo suspenso à espera do pagamento integral do débito, o que, como visto, não ocorreu.

Não é crível que o procurador e filho do casal, munido de procuração específica, tenha deixado de postular, ainda que extrajudicialmente, de forma verbal, os direitos dos pais perante o Estado, após o vencimento das 2ª e 3ª parcelas, ainda mais por se tratar de valores significativos.

Ademais, aplica-se o quanto disposto no art. 4º do Decreto Federal n. 20.910/32, que dispõe sobre a prescrição quinquenal das dívidas da União, do Estado e dos Municípios, com o seguinte teor:

> Art. 4º **Não corre a prescrição** durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento **ou no pagamento da dívida,** considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. (Grifei).

Adicione-se que o art. 185 do Estatuto dos Servidores Civis do Estado de Mato Grosso do Sul também prevê a suspensão da prescrição. Confira-se:

> Art. 185. O pedido de reconsideração e o recurso, quando cabíveis, suspendem o curso prescricional.
>
> Parágrafo único. Suspensa a prescrição, o prazo recomeçará a correr pelo restante, no dia em que cessar a suspensão.

Com todo respeito, admitir a prescrição neste caso é o mesmo que reconhecer ao Estado o direito de invocar a própria torpeza, que repousa sobre sua deliberada inércia, em detrimento de um servidor em idade avançada, o mesmo ocorrendo com sua esposa, também idosa, esta não habituada com os meandros da complexa burocracia estatal.

Reitero que, na época da edição da Nota Técnica, em 31 de agosto de 2006, que reconheceu o direito do servidor, este já contava com 84 (oitenta e quatro) anos, residente em distante cidade do interior do Estado (Guia Lopes da Laguna), inexistindo, nos autos, prova de que ele, pessoalmente, ou seu procurador, tenha sido intimado sobre a razão de não terem sido pagas as parcelas restantes.

Observe-se que a autora, ante a inércia do Estado, foi compelida a formalizar requerimento para que fosse cumprido o pacto avençado. O Estado, ao invés de pagar, limitou-se a alegar que o débito estava prescrito.

Ora, se a origem da indenização se refere a diferenças de proventos e/ou subsídios de servidores, derivadas de reenquadramento, que atinge as prestações recebidas mensalmente pelos agentes públicos, é fora de dúvida que, não tendo sido pagas, tais parcelas se renovam periodicamente, ante o ato omissivo continuado do Estado.

A título de argumento adicional, que pode ser adotado como analogia ao caso presente, nos débitos fiscais dos contribuintes, o art. 151, VI, do Código Tributário Nacional, dispõe o seguinte:

> Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
>
> I - moratória;
>
> II - o depósito do seu montante integral;
>
> III - **as reclamações e os recursos**, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
>
> IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
>
> V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial
>
> **VI – o parcelamento.** (Grifei).

Ora, se os processos em favor do Estado se suspendem enquanto não paga a dívida parcelada e não concluídos os recursos e os processos administrativos, em nome do princípio de isonomia, garantido no art. 5º da Carta Magna, o mesmo deve ser reconhecido em favor do contribuinte, a parte mais fraca, quando for ele o credor.

Averbe-se, ainda, na mesma linha de raciocínio, que o § 2º do art. 46 da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece a suspensão da prescrição durante a vigência do compromisso de cessação de ato ilícito ou de acordo.

Anote-se, também, que o Código de Defesa do Consumidor obsta o prazo decadencial na pendência da reclamação, até a resposta negativa correspondente (inciso I do § 2º do art. 26).

Note-se que a prescrição estava suspensa desde 2006, quando foi reconhecida a pretensão, mas não pago o direito integral do autor, que permaneceu à espera do depósito das parcelas seguintes em folha de pagamento, o que não ocorreu. Diante disso, outorgou procuração para seu filho que passou a cobrar do Estado, informalmente, o débito, sem êxito.

No ano de 2015, após a morte do servidor, a viúva, ora impetrante, cansada de esperar, interpelou o Estado sobre o débito (págs. 214-215).

Portanto, não ocorreu a prescrição quinquenal, visto que o prazo estava suspenso, sem que tivesse esvaído o quinquênio legal.

Em abono dessa tese, colho, aleatoriamente, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. APOSENTADORIA. PROVENTOS. REVISÃO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 85/STJ.
>
> A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, nas ações em que se pretende a revisão dos valores da aposentadoria, a relação é de trato sucessivo, não havendo que se falar em prescrição do fundo de direito. (AgRg no Agravo em Recurso Especial n. l772.246/MG, j. em 15.12.2015, pub. DJe 18.12.2015).
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUE SUSPEN-DEU O CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. (...) AGRAVO DO ESTADO DO PARÁ DESPROVIDO.
>
> Esta Corte firmou o entendimento de que a formulação de requerimento administrativo suspende a contagem prescricional, cujo curso retomará com a decisão final da Administração sobre o pleito. (AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 159.528/PA (2012/0059510-1).
>
> AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO - DPVAT - INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO A RECONHECER ANTE A SUSPENSÃO DO PRAZO. 1. Suspende-se o prazo prescricional com o requerimento administrativo. **Tal suspensão permanece até que se comprove a comunicação da recusa de pagamento ao segurado ou beneficiário.** A prescrição pune a negligência, a omissão, a inércia. **Não é negligente nem inerte a parte que aguarda resposta da outra.** (TJSP: Apelação sem Revisão n. SR 1181317009. 29ª Câmara de Direito Privado. Pub. em 12.8.2008). Grifei.

Enfim, a situação dos autos é *sui generis*, pois denota a inadimplência explícita do Estado, não havendo outra solução senão considerar suspensa a prescrição das parcelas vincendas, enquanto não forem quitadas tais verbas.

Ante o exposto, em dissonância com o voto da relatoria, concedo a segurança, nos termos do pedido inicial.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 3º Vogal.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 3º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita, nos termos do voto do Relator, e, por maioria, concederam a segurança, nos termos do voto do 3º Vogal, após o 1º Vogal ter retificado seu voto, vencido o Relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000756-72.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXCEPCIONAL URGÊNCIA – EDIÇÃO DA LEI Nº 4.084/2017 DO MUNICÍPIO DE DOURADOS QUE PROÍBE O USO DE CARROS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS PARA O TRANSPORTE REMUNERADO INDIVIDUAL PRIVADO DE PESSOAS, NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE DOURADOS (UBER) – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL (INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PREVISTA NO ART. 22, INCISOS IX E XI, CF/88 C/C ART. 17, INCISOS I, II E V, CE) – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL (PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA; CRIAÇÃO DE RESERVA DE MERCADO EM PROL DOS TAXISTAS; ESTABELECIMENTO DE MONOPÓLIO DE TRANSPORTES) – APRECIAÇÃO DA LIMINAR SEM AUDIÊNCIA PRÉVIA DOS ÓRGÃOS E AUTORIDADES DOS QUAIS EMANOU A LEI – PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS – DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.

Defere-se, em sede de medida cautelar, até o julgamento definitivo da ação principal, pedido de suspensão de eficácia de lei municipal, quando os dispositivos impugnados aparentam estar em desconformidade com a Constituição Estadual, em simetria com a Constituição Federal, no aspecto formal e no aspecto material, como no caso específico em que o legislador proibiu, no âmbito de município, o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para transporte remunerado individual privado de pessoas, com efetivo prejuízo de difícil reparação aos consumidores.

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 conceder a medida cautelar, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 31 de maio de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 123, III, da Constituição Estadual, c.c. art. 26, I, da Lei Complementar n. 72, de 18 de janeiro de 1994, promove ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, *inaudita altera parte,* em face do Município de Dourados, tendo por objeto declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 4.084, de 10.2.2017, que possui a seguinte redação:

LEI Nº 4.084, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2017

Dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, no âmbito do Município de Dourados, e dá outras providências.

Art. 1º. Fica proibido no âmbito da cidade de Dourados o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.

§ 1º. Esta Lei está de acordo como que rege a Lei Federal nº 12.468/2011, em que regulamenta a profissão de taxistas em todo território nacional.

§ 2º. A realização do transporte individual e remunerado de passageiros por veículos não autorizados para o serviço de táxi no Município de Dourados, que utilizem de quaisquer aplicativos, caraterizará o exercício de serviços de transporte clandestino, ficando o infrator sujeito a multas previstas nesta lei.

Art. 2º. Na hipótese de desrespeito a essa lei fica o condutor e as empresas solidárias sujeitas a imposição de multa no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.

§ 1º. Em caso de reincidência a multa prevista no *caput* deste artigo será aplicada em dobro.

§ 2º. Considerar-se-á reincidência a ocorrência da mesma infração no período de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias contados do cometimento da primeira infração contadas após a expiração do período anterior.

Art. 3º. Demais regulamentações complementares, para o fiel cumprimento desta lei, serão editadas por Decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua publicação.

Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sustenta, em suma, que a referida Lei apresenta vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Vício de inconstitucionalidade formal

Violação à regra de competência legislativa privativa da União e ofensa à regra da competência legislativa dos municípios.

Ofensa ao art. 17, inciso V, da Constituição Estadual.

Neste tópico, o autor alega que o município não pode legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência outorgada pela Constituição Federal, isso porque o art. 30, inciso V, da Carta Magna, em matéria de transporte, conferiu aos municípios exclusivamente a competência para regular serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, mas não para regular transportes individuais privados, faculdade esta reservada unicamente à União.

Assinala que o legislador municipal, ao proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, ultrapassou os limites de sua competência para regular transporte público, na medida em que estendeu sua competência para além do transporte público individual e coletivo, abrangendo outra modalidade de transporte, qual seja, o transporte individual privado, cuja competência, repita-se, é privativa da União.

Enfatiza que a proibição estabelecida pela Lei Municipal n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, invadiu a esfera de competência legislativa da União, prevista no art. 22, incisos IX e XI, no art. 30, inciso V, e 182, todos da Constituição Federal, bem como atropelou a regra de competência conferida pelo art. 17, inciso V, da Constituição Estadual, que reproduz regra inserta no art. 30, inciso V, da Constituição Federal, legislando sobre transporte individual privado, matéria sobre a qual não estava constitucionalmente autorizado a legislar, tolhendo a eficácia de normas provenientes da União, aplicáveis em todo o território nacional.

Ofensa ao art. 17, incisos I e II, da Constituição Estadual.

Neste aspecto, informa que, de acordo com o critério constitucional de repartição de competências, a Constituição Federal, no inciso I do art. 30, autorizou o Município a "legislar sobre assuntos de interesse local", e, no inciso II, apenas a "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".

Acrescenta que, não obstante os incisos I e II do art. 17 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que espelham os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, autorizarem os municípios a "legislar sobre assuntos de interesse local", bem como a "suplementar a legislação federal e estadual no que couber", o fato é que as normas municipais que versem sobre matéria de transporte jamais podem modificar, restringir ou prejudicar de qualquer modo uma regra estabelecida nos ordenamentos jurídicos nacional ou estadual, sob pena de converter a competência suplementar do Município em competência concorrente.

Alega que a Lei Municipal n. 4.084/2017, ao proibir, no âmbito do Município de Dourados, o transporte remunerado de pessoas, em veículos particulares cadastrados em aplicativos para locais pré-estabelecidos, contrariou legislação federal e extrapolou os limites do peculiar interesse local, porquanto estabeleceu norma geral sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoco confronto à competência da União.

Obtempera que a vedação trazida pela Lei n. 4.084/2017 ultrapassa o interesse predominantemente local, pois o assunto se insere no conceito amplo de direitos coletivos, atingindo usuários de forma irrestrita e não somente aqueles residentes no Município de Dourados, mas também eventuais visitantes.

Ressalva que, mesmo que se entendesse possível a atuação supletiva do legislador municipal, ainda assim a Lei n. 4.084/2017 não seria constitucional, porque, em lugar de suplementá-la, acabou indo muito além, obstando, no Município de Dourados, a aplicação da Lei Federal n. 12.587, de 3.1.2012, que instituiu diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, em que o transporte urbano é definido como sendo o "conjunto de modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades" (pág. 9).

Vício de inconstitucionalidade material

Assevera que a Lei n. 4.084/2017 também padece do vício da inconstitucionalidade material, que se expressa pela incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição, ou mesmo pelo confronto a uma regra constitucional ou a um princípio.

Aduz que a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul estabeleceu, em seu art. 1º, os fundamentos do Estado de Mato Grosso do Sul, instituindo, em seu inciso II, "o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal", obrigando-se a observar os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Em abono dessa assertiva, menciona, especificamente, os artigos 1º, IV, e 170, IV e V, ambos da Constituição Federal, replicados nos arts. 1º, II e IV, e art. 167, ambos a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acrescenta que a observância aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como aos direitos do consumidor, é obrigatória, dela não podendo o legislador municipal de modo algum se afastar.

Reporta-se a vários diplomas legais que espelham os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, do sistema de defesa da concorrência, das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (arts. 730 e 731 do CC; arts. 2º, V, e 3º, VIII, da Lei Federal n. 12.965/2014 [Marco Civil da Internet]; art. 36, § 3º, III, da Lei Federal n. 12.529/2011).

Adiciona que a Lei Municipal n. 4.084/2017, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, inibe a atuação de desenvolvedores de soluções tecnológicas que facilitam o contato entre os profissionais que exercem esse transporte e pessoas interessadas em contratá-las, estabelecendo uma verdadeira limitação de negócio.

Afirma que a lei impugnada impede a atividade de motoristas profissionais que atuam ou pretendem atuar no mercado de transporte individual privado de passageiros (legalmente autorizado) com auxílio de aplicativos de aproximação entre usuário e prestador do serviço e afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Argumenta que a Lei Federal n. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, fixou a modalidade de transporte individual privado de passageiros, distinguindo-a do transporte público individual de passageiros.

Diz que a Lei Federal n. 12.468/2011, a seu turno, considerou privativo dos taxistas apenas o serviço de transporte público individual remunerado de passageiros.

Assegura que a Lei Municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um verdadeiro monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, o que viola a Súmula Vinculante n. 49 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

Sustenta a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar, porquanto há o potencial dano decorrente da demora no trâmite da ação, visto que, não sendo suspensa a vigência da lei em comento, a sociedade, titular do bem jurídico protegido, poderá sofrer com a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito e estaria obrigada a suportar os efeitos da demora da decisão judicial.

Requerimentos

Sustentando a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, requer, nos moldes do art. 517, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, seja concedido, *initio litis* e *inaudita altera parte*, a medida cautelar pleiteada, para suspender liminarmente a eficácia da Lei n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados,

Requer, ao fim, o julgamento da procedência do pedido para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, adotando-se todas as providências para que cessem, *ex tunc*, todos os seus efeitos.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando aos autos os documentos de págs. 32 a 36.

É o relatório, no essencial.

Coloque-se em mesa para a próxima sessão, independentemente de pauta, na forma do § 1º do art. 517 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Resolução n. 590, de 13.4.2016), c/c o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, encaminhando-se cópia deste relatório para os demais Desembargadores.

Após a apreciação desta cautelar pelo Colegiado, notifique-se o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Dourados, para que se manifestem no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 519, *caput*, do Regimento Interno da Corte, c/c o art. 6º, *caput*, e parágrafo único da Lei n. 9.868/99.

Na sequência, com ou sem manifestação, encaminhem-se os autos ao Ministério Público, para a oitiva do Procurador-Geral da Justiça, no prazo de 15 (quinze) dias (arts. 521 e 522 do RITJMS).

VOTO

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

Descrição dos Fatos

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 123, III, da Constituição Estadual, c.c. art. 26, I, da Lei Complementar n. 72, de 18 de janeiro de 1994, promove ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, *inaudita altera parte,* em face do Município de Dourados, tendo por objeto declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 4.084, de 10.2.2017, que "dispõe sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, no âmbito do Município de Dourados, e dá outras providências".

Sustenta, em suma, que a referida Lei apresenta vícios de inconstitucionalidade formal e material.

Vício de inconstitucionalidade formal

Violação à regra de competência legislativa privativa da União e ofensa à regra da competência legislativa dos municípios.

Ofensa ao art. 17, inc. V, da Constituição Estadual.

Neste tópico, o autor alega que o Município não pode legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência outorgada pela Constituição Federal, isso porque o art. 30, inciso V, da Carta Magna, em matéria de transporte, conferiu aos municípios exclusivamente a competência para regular serviços públicos de interesse local, incluindo o transporte coletivo, mas não para regular transportes individuais privados, faculdade esta reservada unicamente à União.

Assinala que o legislador municipal, ao proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, ultrapassou os limites de sua competência para regular transporte público, na medida em que estendeu sua competência para além do transporte público individual e coletivo, abrangendo outra modalidade de transporte, qual seja, o transporte individual privado, cuja competência, repita-se, é privativa da União.

Enfatiza que a proibição estabelecida pela Lei Municipal n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, invadiu a esfera de competência legislativa da União, prevista no art. 22, incisos IX e XI, no art. 30, inciso V, e 182, todos da Constituição Federal, bem como atropelou a regra de competência conferida pelo art. 17, inciso V, da Constituição Estadual, que reproduz regra inserta no art. 30, inciso V, da Constituição Federal, legislando sobre transporte individual privado, matéria sobre a qual não estava constitucionalmente autorizado a legislar, tolhendo a eficácia de normas provenientes da União, aplicáveis em todo o território nacional.

Ofensa ao art. 17, inc. I e II, da Constituição Estadual.

Neste aspecto, informa que, de acordo com o critério constitucional de repartição de competências, a Constituição Federal, no inciso I do art. 30, autorizou o Município a "legislar sobre assuntos de interesse local", e, no inciso II, apenas a "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".

Acrescenta que, não obstante os incisos I e II do art. 17 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que espelham os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, autorizarem os municípios a "legislar sobre assuntos de interesse local", bem como a "suplementar a legislação federal e estadual no que couber", o fato é que as normas municipais que versem sobre matéria de transporte jamais podem modificar, restringir ou prejudicar de qualquer modo uma regra estabelecida nos ordenamentos jurídicos nacional ou estadual, sob pena de converter a competência suplementar do Município em competência concorrente.

Alega que a Lei Municipal n. 4.084/2017, ao proibir, no âmbito do Município de Dourados, o transporte remunerado de pessoas, em veículos particulares cadastrados em aplicativos para locais pré-estabelecidos, contrariou legislação federal e extrapolou os limites do peculiar interesse local, porquanto estabeleceu norma geral sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoco confronto à competência da União.

Obtempera que a vedação trazida pela Lei n. 4.084/2017 ultrapassa o interesse predominantemente local, pois o assunto se insere no conceito amplo de direitos coletivos, atingindo usuários de forma irrestrita e não somente aqueles residentes no Município de Dourados, mas também eventuais visitantes.

Ressalva que, mesmo que se entendesse possível a atuação supletiva do legislador municipal, ainda assim a Lei n. 4.084/2017 não seria constitucional, porque, em lugar de suplementá-la, acabou indo muito além, obstando, no Município de Dourados, a aplicação da Lei Federal n. 12.587, de 3.1.2012, que instituiu diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, em que o transporte urbano é definido como sendo o "conjunto de modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades" (pág. 9).

Vício de inconstitucionalidade material

Assevera que a Lei n. 4.084/2017 também padece do vício da inconstitucionalidade material, que se expressa pela incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição, ou mesmo pelo confronto a uma regra constitucional ou a um princípio.

Aduz que a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul estabeleceu, em seu art. 1º, os fundamentos do Estado de Mato Grosso do Sul, instituindo, em seu inciso II, "o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal", obrigando-se a observar os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Em abono dessa assertiva, menciona, especificamente, os artigos 1º, IV, e 170, IV e V, ambos da Constituição Federal, replicados nos arts. 1º, II e IV, e art. 167, ambos a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Acrescenta que a observância aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como aos direitos do consumidor, é obrigatória, dela não podendo o legislador municipal de modo algum se afastar.

Reporta-se a vários diplomas legais que espelham os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, do sistema de defesa da concorrência, das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (arts. 730 e 731 do CC; arts. 2º, V, e 3º, VIII, da Lei Federal n. 12.965/2014 [Marco Civil da Internet]; art. 36, § 3º, III, da Lei Federal n. 12.529/2011).

Adiciona que a Lei Municipal n. 4.084/2017, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, inibe a atuação de desenvolvedores de soluções tecnológicas que facilitam o contato entre os profissionais que exercem esse transporte e pessoas interessadas em contratá-las, estabelecendo uma verdadeira limitação de negócio.

Afirma que a lei impugnada impede a atividade de motoristas profissionais que atuam ou pretendem atuar no mercado de transporte individual privado de passageiros (legalmente autorizado) com auxílio de aplicativos de aproximação entre usuário e prestador do serviço e afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Argumenta que a Lei Federal n. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, fixou a modalidade de transporte individual privado de passageiros, distinguindo-a do transporte público individual de passageiros.

Diz que a Lei Federal n. 12.468/2011, a seu turno, considerou privativo dos taxistas apenas o serviço de transporte público individual remunerado de passageiros.

Assegura que a Lei Municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um verdadeiro monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, o que viola a Súmula Vinculante n. 49 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

Sustenta a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar, porquanto há o potencial dano decorrente da demora no trâmite da ação, visto que, não sendo suspensa a vigência da lei em comento, a sociedade, titular do bem jurídico protegido, poderá sofrer com a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito e estaria obrigada a suportar os efeitos da demora da decisão judicial.

Reproduz tais princípios, encontradiços no art. 1º, incisos II e IV, e no art. 167, incisos III, V e VIII, ambos da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Reporta-se a vários diplomas legais que espelham os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência, da defesa do consumidor, do sistema de defesa da concorrência, das diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (arts. 730 e 731 do CC; arts. 2º, V, e 3º, VIII, da Lei Federal n. 12.965/2014 [Marco Civil da Internet]; art. 36, § 3º, III, da Lei Federal n. 12.529/2011).

Adiciona que a Lei Municipal n. 4.084/2017, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, inibe a atuação de desenvolvedores de soluções tecnológicas que facilitam o contato entre os profissionais que exercem esse transporte e pessoas interessadas em contratá-las, estabelecendo uma verdadeira limitação de negócio.

Afirma que a lei impugnada impede a atividade de motoristas profissionais que atuam ou pretendem atuar no mercado de transporte individual privado de passageiros (legalmente autorizado) com auxílio de aplicativos de aproximação entre usuário e prestador do serviço e afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos arts. 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Argumenta que a Lei Federal n. 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, fixou a modalidade de transporte individual privado de passageiros, distinguindo-a do transporte público individual de passageiros.

Diz que a Lei Federal n. 12.468/2011, a seu turno, considerou privativo dos taxistas apenas o serviço de transporte público individual remunerado de passageiros.

Assegura que a Lei Municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um verdadeiro monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, o que viola a Súmula Vinculante n. 49 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

Sustenta a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar, porquanto há o potencial dano decorrente da demora no trâmite da ação, visto que, não sendo suspensa a vigência da lei em comento, a sociedade, titular do bem jurídico protegido, poderá sofrer com a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito e estaria obrigada a suportar os efeitos da demora da decisão judicial.

Requerimento

Sustentando a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, requer, nos moldes do art. 517, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, seja concedido, *initio litis* e *inaudita altera parte*, a medida cautelar pleiteada, para suspender liminarmente a eficácia da Lei n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados,

Requer, ao fim, o julgamento da procedência do pedido para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados, retirando-a em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, adotando-se todas as providências para que cessem, *ex tunc*, todos os seus efeitos.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando aos autos os documentos de págs. 32 a 36.

VOTO

Em virtude da urgência, o feito foi colocado em mesa, para esta sessão, independentemente de pauta, na forma do § 1º do art. 517 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (Resolução n. 590, de 13.4.2016), c/c o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, encaminhando-se cópia deste relatório para os demais Desembargadores.

Com efeito, assim dispõe o artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.868, de 10.11.99, na seção II, que trata da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade:

> Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.
>
> (...)
>
> § 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Já o art. 517, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Resolução n. 590, de 13.4.2016), publicado no caderno n. 1 do Diário da Justiça n. 3.606, de 1º de julho de 2016, estatui:

> Art. 517. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias.
>
> § 1º Em caso de urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, cujo julgamento será feito independentemente de pauta.

Mérito

Feita essa digressão, vê-se que a matéria a ser dirimida por este Colegiado consiste em saber se estão ou não presentes os requisitos para a concessão da medida acautelatória na presente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

É cediço que "a suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive preceitos de Constituições Estaduais, é medida de caráter excepcional, em virtude da presunção de validade dos atos estatais, que exige a satisfação dos seguintes requisitos: a) plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni iuris*); b) possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*); c) irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; d) necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão (STF, RTJ 130/5; RDA 178/75)".[1]

Pois bem, após detida análise dos autos, verifico que estão presentes todos os requisitos para a concessão do pedido cautelar.

Observo que a Lei n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, do Município de Dourados-MS, tida como ofensiva à Constituição Estadual, contém a seguinte redação:

> LEI Nº 4.084, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2017
>
> Art. 1º. Fica proibido no âmbito da cidade de Dourados o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados através de aplicativos para locais pré-estabelecidos.
>
> § 1º. Esta Lei está de acordo como que rege a Lei Federal nº 12.468/2011, em que regulamenta a profissão de taxistas em todo território nacional.
>
> § 2º. A realização do transporte individual e remunerado de passageiros por veículos não autorizados para o serviço de táxi no Município de Dourados, que utilizem

1 BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil** ANOTADA. 5. ed. São Paulo: Saraiva. Comentários ao art. 102, p. 647.

> de quaisquer aplicativos, caraterizará o exercício de serviços de transporte clandestino, ficando o infrator sujeito a multas previstas nesta lei.
>
> Art. 2º. Na hipótese de desrespeito a essa lei fica o condutor e as empresas solidárias sujeitas a imposição de multa no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), apreensão de veículo e demais sanções cabíveis.
>
> § 1º. Em caso de reincidência a multa prevista no *caput* deste artigo será aplicada em dobro.
>
> § 2º. Considerar-se-á reincidência a ocorrência da mesma infração no período de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias contados do cometimento da primeira infração contadas após a expiração do período anterior.
>
> Art. 3º. Demais regulamentações complementares, para o fiel cumprimento desta lei, serão editadas por Decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua publicação.
>
> Art. 4º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Compulsando os autos, em sede de cognição não exauriente, como é típico deste tipo de medida, é possível vislumbrar, na exposição dos fatos narrados na inicial, em conjunto com a documentação apresentada, a presença dos requisitos da fumaça do direito e do perigo da demora, em vista da promulgação, pela Câmara Municipal de Dourados, da Lei Municipal de Dourados n. 4.084, de 10 de fevereiro de 2017, que proibiu o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, no âmbito do Município de Dourados.

Esse tipo de transporte é popularmente conhecido, em todo mundo, pela expressão UBER, criado por uma multinacional norte-americana prestadora de serviços eletrônicos na área do transporte privado urbano e baseada em tecnologia disruptiva em rede, através de um aplicativo, que oferece um serviço análogo ao táxi tradicional, também conhecido como "carona remunerada".

Vício de inconstitucionalidade formal.

Com efeito, assim dispõe o artigo 30, incisos I, II e V, da Constituição Federal:

> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
>
> (...)
>
> V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Já o artigo 22, incisos IX e XI, da mesma Constituição Federal, estabelece, de forma taxativa:

> "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> (...)
>
> IX - diretrizes da política nacional de transportes;

(...)

XI - trânsito e transporte;"

A seu turno, em simetria com a Carta Magna, o art. 17, inciso V, da Constituição Estadual estatui:

Art. 17. Compete aos municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

(...)

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

A par disso, como bem assinalado na inicial, a União, utilizando-se de sua competência legislativa privativa, editou norma de caráter geral regulamentando a matéria na Lei Federal n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU), cujos dispositivos iniciais dispõem:

Art. 1º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é instrumento da política de desenvolvimento urbano de que tratam o **inciso XX do art. 21 e o art. 182 da Constituição Federal,**[2] objetivando a integração entre os diferentes modos de transporte e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas e cargas no território do Município.

Parágrafo único. A Política Nacional a que se refere o *caput* deve atender ao previsto no inciso VII do art. 2º e no § 2º do art. 40 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade).

Art. 2º A Política Nacional de Mobilidade Urbana tem por objetivo contribuir para o acesso universal à cidade, o fomento e a concretização das condições que contribuam para a efetivação dos princípios, objetivos e diretrizes da política de desenvolvimento urbano, por meio do planejamento e da gestão democrática do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana.

Art. 3º O Sistema Nacional de Mobilidade Urbana é o conjunto organizado e coordenado dos modos de transporte, de serviços e de infraestruturas que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

§ 1º São modos de transporte urbano:

I - motorizados; e

II - não motorizados.

§ 2º Os serviços de transporte urbano são classificados:

2 Art. 21. Compete à União:
(...)
XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
(...)
Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

I - quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.

§ 3º São infraestruturas de mobilidade urbana:

I - vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias;

II - estacionamentos;

III - terminais, estações e demais conexões;

IV - pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas;

V - sinalização viária e de trânsito;

VI - equipamentos e instalações; e

VII - instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações.

Seção I

Das Definições

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - **transporte urbano:** conjunto dos modos e serviços de transporte público e **privado** utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

(...)

VIII - **transporte público individual**: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público**, por intermédio de veículos de aluguel,** para a realização de viagens individualizadas;

(...)

X - transporte motorizado privado: **meio motorizado de transporte de passageiros** utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de **veículos particulares**; (Grifos meus).

A própria definição dos termos contidos na Lei Federal n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012, qualifica a modalidade dos transportes (transporte público individual e transporte privado individual), que garante os deslocamentos de pessoas e cargas no território do Município.

Ressalto que o art. 4º, VIII, da Lei Federal n. 12.587/2012, retromencionada, define o transporte público individual como sendo o "serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas", e, no art. 4º, inciso X, o transporte motorizado privado individual como sendo "o utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares".

Saliento, também, que os artigos 12 e 12-A da Lei Federal n. 12.587/2012 estabelecem a competência específica dos Municípios para promover a organização, regulação e fiscalização dos "serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros" e aos "serviços de táxi", a saber:

> Art. 12. Os serviços de utilidade pública de **transporte individual de passageiros** deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de **fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.** (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013).
>
> Art. 12-A. **O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local**. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013). Destaquei.

A propósito, a Lei Federal n. 12.468/2011 regulamentou a profissão de taxista, enquadrando como "privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros".

Já a Lei Federal n. 12.587/2012, que abrange o transporte privado individual de passageiros, como um dos modos de transporte aptos a garantir o deslocamento das pessoas no Município, diferencia-se do serviço privativo dos taxistas, que é o transporte público individual de passageiros, que depende dos requisitos estabelecidos pelo poder público local e das exigências estabelecidas na Lei que disciplina a profissão.

A seu turno, os arts. 730 e 731 do Código Civil distinguem o transporte privado do público. O primeiro ocorre quando "alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas", e o segundo, quando o "transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão".

No transporte individual privado, prestado por motorista vinculado a aplicativos (UBER), o serviço rege-se pela autonomia da vontade e o motorista pode ou não aceitar a corrida, enquanto no transporte individual público, como é o caso dos táxis, o serviço é aberto à população, de atendimento obrigatório.

De conseguinte, se a legislação federal, fixando as diretrizes nacionais, assentou a existência de duas modalidades de transporte individual de pessoas, não poderia a legislação municipal infringir as regras gerais previstas para todo o território nacional, proibindo em seu território uma das modalidades de transporte individual, autorizada por lei federal e regida pela autonomia da vontade.

Como se viu pela transcrição dos textos legais, o Município pode legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, além de, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

Todavia, o Município não possui autorização para legislar sobre serviços de transporte privado individual por ausência de competência constitucional, restando claro que a Lei Municipal n. 4.084/2017, ao proibir o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos para o transporte remunerado individual de pessoas, invadiu a esfera de competência da União, conforme estatuído no art. 22, IX, da CF, com ofensa flagrante à regra da competência estabelecida pelo art. 17, inciso V, da Constituição Estadual, que reproduziu a regra inserta no art. 30, inciso V, da CF.

Não bastasse isso, a norma impugnada infringiu os incisos I e II do art. 17 da Constituição Estadual, os quais espelham os incisos I e II do art. 30 da Constituição Federal, considerando que as normas municipais que versem sobre transporte não podem, jamais, modificar, restringir ou prejudicar uma regra estabelecida nos ordenamentos jurídicos nacional ou estadual. Deste modo, o município converteu a competência suplementar em competência concorrente, criando norma geral sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoco confronto à competência da União.

Assim procedendo, o município ultrapassou o interesse predominantemente local, pois o tema se insere no conceito amplo dos direitos coletivos, atingindo usuários de forma irrestrita e não somente aqueles residentes no Município de Dourados, mas também outras pessoas que eventualmente visitem ou estejam de passagem pela região.

Vício de inconstitucionalidade material.

Quanto ao vício de inconstitucionalidade material, ele transparece com maior visibilidade ainda, uma vez que a promulgação da Lei impugnada, aparentemente, afrontou os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e dos direitos do consumidor, insculpidos no art. 1º, incisos II e IV, e no art. 167, incisos III, V e VIII, ambos da Constituição Estadual, espelhados na Constituição Federal, em seus arts. 1º, inciso IV, e 170, incisos IV, V e VIII, respectivamente, que ora se reproduz:

> Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> II - o respeito aos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal;
>
> (...)
>
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> (...)
>
> Art. 167. O Estado estabelecerá e executará plano estadual de desenvolvimento integrado, que terá como objetivos:
>
> (...)
>
> III - o incremento das atividades produtivas do Estado;
>
> (...)
>
> V - a expansão do mercado de trabalho;
>
> (...)
>
> VIII - a proteção ao consumidor;"
>
> (**********)

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;**
>
> (...)
>
> 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;**
>
> **V - defesa do consumidor;**
>
> **(...)**
>
> **VIII – busca do pleno emprego;** (Destaques meus).

De fato, a Lei Federal n. 12.529/2011, que estrutura o sistema de defesa da concorrência, estabelece, em seu art. 36, § 3º, inciso III, como infração econômica "limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado".

Não há dúvidas de que, ao proibir o transporte remunerado de pessoas em veículos particulares cadastrados em aplicativos, a Lei Municipal impugnada inibiu ou limitou a atuação de pessoas e empresas no mercado, o que afronta o direito fundamental ao livre exercício de qualquer trabalho ou profissão, assegurado nos artigos 1º, inciso IV, e 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;**
>
> (...)
>
> 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:
>
> (...)
>
> **XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;** (Realcei).

Ademais, a Lei Municipal objurgada criou reserva de mercado em prol dos taxistas, que configura um autêntico monopólio sobre qualquer tipo de transporte individual e remunerado de passageiros, impedindo o ingresso no mercado de outros interessados em prestar serviço semelhante autorizado nos termos da legislação federal, circunstâncias que violam a Súmula Vinculante n. 49 do Supremo Tribunal

Federal, segundo a qual "ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

Presença dos requisitos para a concessão da medida cautelar.

De fato, numa análise, ainda que perfunctória, é possível vislumbrar, na exposição dos fatos narrados na inicial, os requisitos da fumaça do direito e do perigo da demora, porquanto a lei municipal impugnada contém, na aparência, vícios de ordem formal e material, seja pela invasão da competência legislativa da União, seja pela ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Já no tocante ao *periculum in mora*, ele também está presente, uma vez que, não sendo suspensa a lei sob comento, a sociedade, titular do bem jurídico protegido, padecerá com a irreparabilidade ou difícil reparação do direito lesado, que poderá se agravar à medida que se aguarda o julgamento do mérito da demanda, sujeitando-se a suportar os efeitos da demora natural da decisão de mérito.

Com efeito, não se desconhece que os serviços de transporte UBER, graças à concorrência saudável, pelos preços competitivos e pela qualidade e rapidez dos serviços, têm proporcionado o barateamento e o melhoramento dos serviços de táxis, cujas empresas se obrigaram a melhorar o padrão de seu atendimento, o que só tem beneficiado o consumidor.

Assim, quanto mais tempo vigorar a proibição da prestação dos serviços no Município de Dourados, por força da lei invectivada, mais a população padecerá os efeitos dessa medida legislativa acoimada de inconstitucional, pois terá menos opções para a utilização de transporte individual e será compelida a pagar um preço mais elevado e em condições de baixa qualidade, prejuízos de difícil ou impossível reparação.

Ademais, é necessário garantir a ulterior eficácia da decisão, que restará comprometida pelo decurso do tempo, em que muitos cidadãos se verão privados de se beneficiar (sejam transportadores individuais, sejam consumidores) dos efeitos benéficos da ampliação do mercado, insuscetível de reparação objetiva.

Em recente decisão unânime, emanada da 5ª Câmara Cível, objeto de recurso de agravo de instrumento interposto em mandado de segurança pelo Sindicato dos Taxistas do Estado de Mato Grosso do Sul (SINTAXI/MS), o Órgão Fracionário assim se pronunciou:

> A nova modalidade de transporte individual de passageiros com o auxílio do aplicativo UBER, utilizada pelo impetrante, ora agravado, tem como objetivo a melhoria da acessibilidade e mobilidade das pessoas no Município de Campo Grande, tratando-se de um serviço de utilidade pública que, em um primeiro momento, vem sendo respaldado pela Lei n. 12.587/2012. (Agravo de Instrumento n. 1414398-98.2016.8.12.0000. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 25.4.2017).

Segundo noticiários, o Município de Campo Grande, que experimentou problemas semelhantes ao Município de Dourados, editou um Decreto nº 13.099, de 24.2.2017, regulamentando o serviço de transporte UBER, quanto ao modo de prestação dos serviços dos profissionais que poderão atuar na capital, por meio da referida plataforma, o que evidencia a importância social desse tipo de transporte, que, em algumas situações, cobra do usuário valor 50% mais barato que os táxis tradicionais.[3]

Registra-se a existência de inúmeras ações esparsas (ações ordinárias e mandados de segurança), entre elas ADINs ajuizadas em território brasileiro contra leis que proibiram o funcionamento de UBERs em diversas cidades, muitas delas com decisões favoráveis, como no caso do Estado de São Paulo (Barueri, Proc. n. 2.021.360-64.2017.8.26.0000, j. em 17.5.2017; São Paulo, capital, Proc. n. 2.216.901-06.2015.8.26.0000, j. em 5.10.2016, DJESP 7.11.2016; e Sorocaba, Proc. n. 2.095.314-80.2016.8.26.0000, este último vazado na seguinte ementa:

3 Disponível em <http://www.progresso.com.br/dia-a-dia/promotoria-quer-anulacao-da-lei-que-proibe-uber-em-dourados>. Acesso em 24 de maio de 2017.

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE PROIBIÇÃO DO USO DE CARROS PARTICULARES CADASTRADOS EM APLICATIVOS PARA O TRANSPORTE REMUNERADO INDIVIDUAL DE PESSOAS NO MUNICÍPIO DE SOROCABA/SP (...) – NATUREZA JURÍDICA DE ATIVIDADE PRIVADA EVIDENCIADA – SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS (TÁXIS) QUE GUARDA CARACTERÍSTICAS PRÓPRIAS E DISTINTIVAS – ATIVIDADE PRIVADA QUE É RESGUARDADA PELA LIVRE INICIATIVA – ESTÍMULO À LIVRE CONCORRÊNCIA, INCREMENTANDO BENEFÍCIOS SOCIALMENTE DESEJÁVEIS, INCLUINDO AMPLIAÇÃO DO LEQUE DE ESCOLHA DO CONSUMIDOR.
>
> Norma puramente proibitiva que contraria princípios elementares da ordem econômica, como livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor (arts. 1º, inciso IV, e 170, *caput*, e inciso IV, V e parágrafo único da CR).
>
> Excepcional intervenção estatal no âmbito da iniciativa privada que somente se legitima quando fundada em razões jurídico-constitucionais relevantes, num exame de proporcionalidade, o que não ocorre.
>
> Violação direta dos artigos 144 e 275 da Constituição Estadual. Pretensão inicial procedente. (TJSP: ADI 2.095.314-80.2016.8.26.0000; Ac. 10.185.419; São Paulo: Órgão Especial; Rel. Des. Francisco Casconi; Julg. 15/02/2017; DJESP 02/03/2017).

Parte dispositiva

Enfim, as circunstâncias descritas no pedido cautelar objeto da inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade estão, pelo menos na aparência, em desconformidade com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, em simetria com a Constituição Federal.

À luz das considerações expostas, defiro o pedido de liminar, com efeito *erga omnes* e *ex nunc,* e suspendo, na íntegra, a eficácia dos dispositivos da Lei Complementar Municipal n. 4.084, de 10.2.2017, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade concederam a medida cautelar, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 31 de maio de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1400059-03.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA-MATERNIDADE DE SERVIDORA PÚBLICA ADOTANTE FIXADA DE ACORDO COM A IDADE DOS ADOTADOS – REQUISITO PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – LEI ESTADUAL – PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO – DIREITO A IGUALDADE ENTRE FILHOS BIOLÓGICOS E ADOTIVOS – VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

É dever da família, da sociedade e do Estado a promoção do desenvolvimento da criança, em conformidade com o princípio da proteção integral, sendo vedada a discriminação entre filhos biológicos e adotivos.

O direito à licença-maternidade é garantia constitucional, que visa estimular o vínculo afetivo entre mãe e criança. Ao restringir em dias a concessão da licença-maternidade à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança de até dois anos de idade, está o legislador a desconsiderar a condição de fragilidade e necessidade de adaptação do menor, que não é inversamente proporcional a sua idade.

Não existe justificativa racional para dispensar tratamento diferenciado às mães adotantes e às crianças adotadas em relação à licença maternidade. Referido benefício tem por finalidade possibilitar que seja dada maior atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos, biológicos ou adotivos pelo período de tempo necessário.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, sob o regime da repercussão geral, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal pôs termo à discussão da diferenciação da licença-maternidade concedida à gestante e à adotante.

Com o parecer, concedo em definitivo a segurança, ratificando a liminar anteriormente deferida.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Priscila Alexandrino de Oliveira contra ato imputado ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e ao Diretor-Presidente da Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na não concessão do período de 180 dias de licença-maternidade por ser mãe adotante.

Constata-se que a impetrante adotou duas crianças, com idade de 2 (dois) e 8 (oito) anos, respectivamente, motivo pelo qual formulou pedido administrativo para a obtenção de licença maternidade por 180 (cento e oitenta) dias.

O pleito foi deferido em parte pela Administração, sendo-lhe concedida a licença pelo período de 90 (noventa) dias, por força do que dispõe o art. 59, incisos II e III da lei n. 3.150/2005.

Alega que a decisão administrativa que indeferiu a concessão de 180 dias de licença administrativa à mãe adotante fere o princípio da isonomia, uma vez que a Constituição Federal não traz distinção quanto aos filhos naturais e adotivos.

Destaca que deve ser empregada à situação a mesma conclusão encontrada no julgamento do recurso extraordinário n. 778.889, de repercussão geral, que tratou sobre questão similar.

Registra que obteve liminar nos autos de mandado de segurança n. 0011268-15.2016.4.03.6000, ajuizado contra a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, onde desempenha atividade de médica infectologista.

Requer, ao final, a concessão da segurança, para que lhe seja deferido o pedido de prorrogação, pelo prazo de 90 (noventa) dias, da licença-maternidade que se encontra usufruindo.

Instruiu o pedido com os documentos de f. 24-45.

A liminar foi deferida as fls. 49-51.

O Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV/MS), Jorge Oliveira Martins, prestou informações as fls. 62-74, por meio da qual pugnou pela denegação da segurança, salientando que agiu dentro da legalidade ao conceder a licença maternidade pelo período de 90 (noventa) dias. Prequestionou a matéria federal e constitucional envolvida no presente *mandamus*.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações às fls. 78/84, por meio da qual pugnou pela denegação da segurança, afirmando não existir direito líquido e certo por parte da Impetrante, bem como, qualquer ato ilegal ou arbitrário.

A Procuradoria-Geral da Justiça manifestou-se pela concessão da segurança, fls. 88-96.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Priscila Alexandrino de Oliveira contra ato imputado ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e ao Diretor-Presidente da Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na não concessão do período de 180 dias de licença-maternidade por ser mãe adotante.

Constata-se que a impetrante adotou duas crianças, com idade de 2 (dois) e 8 (oito) anos, respectivamente, motivo pelo qual formulou pedido administrativo para a obtenção de licença maternidade por 180 (cento e oitenta) dias.

O pleito foi deferido em parte pela Administração, sendo-lhe concedida a licença pelo período de 90 (noventa) dias, por força do que dispõe o art. 59, incisos II e III da lei n. 3.150/2005.

Alega que a decisão administrativa que indeferiu a concessão de 180 dias de licença administrativa à mãe adotante fere o princípio da isonomia, uma vez que a Constituição Federal não traz distinção quanto aos filhos naturais e adotivos.

Destaca que deve ser empregada à situação a mesma conclusão encontrada no julgamento do recurso extraordinário n. 778.889, de repercussão geral, que tratou sobre questão similar.

Registra que obteve liminar nos autos de mandado de segurança n. 0011268-15.2016.4.03.6000, ajuizado contra a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, onde desempenha atividade de médica infectologista.

Requer, ao final, a concessão da segurança, para que lhe seja deferido o pedido de prorrogação, pelo prazo de 90 (noventa) dias, da licença-maternidade que se encontra usufruindo.

Passo a análise.

A controvérsia limita-se em analisar a possibilidade de diferenciar, quando da concessão de licença maternidade à mãe adotante, o prazo de licença maternidade em função da idade da criança adotada, a teor do disposto no artigo 59, da Lei Estadual de nº 3.150/2005.

A Carta Magna estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado, a promoção do adequado desenvolvimento da criança, bem como a proteção integral e priorização de seus direitos, sendo vedada a discriminação entre filhos biológicos e adotivos, conforme disposto no artigo 227, § 6º[1]:

O dispositivo transcrito nos remete diretamente aos princípios e direitos reiterados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), sobretudo à disposição do artigo 3º, que prevê o princípio da proteção integral[2]. É garantida prioridade aos assuntos relacionados a crianças e adolescentes, sobretudo quanto à efetivação de direitos eminentemente sociais, incluído nesse rol o direito à convivência familiar e comunitária.

Ainda nesse contexto, como forma de estimular o vínculo afetivo entre mãe e criança, é previsto constitucionalmente o benefício da licença-maternidade a trabalhadoras urbanas e rurais, pelo artigo 7º da Constituição, em seu inciso XVIII, *in verbis*:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem *à* melhoria de sua condição social:
>
> XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

1 "Art. 227. [...]
§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

2 Art. 3º da Lei 8069/90 (ECA): "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade."

Conforme se depreende da leitura estrita da norma, a concessão da licença é dada à gestante, o que não impede a previsão, pelo legislador infraconstitucional, do deferimento do direito em questão à mãe adotiva.

Tanto é assim que as legislações infraconstitucionais vêm resguardando o direito à licença maternidade às mães de filhos adotivos, o que pode ser observado do art. 147, da Lei Estadual 1.102/90 e art. 71-A, da Lei Estadual 8.213/91.

Além disso, há previsão expressa da possibilidade de concessão de licença maternidade à adotante, conforme se observa do art. 59 da Lei Estadual nº 3.150/2005:

> Art. 59. À segurada que adotar, ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, é devido salário-maternidade pelos seguintes períodos:
>
> I - cento e vinte dias, se a criança tiver até um ano de idade;
>
> II - sessenta dias, se a criança tiver entre um e quatro anos de idade;
>
> III - trinta dias, se a criança tiver de quatro a oito anos de idade.

Apesar da autonomia do Estado, garantida constitucionalmente, para legislar sobre assuntos de interesse local, nela incluída a possibilidade de criação de estatuto próprio para regulação do regime de servidores públicos, não se mostra possível a efetivação de dispositivos legais estaduais que afrontem diretamente esses princípios basilares instituídos pela própria Constituição, situação constatada no caso dos autos, em especial nos incisos I a III do artigo em comento.

Ao restringir em dias a concessão da licença-maternidade à servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança de até dois anos de idade, está o legislador a desconsiderar a condição de fragilidade e necessidade de adaptação do menor, que não é inversamente proporcional a sua idade. A criança não pode ser privada do convívio familiar e da igualdade entre filhos biológicos e adotivos garantida constitucionalmente por ter ultrapassado determinada marca cronológica.

Não existe justificativa racional para dispensar tratamento diferenciado às mães adotantes e às crianças adotadas em relação à licença maternidade. Isso porque referido benefício tem por finalidade possibilitar que seja dada maior atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos, biológicos ou adotivos pelo período de tempo necessário, que não difere se a criança for adotada e não for bebê.

A adaptação de uma criança adotada a uma nova família e os primeiros meses de convívio demandam tempo, paciência e disponibilidade da parte dos pais.

A corroborar tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, sob o regime da repercussão geral, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, pôs termo à discussão da diferenciação da licença-maternidade concedida à gestante e à adotante, senão vejamos:

> DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE.
>
> 1. A licença maternidade prevista no artigo 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor.

> 2. As crianças adotadas constituem grupo vulnerável e fragilizado. Demandam esforço adicional da família para sua adaptação, para a criação de laços de afeto e para a superação de traumas. Impossibilidade de se lhes conferir proteção inferior àquela dispensada aos filhos biológicos, que se encontram em condição menos gravosa. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.
>
> 3. Quanto mais velha a criança e quanto maior o tempo de internação compulsória em instituições, maior tende a ser a dificuldade de adaptação à família adotiva. Maior é, ainda, a dificuldade de viabilizar sua adoção, já que predomina no imaginário das famílias adotantes o desejo de reproduzir a paternidade biológica e adotar bebês. Impossibilidade de conferir proteção inferior às crianças mais velhas. Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente.
>
> 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. Dívida moral do Estado para com menores vítimas da inepta política estatal de institucionalização precoce. Ônus assumido pelas famílias adotantes, que devem ser encorajadas.
>
> 5. Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição. Superação de antigo entendimento do STF.
>
> 6. Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei nº 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008.
>
> 7. Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII,CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.
>
> 8. Tese da repercussão geral: "Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada". STF. RE nº 778.889/PE. Rel. Min. Luis Roberto Barroso, j. em 10/03/2016, DJe de 01/08/2016.

Pela leitura da ementa colacionada, inconteste o direito de igualdade entre filhos adotivos e biológicos, bem como infundada a diferenciação dos prazos de licença-maternidade entre gestantes, adotantes e guardiãs, em conformidade com a proteção integral do menor em qualquer situação, mostrando-se desarrazoada a norma estadual que limita a concessão do benefício em virtude da idade do infante.

Apesar de não ter efeito *erga omnes*, este Órgão Especial, quando do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1600134-63.2014.8.12.0000, de relatoria do Des. Oswaldo Rodrigues de Melo declarou a inconstitucionalidade do artigo 59, *caput* e incisos, da Lei Estadual n.º 3.150/2005, "por importar tratamento desigual aos que não estão, efetivamente, em situações díspares":

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – LICENÇA MATERNIDADE – FILHO ADOTIVO – ARTIGO 59, *CAPUT* E INCISOS I, II E III, DA LEI ESTADUAL N.º 3.150//2005 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ARGUIÇÃO PROCEDENTE.

> A licença maternidade tem por escopo possibilitar que seja dada atenção por parte da figura parental em período integral aos filhos sejam eles biológicos ou adotivos. O direito à licença maternidade justifica-se pela própria necessidade de convivência e adaptação inicial entre mãe e filho, ainda que essa necessidade apresente especificidades de acordo com a idade da criança.
>
> Padece de inconstitucionalidade o dispositivo de lei que estabelece escalonamento do período da licença maternidade para as mães adotantes, variando de acordo com a idade do filho adotivo, por haver nítida violação ao princípio da isonomia (artigo 5º, da CF).
>
> Arguição incidental de inconstitucionalidade procedente. (TJMS. Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade n. 1600134-63.2014.8.12.0000, Órgão Especial, Relator (a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j: 12/03/2014, p: 18/03/2014)

Tenho que a prorrogação da licença em discussão mostra-se necessária, visto que devidamente amparada a pretensão da impetrante, a qual somente poderia sofrer restrição diante de motivo razoável para tanto, o que não ocorre no caso dos autos.

Com o parecer, ratificando a liminar anteriormente deferida, concedo em definitivo a segurança à impetrante, determinando às autoridades impetradas a prorrogação da licença-maternidade por mais 90 dias, após o término do período anteriormente concedido. Extingue-se o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Custas, *ex lege*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, 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 e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0842473-33.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRETENSÃO DE COMPELIR O RÉU A DESOCUPAR IMÓVEL QUE ALEGA SER DE USO COMUM – BEM OCUPADO PELO RÉU COMPOSSUIDOR – IMÓVEL *PRO INDIVISO* – MÃE E FILHO – AUTORA QUE SAIU VOLUNTARIAMENTE DO IMÓVEL E INGRESSOU ANTERIORMENTE COM ARBITRAMENTO DE ALUGUEL PELO USO EXCLUSIVO DA COISA E COM SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO – PRETENSÃO DE COMPELIR O RÉU A DESOCUPAR O IMÓVEL – FALTA DE INTERESSE DE AGIR PARA A AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – AUTORA QUE TEM À SUA DISPOSIÇÃO A EXECUÇÃO DA SENTENÇA PARA OBTER O PAGAMENTO DO ALUGUEL PELO USO EXCLUSIVO DA COISA, PROPOR AÇÃO PARA ALIENAÇÃO DA COISA COMUM OU, AINDA, O USO DE UMA DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS – SENTENÇA MANTIDA, COM CORREÇÃO DA CAUSA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO IMPROVIDO.

O artigo 1199 do Código Civil estabelece o conceito de composse e dispõe que se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

Se a compossuidora saiu do imóvel voluntariamente e o outro compossuidor passou a ser o possuídor exclusivo, e tendo a autora compossuidora proposto ação para compelir o réu a lhe pagar aluguel da parte do bem por ele utilizado exclusivamente, cujo pedido foi julgado procedente, cabe-lhe executar a sentença, mas não pretender compelir o réu a ser desalojado de parte do imóvel, onde reside, impondo-lhe obrigação de fazer, de todo inexistente na espécie, pleitear a alienação da coisa comum com partilha do produto da alienação ou, ainda, uma das vias possessórias, depois de caracterizar o esbulho por parte do compossuidor exclusivo. *Electa una via non datur regressus ad alteram.*

Em caso assim, falece à autora interesse de agir, causa de indeferimento da inicial e extinção do processo sem resolução do mérito, em face do exercício de uma das faculdades que o ordenamento jurídico lhe confere para tutela de seus direitos, no caso concreto.

Recurso conhecido e improvido, com correção do dispositivo da sentença para que figure como fundamento do indeferimento da inicial a falta de interesse de agir e não a impossibilidade jurídica do pedido, ali constante.

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 abril de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta por Zilda Agueda de Chacha às fls. 52/60 insurgindo-se contra a sentença de fls. 45/48 que indeferiu liminarmente a inicial da ação de obrigação de fazer ajuizada pela apelante em face Waldemar Chacha Duarte.

Extrai-se dos autos que a apelante ajuizou a presente demanda aduzindo, em síntese, que ela e o réu, seu filho, detêm a posse do terreno situado na esquina da Rua José Laçava com a Avenida Marechal Deodoro, nesta Cidade, no qual estão construídos três imóveis comerciais e uma casa residencial. Afirmou que, há aproximadamente três anos, decidiu deixar o imóvel, por não mais suportar a convivência com a companheira do réu, e que, desde então, reside na casa de sua irmã, juntamente com seu filho Wladimir. Contou que ajuizou ação de arbitramento de aluguel em face do réu, com sentença favorável, mas que o requerido, na intenção de se furtar do pagamento dos alugueres devidos, interpôs diversos recursos, estando o feito na pendência do julgamento de agravo em recurso extraordinário. Aduziu, ainda, que o réu propôs ação de usucapião em face do proprietário do imóvel, pleiteando a totalidade do bem, sob o argumento de que a autora teria lhe cedido sua parte dos direitos possessórios, situação essa não verdadeira.

Em virtude de tais fatos requereu a desocupação do bem pelo réu, sob o argumento de que necessita do imóvel para fins de moradia sua e de seu filho portador de deficiência física e mental.

O douto magistrado indeferiu liminarmente a inicial da ação, pois entendeu que o pedido feito é juridicamente impossível, na medida em que sendo ambas as partes compossuidoras do imóvel, não é possível a exclusão da posse de nenhum deles.

Contra essa decisão insurge-se a recorrente.

Afirma, em suma, que diversamente do que afirmou o juízo à f. 46, o imóvel em análise não se trata de coisa indivisa, pois se trata de terreno grande, com aproximadamente 681,48 metros quadrados, no qual estão construídos uma casa residencial, com área construída de 166 metros quadrados, e três salões comerciais, de modo que comporta divisão cômoda, não sendo aplicável ao caso o art. 1.199 do Código Civil, razão pela qual é possível perquirir quem tem a posse mais justa, na medida em que o exercício de seu direito não excluirá o direito do requerido.

Salienta que o apelado é quem está privando a apelante de usufruir do bem, razão pela qual entende que a dicção do artigo 1199 do Código Civil, ao contrário do mencionado na sentença, serve de fundamento para o acolhimento de sua pretensão.

Defende que apesar de ter obtido, na ação de arbitramento de aluguéis (autos nº 0826354-31.2014.8.12.0001), sentença que condenou o apelado ao pagamento de aluguel pelo uso do imóvel, até o momento a decisão não transitou em julgado, em razão dos diversos recursos protelatórios interpostos pelo apelado e, portanto, a apelante nunca recebeu quantia alguma e, ainda que venha a executar dita sentença e possa penhorar os direitos do apelado, o fato é que tal não é a melhor solução para o caso concreto, vez que ela está privada de sua moradia por vários anos.

Ao final, pleiteia a reforma da sentença vergastada para que seja determinado que o requerido/apelado desocupe a residência edificada no terreno da Rua José Laçava, nº 149, e não oponha resistência ao retorno da apelante à moradia.

Contrarrazões às fls. 254/257.

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 douta sentença foi publicada em 11 de janeiro de 2016 (f. 49), ou seja, ainda sob à égide do antigo diploma, de sorte que o CPC/73 deve reger o julgamento do presente recurso.

Extrai-se dos autos que a apelante ajuizou a presente demanda aduzindo, em síntese, que que ela e o réu, seu filho, detêm a posse do terreno situado na esquina da Rua José Laçava com a Avenida Marechal Deodoro, Campo Grande/MS, no qual estão construídos três imóveis comerciais e uma casa residencial.

Afirmou que, há aproximadamente três anos decidiu deixar o imóvel, por não mais suportar a convivência com a companheira do réu, e que, desde então, reside na casa de sua irmã, juntamente com seu filho Wladimir.

Contou que ajuizou ação de arbitramento de aluguel em face do réu, com sentença favorável, mas que o requerido, na intenção de se furtar do pagamento dos alugueres devidos, interpôs diversos recursos, estando o feito na pendência do julgamento de agravo em recurso extraordinário.

Aduziu, ainda, que o réu propôs ação de usucapião em face do proprietário do imóvel, pleiteando a totalidade do bem, sob o argumento de que a autora teria lhe cedido sua parte dos direitos possessórios, situação essa não verdadeira.

Em virtude de tais fatos requereu a desocupação do bem pelo réu, sob o argumento de que necessita do imóvel para fins de moradia sua e de seu filho portador de deficiência física e mental.

O douto magistrado indeferiu liminarmente a inicial da ação, pois entendeu que o pedido feito é juridicamente impossível, na medida em que sendo ambas as partes compossuidoras do imóvel, não seria possível a exclusão da posse de nenhum deles.

Confira-se o entendimento exarado na sentença invectivada (fls. 45/48):

> Trata-se de ação de obrigação de fazer, por meio da qual a autora, alegando ser compossuidora de imóvel ocupado pelo ora réu, pretende impor ao requerido a obrigação de desocupar o bem, sob o argumento, em síntese, de que necessita do imóvel para a sua moradia e a de seu outro filho, portador de grave deficiência mental e física.
>
> Ocorre que o pedido formulado pela autora ***é juridicamente impossível***, eis que, em se tratando autora e réu de compossuidores, como alegado na inicial, não há como um excluir o outro da posse do bem.
>
> Esta é a disposição expressa do art. 1.199 do Código Civil, *in verbis*: "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores" (sem grifo no original).
>
> Destarte, é inviável perquirir, no presente caso, quem teria direito à "posse mais justa", como pretende a autora em sua inicial, já que o direito da autora de exercer a posse do bem jamais poderia excluir o igual direito conferido ao réu, na condição de compossuidor.
>
> Assim, estando o compossuidor privado da posse do bem, como assevera ser o caso da autora, só caberia a este cobrar dos demais possuidores indenização pelo uso do bem, o que já logrou realizar a autora, eis que, como informa na exordial, ajuizou ação de arbitramento de aluguéis em face do réu, inclusive com sentença que lhe foi favorável.

> Assinale-se, ainda, que o fato do réu estar se utilizando dos meios processuais cabíveis para recorrer da decisão prolatada naquela ação de arbitramento de aluguéis não justifica o presente pedido, pois cabe à autora, se assim lhe interessar, executar aquela sentença, inclusive com a eventual penhora dos direitos do ora réu sobre o imóvel em discussão, o que implica, outrossim, na conclusão de que falta à autora interesse de agir para o presente pedido de obrigação de fazer.
>
> Dessume-se, daí, que o pedido é juridicamente impossível, ensejando o indeferimento liminar da inicial, por carência de ação, nos termos do art. 295, I e parágrafo único, III, do CPC.
>
> Com efeito, segundo o precioso e esclarecedor escólio de Vicente Greco Filho, a possibilidade jurídica do pedido consiste na formulação de pretensão que, em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado (Direito Processual Civil Brasileiro, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 83).
>
> Pelo exposto, porque juridicamente impossível o pedido formulado pela autora, indefiro liminarmente a inicial, com fundamento no art. 295, I e parágrafo único, III, do CPC, e decreto a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, I e VI, do CPC.

Contra essa decisão insurge-se a recorrente.

O recurso não merece provimento.

Muito embora o douto juízo tenha julgado extinto o processo sem apreciação do mérito porque o pedido seria juridicamente impossível, na realidade se trata de hipótese em que falta à autora interesse de agir, o que redunda, de qualquer forma, na mesma solução encontrada de extinção do processo sem apreciação do mérito.

É com tal roupagem jurídica, assim, que enfrento o recurso.

Conforme salientado, a autora e o réu, mãe e filho, detém a posse conjunto do bem objeto do litígio. O artigo 1199 do Código Civil estabelece o conceito de composse e dispõe: "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores".

Sobre a composse, Maria Helena Diniz:[1]

> Quanto à simultaneidade do exercício da posse, temos uma outra modalidade de posse, concebida pelo art. 1.199 do Código Civil [...]. Estamos diante da composse, também designada compossessão ou posse comum, sendo necessários dois pressupostos: pluralidade de sujeitos e coisa indivisa ou em estado de indivisão. De modo que a coisa indivisa pode ser possuída em comum desde que o exercício do direito de posse de um não prejudique o igual direito do outro, ou, como pondera Lafayette, cada compossuidor só pode exercer sobre a coisa atos possessórios que não excluam a posse dos demais compossuidores [...].

Necessário, nessa linha de raciocínio, distinguir a composse *pro diviso* da *pro indiviso*. Na primeira o poder fático comum manifesta-se de maneira que cada possuidor, individualmente, externa poderes sobre uma quota ou parte específica. Na segunda não existe um quinhão determinado para atuação do poder fático, sendo que todos os sujeitos da comunhão têm poderes sobre a coisa em sua inteireza.

1 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4 direito das coisas. 24. ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 57.

Nesse norte, lapidar a lição de Carlos Roberto Gonçalves:[2]

> Podem os compossuidores, também, estabelecer uma divisão de fato para a utilização pacífica do direito de cada um, surgindo, assim, a composse *pro diviso*. Permanecerá *pro indiviso* se todos exercerem ao mesmo tempo e sobre a totalidade da coisa, os poderes de fato (utilização e exploração comum do bem). Na composse *pro diviso*, exercendo os compossuidores poderes apenas sobre uma parte definida da coisa, e estando tal situação consolidada no tempo (há mais de ano e dia), poderá cada qual recorrer aos interditos contra aquele que atentar contra tal exercício.

Observa-se de um exame atento dos autos que, embora a apelante alegue que a composse existente é *pro diviso*, não há nos autos qualquer prova de que já houve a divisão do bem, por meio de cotas ideais, razão pela qual aqui a situação deve ser tratada composse *pro indiviso*. E em se tratando de um imóvel urbano com aproximadamente 600 m², resta evidente que não se revela possível sua divisão.

Aliás, essa situação é extraída da própria petição inicial da presente demanda, na qual a parte autora afirma expressamente que dividia a residência com seu filho.

> Em 12/05/1986, por meio de Escritura Pública de Cessão de Direitos Possessórios, a Autora e seu marido adquiriram a posse do imóvel situado na esquina das ruas José Laçava e Avenida Marechal Deodoro, de modo que pode ser identificado tanto pelo endereço da Rua José Laçava, nº 149 quanto pelo endereço da Avenida Marechal Deodoro, nº 765.
>
> Na época da aquisição, a Autora era casada com Lourenço Waldemar Duarte, de quem se divorciou sendo o imóvel partilhado na proporção de 50% para cada um.
>
> Posteriormente, o advogado Abel Rezende adquiriu os 50% dos direitos possessórios que cabiam a Lourenço Waldemar Duarte, por meio de carta de adjudicação expedida na ação de execução de honorários e, por fim, o Requerido, que é filho da autora, comprou a cota de 50% dos direitos possessórios do advogado Abel Rezende.
>
> Assim, a Autora e o Requerido detêm direitos possessórios do imóvel, na proporção de 50% para cada um.
>
> Cabe esclarecer que há no terreno três construções comerciais e uma casa destinada a moradia, sendo que as construções comerciais são alugadas para terceiros e a Autora residia na casa juntamente com o requerido e com seu outro filho, Wladimir Chacha Duarte, que tem deficiência física e mental que o torna incapaz e totalmente dependente para a sobrevivência.

Partindo dessa premissa, tenho que agiu com acerto o douto magistrado ao indeferir a inicial, o que deve ser feito sob a ótica da falta de interesse de agir (e não da falta de possibilidade jurídica do pedido).

Havendo composse sobre o bem não é possível o ajuizamento de ação de obrigação de fazer para obrigar um dos compossuidores a se retirar do imóvel.

Ao réu não pode ser imposta obrigação de fazer (sair do imóvel), que reside no campo obrigacional, exceto se ficar caracterizado esbulho possessório em face do outro compossuidor, o que ensejaria, todavia, o uso das ações possessórias e não de uma obrigação de fazer, que não pode ser imposta ao compossuidor se não caracterizado esbulho possessório.

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 84/85.

Com efeito, nos termos do já mencionado artigo 1199 do Código Civil, na situação de composse o exercício de atos possessórios está condicionado a não exclusão de direitos dos participantes, razão pela qual não merece amparo a demanda obrigacional que tem por objeto a desocupação do bem por um dos legítimos compossuidores.

A questão deve ser resolvida no campo das ações possessórias, desde que a autora caracterize, primeiramente, a prática de esbulho por parte do réu, o que nem de longe foi matéria tratada na inicial, confessando a autora, inclusive, que saiu voluntariamente do imóvel ante sua incompatibilidade de convivência com a companheira do filho.

Outra solução, ainda, seria o da alienação da coisa comum, com partilha do produto da alienação.

Finalmente outra, utilizada pela autora anteriormente, foi obter a condenação do compossuidor, que passou a exercer posse exclusiva sobre o todo, a pagar aluguel pela quota ideal pertencente à autora, fato também por ela confessado na inicial, em que o réu foi condenado a lhe pagar aluguel fixado em sentença.

O fato de a autora ter movido ação para arbitramento de aluguel reforça a tese da falta de interesse jurídico, porque se optou por essa solução, em vez da ação possessória ou da alienação da coisa comum, fez uso de uma das alternativas previstas em lei, em face da qual, inclusive, obteve a necessária tutela.

Nesse sentido deve ser lembrada a lição doutrinária de Moacir Amaral Santos[3]:

> Um mesmo conflito de interesses pode admitir mais de um tipo de composição. Isto é, a lei, ao regular um determinado conflito de interesses, poderá dar-lhes diferentes e distintas composições, uma das quais apenas é ou poderá ser suficiente à satisfação do direito subjetivo.
>
> Se a lei atribui ao titular da pretensão a faculdade de optar por uma das modalidades de composição, está conferindo-lhe o direito de ajuizar a ação que mais lhe convenha, de ordinário, com abandono das outras.
>
> Quer dizer que a lei pode atribuir ao titular do direito subjetivo e à sua escolha, diversas ações visando a tutelá-lo. Mas a coisa, o bem que objetivamos por meio de uma ação, não pode ser, em regra, pela segunda vez reclamada por nova ação. A primeira, atingindo a sua finalidade prática, de regra extingue a outra, desde que se identifiquem pelo objeto: *bis de eadem re ne si actio*.
>
> Exprime a doutrina, com absoluta clareza, a máxima *electa uma via, non datur regressus ad alteram*: escolhido um caminho não há regresso por outro; escolhida uma ação, não cabe a propositura de outra.

Ainda que o réu tenha recorrido da sentença e não tenha esta transitado em julgado, nada impede que a autora promova sua liquidação e cumprimento imediato, dando início ao procedimento executivo, exceto se ao recurso tenha sido conferido efeito suspensivo, o que não me pareceu ser a hipótese aqui referida, porquanto nada mencionado pela apelante em tal sentido.

Quanto ao fato de que o réu propôs ação de usucapião em face dos proprietários originários, isoladamente, cabe à autora ingressar naquele feito e opor-se à pretensão ali deduzida, evidenciando que ela também exerce a composse, de tal forma a exercitar plenamente os seus direitos naquele feito.

Finalmente, outra alternativa que lhe resta é a alienação da coisa comum, com partilha do produto obtido, encerrando-se o estado de comunhão.

3 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Volume 1. Editora Saraiva, 2011, p. 225.

Essas observações evidenciam que falta à autora interesse processual de obter a posse exclusiva sobre parte do bem, eis que se o réu a exerce, agora exclusivamente porque a autora confessou que se retirou do imóvel espontaneamente, cabe-lhe obter o proveito econômico respectivo derivado da posse, que é o aluguel que já teve fixado em seu favor, cabendo-lhe executar a sentença e, com o valor respectivo, alugar imóvel para que possa residir com seu filho, se não preferir, a qualquer tempo, encerrar o estado de indivisão com alienação da coisa comum, como já afirmei.

Ante o exposto, conheço a apelação interposta por Zilda Agueda de Chacha e lhe nego provimento, mantendo inalterada a r. sentença, corrigindo, todavia, o dispositivo, para que se consolide que a extinção do processo se deu por falta de interesse de agir e não por falta de impossibilidade jurídica para o pedido, CPC/73, Art. 267, VI, última figura.

Inaplicável o arbitramento de honorários recursais, vez que presente apelação está sendo julgada sob o regramento do Código de Processo Civil de 1973.

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. 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, 26 de abril de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1413436-12.2015.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – EXPEDIÇÃO EM DATA MUITO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 61/09 – PAGAMENTO QUE NÃO FOI EFETUADO DENTRO DO PERÍODO PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 17, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL SOBERANAMENTE FORMADA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR HOMOLOGADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – NECESSIDADE DE RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL – ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE MERO ERRO ARITMÉTICO OU ERRO MATERIAL QUE PERMITISSE A INTROMISSÃO DO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL NA ALTERAÇÃO DA QUANTIA REQUISITADA – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A competência para alteração do valor da condenação e da metodologia do cálculo de liquidação do precatório ou dos indexadores contidos na sentença condenatória transitada em julgado é exclusivamente do Juiz do feito originário, por se tratar de pretensão de alteração da coisa julgada material, cabendo ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, tão-somente, dar cumprimento ao conteúdo da sentença e do título formado com seu trânsito em julgado e materializado no precatório.

A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material é manifestação do estado democrático de direito (art. 1º *caput*, CF). Expressa ela – coisa julgada – a necessidade de estabilização das decisões judiciais, vistas como ato de positivação de poder, motivo pelo qual deve ser garantida sua imutabilidade. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial.

Assim, não é possível, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento, alterar o que restou decidido em relação ao valor homologado pelo juízo da execução, inclusive com a concordância expressa do Estado de Mato Grosso do Sul à época.

O erro passível de correção por ato do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, na fase do cumprimento do precatório é aquele de natureza aritmética pela atualização do débito e não o atinente à modificação da quantia estabelecida na fase judicial como a correta ou à aplicação de determinado critério de correção monetária e de juros de mora, que são acobertados pelo manto da coisa julgada e, assim, imutável o cálculo elaborado pelo juízo de primeiro grau, em atendimento ao comando da sentença.

O que se faz no precatório são cálculos para mera atualização do valor devido, sem possibilidade de qualquer alteração no conteúdo desses cálculos, elaborados segundo a sentença transitada em julgado. Qualquer pretensão de alteração no conteúdo deles, só por via da ação rescisória e, uma vez ultrapassado o prazo previsto em lei para seu ajuizamento, forma-se a coisa soberanamente julgada, insuscetível de modificação.

A atividade exercida pelo vice-presidente no cumprimento do precatório é meramente administrativa, o que não permite sua intromissão para realização de recálculo do valor liquidado

judicialmente, arguindo diferença que não foi apontada nem mesmo pelo Estado de Mato Grosso do Sul na fase judicial, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXVI, da Constituição Federal, o que não se pode conceber.

Quanto aos juros moratórios fixados na sentença condenatória são devidos também entre a data da expedição do precatório e a data do efetivo pagamento, quando não realizado no prazo estipulado constitucionalmente, ou seja, dentro do ano seguinte àquele em que o precatório foi inscrito.

Os juros moratórios não são devidos nesse período apenas se o pagamento for efetuado durante o prazo constitucional, o que não ocorreu na espécie.

Inteligência da Súmula Vinculante nº 17 do Supremo Tribunal Federal ("durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos") e da farta jurisprudência nesse sentido tanto do STF quanto do STJ. ((RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 Divulg 30.10.2008 Public 31.10.2008), exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força da princípio hermenêutico *ubi eadem ratio ibi eadem legis* dispositivo (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 Divulg 17.04.2008 Public 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 Divulg 06.03.2008 Public 07.03.2008).

Nem há que se falar igualmente na aplicação da Emenda Constitucional 62/09, por não ter sido o precatório expedido depois de sua entrada em vigor, mas muito tempo antes, ainda no ano de 2006, para que pudesse ter sido pago até 31 de dezembro de 2007.

Em nenhuma hipótese a jurisprudência sufraga a possibilidade de que o entendimento contido na Súmula 17 possa retroagir seus efeitos para alterar o conteúdo da sentença transitada em julgado, sendo firmes os precedentes no sentido de que o entendimento assentado pelo STF possui efeitos *ex nunc*.

Nenhuma dúvida há, pois, de que os efeitos produzidos, seja pela Emenda Constitucional 62/09, seja pela Súmula 17 Vinculante do STF, se orientam pelo princípio *tempus regit actum* e que não houve, como não poderia haver, determinação no sentido da retroação dos efeitos de uma e outro.

Quanto à correção monetária, em razão de sua natureza de mera recomposição do valor nominal da moeda, não se constituindo um *plus* sobre a condenação, incide no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (Mutatis mutandis, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

Ordem concedida para determinar a manutenção do valor homologado pelo juízo da execução que requisitou a expedição do precatório no importe de R$ 474.340,67 (quatrocentos e setenta e quatro mil, trezentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos), em observância estrita ao conteúdo que emerge da r. sentença transitado em julgado, a saber, com a incidência dos juros de mora de 0,5% ao mês no período da graça constitucional, isto é, de 01.07.2006 a 31.12.2007, totalizando 9%, consoante intelecção da Súmula Vinculante n. 17, computados, outrossim, em relação aos outros período na mesma taxa, desde a data da citação, até que o valor seja integralmente pago; e, que a atualização do débito se dê pelo IGPM-FGV no período de 26/07/2005 até 08/12/2009; da TR (Bacen) no período de 09/12/2009 até 25/03/2015; e do IPCA-E no período de 26/03/2015 até 14/07/2015.

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, em parte, com o parecer, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Dorival Renato Pavan, após os Desembargadores Contar e Sideni retificarem seus votos para acompanhar a dissidência. Ausente por férias o Des. Manoel Mendes Carli. Absteve-se de votar, por estar ausente no início do julgamento onde foi proferida sustentação oral, o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Paulo Roberto Rossini impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e pelo Juiz de Direito Gestor de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na homologação de cálculos que não corresponderiam ao determinado na sentença transitada em julgado, tendo posteriormente integrado a lide o Estado de Mato Grosso do Sul.

Argumenta ser delegado de polícia civil aposentado, tendo ingressado com ação condenatória em desfavor do Estado, obtendo sentença favorável que ensejou a abertura dos autos de Precatório nº 0009808-15.2006.8.12.0000, sendo que depois de muitos anos do ajuizamento da demanda veio a receber valor não correspondente ao fixado pela sentença transitada em julgado.

Assinala que os respectivos cálculos foram executados de forma equivocada, motivo pelo qual a homologação destes pelas autoridades impetradas – decisão publicada em 10.08.2015 –, constitui violação a direito líquido e certo do impetrante. Após requerimento administrativo, o segundo impetrado rejeitou seu pedido, reputando os cálculos como corretos.

Entende que o procedimento relativo a precatórios deve guardar observância aos princípios da Administração Pública, mormente o da legalidade, bem como do ato jurídico perfeito e da coisa jugada. No caso, repele a correção de "erro material" realizada por servidor às fls. 337 do Precatório relativo à base de cálculo, a modificação "de ofício" do índice de correção monetária, em afronta à coisa julgada; a não

aplicação de juros em período de mora, inobservando a Súmula Vinculante 17; o equívoco dos cálculos – fundamento subsidiário; a falta de atualização dos valores desde o último cálculo.

Ao final, requer a concessão da segurança, para que seja determinada nova realização dos cálculos: restabelecendo-se no crédito originário a quantia suprimida em razão de "erro material" no memorial de fls. 337; aplicando-se IGPM-FGV para todo o período; aplicando-se os juros de mora para todo o período, inclusive os exercícios financeiros de 2006 e 2007. Se assim não for entendido, que sejam refeitos os cálculos, determinando-se o pagamento da diferença apurada de R$ 118.642,72, apurada até a data de 14.07.2015, a qual deverá ser corrigida a partir daí, ou, ainda, a correção do montante apurado 14.07.15 até o efetivo pagamento, descontando-se a quantia paga ao impetrante.

Nas informações prestadas pela autoridade coatora foi afirmado que a revisão do cálculo que liquida o crédito a ser requisitado encontra amparo no art. 1º-E da Lei n.º 9.494/97, no art. 35 da Resolução n.º 115/2010 do CNJ, bem como no art. 36 da Portaria n.º 629/2014 da Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, sendo imperativo conferir a conformidade do cálculo do valor requisitado com os parâmetros indicados na sentença, até a data-base, caso em que eventual discordância deve ser considerada como erro material.

Ademais, explana a natureza administrativa do procedimento, bem como que entre a requisição e o efetivo pagamento deve incidir índices diferenciados de correção, de acordo com a EC n.º 62/2009 e com a modulação dos efeitos das ADIs n.º 4357 e 4425. Sobre os juros de mora, incidiram 0,5% até a data-base, mas não devem incidir entre a elaboração dos cálculos e a expedição do ofício requisitório, bem como no período de graça (SV n.º 17), voltando a correr após esse período. Sustenta que a diferença apontada pelo impetrante decorre da aplicação dos índices fixados na sentença até a data do efetivo pagamento, da capitalização de juros e da não dedução do pagamento preferencial realizado. Por fim, defende a impossibilidade de efetuar o pagamento de forma simultânea à atualização, sendo a liquidação o termo final de atualização do precatório, o que não importa em prejuízo do credor em razão do pagamento ser efetuado em tempo razoável – dentro do prazo de 30 (trinta dias).

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações e defesa, suscitando preliminar de inadequação da via eleita ante a ausência de direito líquido e certo. No mérito, defende a aplicação da Súmula Vinculante n.º 17 no que se refere à incidência dos juros de mora, e no tocante à correção monetária, da EC n.º 62/09, com a modulação dos efeitos das ADIs n.º 4.425/DF e 4.357/DF. Sobre a forma de correção do cálculo, sustenta ter sido realizado com amparo na legislação e na determinação do CNJ. Prequestiona a matéria debatida. Pugna pelo acolhimento da preliminar e pela denegação da segurança.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer opinando pelo afastamento da preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, pela denegação da segurança.

Em observância à sistemática processual instituída pelo CPC/15, o impetrado foi intimado a se manifestar sobre a preliminar arguida na defesa do Estado de Mato Grosso do Sul, oportunidade em que pugnou pela sua rejeição e reiterou o pedido de concessão da segurança.

Os autos vieram-me conclusos.

VOTO (EM 26.04.17)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Paulo Roberto Rossini contra ato praticado pelo Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e pelo Juiz de Direito Gestor de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na homologação de

cálculos que não corresponderiam ao determinado na sentença transitada em julgado. Posteriormente, o Estado de Mato Grosso do Sul integrou a lide.

O impetrante entende que o valor recebido pelo Precatório n.º 0009808-15.2006.8.12.0000 não corresponde àquilo que foi assegurado por sentença transitada em julgado.

No caso, suas alegações são sintetizadas da seguinte forma: indevida redução do valor originário a pretexto de corrigir "erro material", realizada por servidor às fls. 337 do Precatório, relativo à base de cálculo; a modificação "de ofício" do índice de correção monetária no que se refere ao segundo período de atualização – entre a expedição do precatório e o efetivo pagamento –, em afronta à coisa julgada; a não aplicação de juros em período de mora, inobservando a Súmula Vinculante 17; o equívoco dos cálculos – fundamento subsidiário; a falta de atualização dos valores desde o último cálculo.

Da preliminar de inadequação da via eleita

O Estado de Mato Grosso do Sul suscita preliminar de inadequação da via eleita por ausência de demonstração, de plano, de eventual direito líquido e certo.

Contudo, considerando que a pretensão do impetrante se trata de matéria de direito, que prescinde de dilação probatória, assim como que a existência ou não do direito líquido e certo invocado envolve o exame do próprio mérito deste remédio constitucional, tenho que a alegação de sua inexistência deve ser apreciada juntamente com este.

Dessa forma, sem a necessidade de maiores digressões, afasto a referida preliminar.

Do mérito

Da correção, de ofício, de erro material na base de cálculo

O impetrante aduz que a base de cálculo do precatório foi alterada de ofício por um servidor às fls. 377, sob o argumento de erro material, o que violaria coisa julgada, tendo em vista que houve homologação judicial do valor liquidado que serviu de base de cálculo do precatório, o que não poderia ter sido modificado no âmbito administrativo.

A autoridade impetrada esclarece que a revisão do cálculo que liquida o crédito a ser requisitado encontra amparo no art. 1º-E da Lei n.º 9.494/97, no art. 35 da Resolução n.º 115/2010 do CNJ, bem como no art. 36 da Portaria n.º 629/2014 da Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, sendo imperativo conferir a conformidade do cálculo do valor requisitado com os parâmetros indicados na sentença, até a data-base.

Tenho que a suposta ilegalidade da correção de erro material realizada às fls. 377 do Precatório em análise deve ser refutada.

Vejamos o disposto no art. 1º-E da Lei 9.494/97, bem como no art. 35 da Resolução n.º 115/2010 do CNJ:

> Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.
>
> Seção XV – Revisão e Atualização de Cálculos
>
> Art. 35. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei nº 9.494/97, apenas poderá ser acolhido desde que:

> I - o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata;
>
> II - o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial;
>
> III - o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução.

Da leitura dos dispositivos acima, constata-se ser possível a revisão de cálculo do precatório, de ofício, pelo Tribunal de Justiça, sendo que o caráter administrativo do procedimento não impede tal conduta, que possui expressa previsão normativa.

De outro lado, a homologação da liquidação do crédito pelo Juízo da execução não está acobertada pelo manto da coisa julgada, mas somente os parâmetros da atualização monetária fixados na sentença exequenda. Assim é que a atuação do Vice-Presidente do Tribunal encontra limites na coisa julgada do título executivo judicial, mas não no valor homologado pelo juízo da execução, pois "as sentenças nunca poderão "transformar fatos não verdadeiros em reais'. Se o arbitrador, por qualquer motivo, desobedeceu ao julgado, produzindo um cálculo 'absurdo', terá, com certeza, cometido erro de cálculo. A declaração contida no ato de homologar, no ato através do qual o juiz torna seu o arbitramento (*homo+logos*), não produz coisa julgada capaz de impedir que se corrija o cálculo, (...).[1]"

Nesse sentido é o entendimento do STJ, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA. SÚMULA 311/STJ. PRECATÓRIO PARCELADO NOS MOLDES DO ART. 78 DO ADCT. SEQÜESTRO DE RECURSOS FINANCEIROS DA ENTIDADE EXECUTADA. EXCLUSÃO DOS JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS APLICADOS DE MODO CONTINUADO EM CÁLCULO APRESENTADO PELA CONTADORIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA.
>
> 1. "Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional" (Súmula 311/STJ).
>
> 2. O erro de cálculo, caracterizado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos, não faz coisa julgada, podendo ser corrigido até mesmo de ofício, conforme o disposto no art. 463, I, do Código de Processo Civil.
>
> 3. Atualmente, o art. 1º-E da Lei 9.494/97, incluído pela Medida Provisória 2.180-35/2001, permite ao Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, proceder à revisão das contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.
>
> 4. Entretanto, o erro de cálculo que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos.
>
> 5. Quando se trata da incidência de juros moratórios e compensatórios em cálculo de execução de sentença proferida em ação de desapropriação, é preciso fazer a distinção

1 (REsp 698.517/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 687)

entre os juros cuja incidência fora determinada no título executivo judicial — os quais, efetivamente, devem integrar o cálculo inicial destinado à expedição do primeiro precatório —, daqueles que, por absoluta impropriedade técnica, são incluídos de modo continuado nas contas relativas a precatórios complementares e precatórios submetidos à moratória prevista nos arts. 33 e 78 do ADCT.

6. Na primeira hipótese, a incidência dos juros, tanto os compensatórios como os moratórios, constitui questão jurídica, acobertada, inclusive, pela coisa julgada formada no título judicial exeqüendo, que não pode ser modificada, senão pela via da ação rescisória.

7. Hipótese em que não se pode falar em alteração de critério jurídico, mas em simples correção de erro existente em cálculo apresentado pela Contadoria do Tribunal de origem que, ao invés de efetuar simples atualização monetária para fins de apuração do valor da próxima parcela a ser paga mediante seqüestro — que já incorpora os juros cuja incidência fora determinada no título exeqüendo —, fez incidir novo percentual de juros moratórios e compensatórios no período que intermedeia a data do pagamento da última parcela paga e a da confecção dos novos cálculos.

8. Esse erro, que não guarda nenhum vínculo com os critérios jurídicos definidos no título exeqüendo, é corrigível a qualquer tempo, inclusive por decisão administrativa do Presidente do Tribunal, valendo-se da prerrogativa definida no art. 1º-E da Lei 9.494/97.

(...)

12. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido, apenas para impedir a alteração dos critérios de atualização monetária, nos termos da fundamentação, mantendo-se, todavia, a exclusão das parcelas de juros moratórios e compensatórios que tenham incidido de modo continuado." (RMS 28.611/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 30/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS PAGOS DURANTE O PRAZO DO ART. 33 DO ADCT. PRETENSÃO DO MUNICÍPIO DE REPETIR O QUE PAGOU INDEVIDAMENTE.

(...)

3. É assente que a coisa julgada é qualidade consubstanciada na imutabilidade do acertamento ou da declaração contida na sentença, no que pertine à definição do direito controvertido.

4. Nesse sentido leciona Ovídio Baptista da Silva, *literris*: "(...) É indispensável, porém, ter presente que o pensamento dominante na doutrina européia considera que a coisa julgada é o efeito - ou, como quer Liebman, "a qualidade" - que se agrega à "declaração contida na sentença", libertando os demais efeitos da "imutabilidade" que ele pretendera atribuir-lhes, permite, por exemplo, aceitar que a decisão que homologue a atualização do cálculo, na fase de execução da sentença para reservar o valor da condenação - não ofenderá a coisa julgada.

(...)

O cálculo produzido na respectiva execução da sentença subvertia inteiramente o julgado, fazendo com que o "justo valor" - que o processo de liquidação da sentença deveria determinar - se transformasse em fonte de enriquecimento ilícito.

Por outro lado - este é um argumento adicional decisivo -, a sentença que homologa o cálculo decide sobre "fato", não sobre direito, no sentido de que a decisão possa adquirir a força de coisa julgada. Como disse, com toda razão, o Ministro Delgado (p. .18), as

sentenças nunca poderão "transformar fatos não verdadeiros em reais". Se o arbitrador, por qualquer motivo, desobedeceu ao julgado, produzindo um cálculo "absurdo", terá, com certeza, cometido erro de cálculo. A declaração contida no ato de homologar, no ato através do qual o juiz torna seu o arbitramento (*homo* + *logos*), não produz coisa julgada capaz de impedir que se corrija o cálculo, (...)."

5. Com efeito, o erro material pode ser sanado a qualquer tempo, sem que se ofenda a coisa julgada, até porque a correção do mesmo constitui mister inerente à função jurisdicional. Essa é, inclusive, a inteligência da norma prevista no art. 463, I, do Código de Processo Civil.

(...)

8. Sobre o tema discorre Carlos Valder do Nascimento, in Execução Contra a Fazenda Pública, Forense, 2000, 1ª Ed. pp. 29, 30, 34 e 35, *litteris*: "Dentro de uma perspectiva geral assentada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência, pode-se afirmar que o erro é um desvio de percepção da realidade fática, constituindo-se em vício do consentimento, por equívoco a propósito de determinado evento material.

Cezar Peluso, *apud* Arruda Alvim, perfilhando a ideia de Salvalore Satta, assim o define: 'Erro material não são apenas os defeitos exteriores ocorrentes na documentação do juízo ou na formação de documento, mas também toda divergência ocasional entre a ideia e sua representação, objetivamente reconhecível que demonstre não traduzir o pensamento ou a vontade do prolator'.

(...) Ora, se o juiz homologa cálculos com erro, pressupõe-se que, embora não seja a manifestação inequívoca da sua vontade, o fez por desconhecimento, por irreal percepção do fato. De modo que seu ato contempla o âmago da questão, isto é, sua causa material. E assim, configurando discrepância entre sua vontade e a veiculada no próprio conteúdo de sua decisão, torna-a defeituosa.

Decorrente disso, o erro de cálculo ou mesmo de sua atualização deve ser corrigido de ofício pelo Judiciário. Ele não reproduz a vontade do magistrado nem o estado pode cobri-lo com o manto do trânsito em julgado. Mesmo homologado nessas circunstâncias, porque ato nulo, não irradia efeitos jurídicos definitivos.

(...)

(REsp 698.517/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 687)

No presente caso, a revisão realizada no procedimento do precatório não tratou de rediscutir parâmetros fixados na sentença de condenação, mas apenas verificou que o valor da parcela mensal devida ao exequente, oriunda de diferenças remuneratórias reconhecidas no processo de conhecimento, era diferente daquele adotado no cálculo originário homologado pelo Juízo da execução.

Necessário esclarecer que a sentença do processo de conhecimento julgou parcialmente procedente a ação para determinar ao Estado de Mato Grosso do Sul que "o cálculo dos proventos dos Réus passe a incidir percentuais referentes à gratificação de representação, ao adicional de tempo de serviço e ao adicional de risco de vida sobre o vencimento que efetivamente fazem jus nos termos da Lei Estadual 1.836/98, ou seja, acrescido da gratificação de operações especiais, adicional de dedicação exclusiva, gratificação de auxílio a alimentação e adiantamento salarial, bem como para condenar o Réu no pagamento das diferenças havidas com essa decisão, acrescidas de correção monetária com base no IGPM-FGV e dos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano e incidentes sobre o valor já corrigido, ambos contados desde a data em pagamento

dos vencimentos deveria ter sido feito até a correção do cálculo aqui determinada." Posteriormente, a decisão foi modificada em sede de Recurso Especial somente para determinar que os juros moratórios incidam a partir da citação (fl. 286).

Às fls. 327-330, constata-se que o cálculo homologado pelo juízo da execução considerou como diferença salarial a parcela mensal inicial de R$ 2.571,80 (dois mil quinhentos e setenta e um reais e oitenta centavos), enquanto a Certidão de fl. 355 apurou "erro na apuração da base de cálculo inicial informada no memorial de fls. 311-312, conforme denota-se nos demonstrativos de pagamento anexos".

Dessa forma, juntou-se os extratos de pagamento do impetrante, fornecidos pelo Recursos Humanos da Fazenda Pública (375-401), a partir do qual foi elaborada planilha comparativa entre os valores recebidos e os que deveriam ter sido pagos (fls. 359-374), apurando-se como diferença uma parcela mensal inicial de R$ 2.263,38 (dois mil duzentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos).

Ressalta-se que não houve pronunciamento jurisdicional sobre qual seria o valor devido título de diferenças remuneratórias.

Importante salientar, ainda, que a revisão de cálculo impugnada se trata de ato administrativo que pode ser objeto de controle de legalidade pelo Poder Judiciário, mas não de controle de mérito. Sob esse prisma, não há que se falar em ilegalidade na mera correção de erro material em sede de precatório, onde não houve rediscussão ou modificação dos parâmetros fixados na fase jurisdicional que deu origem ao crédito.

Nas palavras da e. Min. Denise Arruda no julgamento do RMS 28.611/SP, cuja ementa foi acima colacionada, o erro de cálculo que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos.

Vejamos entendimento já proferido por este c. Órgão Especial:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRECATÓRIO – EXPEDIÇÃO EM DATA MUITO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 61/09 – PAGAMENTO QUE NÃO FOI EFETUADO DENTRO DO PERÍODO PREVISTO CONSTITUCIONALMENTE – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 17, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL SOBERANAMENTE FORMADA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS INDEXADORES DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA CONTIDOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – NECESSIDADE DE RESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL – ARTIGO 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE MERO ERRO ARITMÉTICO OU ERRO MATERIAL QUE PERMITISSE A INTROMISSÃO DO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL NA ALTERAÇÃO DOS INDEXADORES CONTIDOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – ORDEM CONCEDIDA. A competência para alteração da metodologia do cálculo de liquidação do precatório ou dos indexadores contidos na sentença condenatória transitada em julgado é exclusivamente do Juiz do feito originário, por se tratar de pretensão de alteração da coisa julgada material, cabendo ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, tão-somente, dar cumprimento ao conteúdo da sentença e do título formado com seu trânsito em julgado e materializado no precatório que está em curso, pendente de pagamento. A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material é manifestação do estado democrático de direito (art. 1º *caput*, CF). Expressa ela coisa julgada a necessidade de estabilização das decisões judiciais, vistas como ato de positivação de poder, motivo pelo qual deve ser garantida sua imutabilidade. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e

> na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Assim, não é possível, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento, alterar o que restou decidido tanto em relação ao indexador da correção monetária, o período de sua incidência, assim como os juros moratórios. O erro passível de correção por ato do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, na fase cumprimento do precatório é aquele de natureza aritmética e não o atinente à aplicação de determinado critério de correção monetária e de juros de mora, que são acobertados pelo manto da coisa julgada e, assim, imutável o cálculo elaborado pelo juízo de primeiro grau, em atendimento ao comando da sentença. O que se faz no precatório são cálculos para mera atualização do valor devido, sem possibilidade de qualquer alteração no conteúdo desses cálculos, elaborados segundo a sentença transitada em julgado. Qualquer pretensão de alteração no conteúdo deles, só por via da ação rescisória e, uma vez ultrapassado o prazo previsto em lei para seu ajuizamento, forma-se a coisa soberanamente julgada, insuscetível de modificação. Atividade administrativa exercida pelo vice-presidente, no cumprimento do precatório, que não permite sua intromissão para realização de cálculo com indexadores ou períodos diferentes daqueles lançados na sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XXVI, da constituição federal, o que não se pode conceber. (....) (TJMS. Mandado de Segurança n. 1400395-41.2016.8.12.0000, Campo Grande, Órgão Especial, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 26/10/2016, p: 15/03/2017)

> MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PRECATÓRIO - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS - CRITÉRIOS DE INCIDÊNCIA EM CONFORMIDADE COM O TÍTULO EXECUTIVO, EM RESPEITO AO DIREITO ADQUIRIDO, À COISA JULGADA E AO ATO JURÍDICO PERFEITO - VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA QUE NÃO AUTORIZA A MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO DO PRECATÓRIO, MAS TÃO SOMENTE CORREÇÕES DE ERRO MATERIAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO - CONCESSÃO. Se os critérios de cálculo do precatório - definidos e homologados pelo Juízo da Execução, e ratificados pelo Tribunal Pleno e Órgão Especial desta Corte de Justiça em decisões há muito transitadas em julgado - estão sendo modificado pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça em flagrante afronta ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, mostra-se evidenciada a violação ao direito líquido e certo do impetrante, justificando o afastamento do ato acoimado. A competência administrativa do Vice-Presidente do Tribunal de Justiça no âmbito dos precatórios não lhe autoriza a modificação dos critérios de cálculo estabelecidos pelo Juízo da Execução, cabendo-lhe apenas proceder correções de erro material, ou seja, meros equívocos de cálculo aritmético. Mandado de Segurança que se dá concessão, em face da manifesta afronta à violação de cláusula pétrea constitucional. (TJMS. Mandado de Segurança n. 1411170-52.2015.8.12.0000, Foro Unificado, Órgão Especial, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 14/09/2016, p: 15/09/2016)

Como já explicitado, o reconhecimento da verba está acobertado pelo manto da coisa julgada, mas não a decisão que apenas homologou o cálculo apresentado pelo exequente, sem fixar ou alterar qualquer parâmetro de cálculo, sendo possível a revisão em sede de precatório acaso constatada ocorrência de erro material, traduzido na discrepância entre a base de cálculo utilizada no cálculo de liquidação e o determinado título executivo.

Diante do exposto, afasto a alegada nulidade.

Da modificação "de ofício" do índice de correção monetária, em afronta à coisa julgada.

O impetrante ainda aponta como ilegal a aplicação do índice de correção monetária distinto daquele fixado na sentença. Aduz que a correção monetária foi feita pelo índice IGPM no período de 26/07/2005 até 08/12/2009 (advento da EC n.º 62/09), pela TR de 09/12/2009 até 25/03/2015 e pelo IPCA-E no período de 26/03/2015 até 14/07/2015.

Em que pese tal alegação, como bem ressaltou o parecer da d. PGJ, os índices de correção monetária aplicados no precatório em questão apenas visam observar o que restou determinado pelo STF na modulação de efeitos das ADIs n.º 4.425 e 4.375, *verbis*:

> 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. 1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 2. *In casu*, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. 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 (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária. 4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado. 5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT). 6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório. 7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão. (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)

Ora, é cediço que a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos, sendo o primeiro ao final da fase de conhecimento, período entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública, cuja atualização é estabelecida pelo próprio juízo da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.

O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado no exercício de função administrativa (*in casu*) pela Vice-Presidência do Tribunal, sendo este o período sobre o qual recai a decisão proferida pelo STF ao julgar as referidas ADIs nº 4.357 e 4.425 e, portanto, ao qual a Administração está jungida.

Realizando o cotejamento dos autos com o aresto acima colacionado, constata-se que não há que se falar em ilegalidade quando, na verdade, a autoridade coatora se limitou a cumprir o que restou decidido pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes*.

Da não aplicação de juros em período de mora, inobservando a Súmula Vinculante 17.

O impetrante entende que a autoridade coatora fez interpretação equivocada da Súmula Vinculante n.º 17, cujo enunciado prevê que "Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos."

Entende que os juros não incidem nesse período somente se o precatório for pago nele, caso contrário, devem correr juros em todo período, ou seja, da expedição do precatório até o efetivo pagamento. Em que pese tal argumentação, a mesma vai de encontro com o que restou sedimentado pelo próprio STF sobre a matéria, senão vejamos:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 17 DO STF. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. INADMISSIBILIDADE DE INOVAÇÃO RECURSAL. 1. Não afronta a Súmula Vinculante 17 do STF a decisão que determina a não incidência de juros moratórios durante o período compreendido pelo verbete, fluindo os juros após o término desse prazo. Precedentes. 2. Não prospera a pretensão de submeter a não incidência prevista na Súmula Vinculante 17 do STF a uma condição resolutiva, que seria o pagamento do precatório dentro do prazo. 3. É inviável a análise de questão jurídica não trazida na petição inicial da reclamação e aventada pela primeira vez no agravo regimental, por consistir em inadmissível inovação recursal, nos termos da jurisprudência do STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 15906 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 18/08/2015, Processo Eletrônico DJe-201 Divulg 06-10-2015 public 07-10-2015)

> EMENTA Agravo regimental na reclamação. Precatório judicial. Juros de mora. Violação da Súmula Vinculante nº 17 não configurada. Agravo regimental não provido. 1. Em razão do regime constitucional e legal de administração financeira do Estado e de execução contra a Fazenda Pública entre 1º de julho e o último dia do exercício financeiro seguinte, não há que se falar em atraso do Poder Público no pagamento de precatórios. 2. O juro de mora é encargo decorrente da demora no adimplemento da obrigação, somente se justificando sua incidência no período que extrapola o tempo ordinário de pagamento do precatório. 3. Para os precatórios expedidos até 1º de julho e não pagos pelo Poder Público até o último dia do exercício financeiro seguinte, correrão juros de mora do primeiro dia do exercício financeiro seguinte ao fim do prazo constitucional até a data do efetivo pagamento. 4. Agravo regimental não provido. (Rcl 13684 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/10/2014, Processo Eletrônico DJe-229 divulg 20-11-2014 public 21-11-2014)

Logo, considerando que no presente caso o precatório foi expedido em 22/06/2006, a fazenda pública teria até o fim do exercício de 2007 para realizar o pagamento, motivo pelo qual a incidência de juros moratórios voltou a fluir somente em 1º/01/2008.

Do equívoco dos cálculos

Subsidiariamente, o impetrante sustenta que houve equívoco na elaboração dos cálculos do Precatório em questão, tendo em vista que mesmo considerando a base de cálculo de R$ 405.691,32 (quatrocentos e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e trinta e dois centavos) e aplicando os parâmetros de correção utilizados pela autoridade coatora (correção pelo IGPM até 08/12/09, TR até 25/03/15 e IPCA-E até 14/07/15, e juros de mora de 0,5% ao mês, de 1º/01/08 até 14/07/15) o valor correto é de R$ 787.076,93 (setecentos e oitenta e sete mil, setenta e seis reais e noventa e três centavos) e não R$ 668.434,21 (seiscentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e vinte e um centavos), como constou na certidão.

Mais uma vez a alegação inicial merece ser afastada.

O motivo da diferença em relação ao resultado de ambos (fls. 449-453) os cálculos podem ser vislumbradas no simples cotejamento entre eles, e como bem esclarecido nas informações prestadas pela autoridade coatora, decorre da capitalização de juros realizada pelo impetrante, bem como da ausência de dedução do valor que o impetrante recebeu a título de crédito prioritário, no importe de R$ 26.975,70 (vinte e seis mil novecentos e setenta e cinco reais e setenta centavos).

Vejamos a explanação lançada e reproduzida pelo parecer *do Parquet,* onde resta nítido o equívoco do cálculo do impetrante, senão vejamos:

> (...) A capitalização decorre dos seguintes fatos:
>
> O crédito foi atualizado por três índices de correção monetária em períodos distintos: IGPM, de 26/07/2005 até 8/12/2009, TR de 9/12/2009 até 25/03/2015 e IPCA-E de 26/03/2015 até 14/07/2015; e, para remuneração da mora foi aplicado juros simples de 0,5% ao mês no período de 01/01/2008 a 14/07/2015.
>
> Na primeira atualização, feita com base no IGPM/FGV, o impetrante considerou o valor originário R$ 405.691,32 (crédito principal + juros moratórios) e atualizou-o para o período compreendido entre 26/07/2005 até 8/12/2009, e a este resultado acrescentou juros de mora, obtendo o valor de R$ 547.308,27.

Valor original	IGPM	Juros	Total
R$ 405.691,32	R$ 83.923,95	R$ 57.693,00	R$ 547.308,27

Entretanto, o valor originário, no importe de R$ 405.691,32, era composto de crédito principal = R$ 316.134,77 4 - R$ 89.556,55 = juros demora.

Ao acrescentar 0,5% de juros sobre R$ 89.556,55 (juros moratórios), ocorreu a capitalização de juros.

Para o período seguinte, compreendido de 9/12/2009, até 25/03/2015, o impetrante considerou o resultado de R$ 547.308,27 já com juros capitalizados e, após tê-lo atualizado pela TR, acrescentou 0,5% de juros moratórios, aumentando indevidamente seu crédito para R$ 749.068,16.

Valor	TR	Juros	Total
R$ 547.308,27	R$ 19.309,10	R$ 182.450,79	R$ 749.068,16

A incidência de juros sobre juros resultou em nova capitalização do crédito.

Por fim, o impetrante atualizou o valor de R$ 749.068,16 – já capitalizado - pelo IPCA-E, de 26/03/2015 até 14/07/2015, e mais uma vez acrescentou 0,5% de juros de mora ao resultado, gerando outra capitalização.

Valor	IPCA-E	Juros	Total
R$ 749.068,16	R$ 23.838,81	R$ 14.169,96	R$ 787,076,93

Em outras palavras, o impetrante partiu de uma premissa equivocada e reiterou a falha nas atualizações subsequentes, obtendo um resultado maior em razão da incidência de juros sobre juros, que é vedada no ordenamento jurídico.

Valor capitalizado	Valor pago	diferença
R$ 787.076,93	R$ 668.434,21	R$ 118.642,72

(...)

Destarte, a diferença apontada pelo impetrante decorre de impropriedades efetuadas no seu próprio cálculo, tendo em vista não existir previsão legal para capitalização de juros dos débitos da Fazenda Pública. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. JUROS DE MORA. NOVA REDAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. NECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL.
>
> Conforme precedentes desta Corte, a capitalização de juros somente é permitida quando expressamente autorizada, de modo que não se pode ter como subentendida tal sistemática remuneratória.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1360196/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013)

Dessa forma, o impetrante não logrou êxito em demonstrar qualquer ilegalidade nos cálculos efetuados no precatório em análise.

Da falta de atualização dos valores desde o último cálculo

A inicial ainda aponta como ilegalidade o fato de que entre a data do cálculo de atualização (14/07/15) e o efetivo pagamento do precatório transcorreu praticamente 1 (um) mês, sendo necessária a atualização do montante devido até a data do efetivo pagamento.

Tal argumento não merece prevalecer, pois diante do volume de procedimentos dessa espécie que tramitam neste Tribunal de Justiça é impossível garantir que não exista algum decurso de tempo entre a data da última atualização e a data do efetivo pagamento do crédito.

No caso vertente, o pagamento foi efetuado num prazo razoável de aproximadamente 1 (um) mês, o que não possui o condão de reclamar nova atualização, sob pena de jamais se extinguirem os créditos pagos por via de precatório.

Diante o exposto, não restando demonstrada qualquer ilegalidade ou direito líquido e certo, com o parecer, afasto a preliminar de inadequação da via eleita e denego a segurança.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Por unanimidade rejeitaram a preliminar arguida, no mérito, a conclusão de julgamento foi adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após a relatora, acompanhada dos desembargadores Contar, Sérgio e Sideni denegarem a segurança. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente, o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

VOTO (EM 10.05.17)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º Vogal)

Ante a complexidade da matéria relativa aos precatórios, pedi vistas dos autos para analisar mais detidamente as insurgências carreadas no mérito do *mandamus*.

Compulsando a exordial de f. 1-19, infere-se que Paulo Roberto Rossini impetrou o *writ* contra ato do Desembargador Vice-Presidente e do Juiz Gestor de Precatórios, ambos deste Tribunal de Justiça, consubstanciado na rejeição da impugnação à homologação dos cálculos de liquidação da sentença proferida no processo de conhecimento, onde se formou o título executivo judicial que deu ensejo à expedição do precatório. Alegou que houve ofensa à coisa julgada, já que sob a justificativa de erro material foram refeitos os cálculos, reduzindo o valor devido ao beneficiário.

Ao examinar o *mandamus*, a ilustre relatora entendeu que é correta a apuração do erro material na esfera administrativa; que o índice de correção monetária foi aplicado devidamente em atenção aos efeitos modulados pelas ADI's n. 4.357 e 4.425 julgadas pelo Supremo Tribunal Federal; a não incidência dos juros de mora no período de graça, julgando improcedente o pedido formulado por ausência de direito líquido e certo

Com a devida venia, entendo que o pedido não foi analisado em sua completude.

As razões deduzidas expuseram o inconformismo com a aplicação da Emenda Constitucional n. 62/2009, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal, ao fundamento de que inaplicável aos precatórios vencidos antes de sua vigência, como o caso em apreço, cuja requisição de pagamento foi expedida em 11 de julho de 2006 (f. 78). A propósito, a formulação do pedido à f. 18:

> e) ao final, que seja concedida a segurança, para o fim especial de determinar-se às autoridades impetradas o seguinte:
>
> e.1) que sejam refeitos os cálculos, restabelecendo-se no crédito originário **a quantia suprimida a título de 'erro material'** na memória de cálculos de fls. 337 (numeração dos autos de precatório);
>
> e.2) que sejam refeitos os cálculos, aplicando-se o IGP-M/FGV como índice de correção para todo o período, tal qual previsto na sentença transitada em julgado;
>
> e.3) que sejam refeitos os cálculos, aplicando-se os juros de mora previstos na sentença transitada em julgado para todo o período, inclusive nos exercícios financeiros de 2006 e 2007;

> f) se assim não se entender, então, ao menos, em caráter subsidiário, que seja ordenado o seguinte:
>
> f.1) que sejam refeitos os cálculos, ordenando-se o pagamento da diferença apurada de R$ 118.642,72, apurada até a data base de 14.07.2015 (data dos cálculos), a qual deverá ser corrigida a partir daí;
>
> f.2) que sejam refeitos os cálculos, ordenando-se, pelo menos, a correção do montante devido desde 14.07.2015 (data dos cálculos) até a data em que houve o efetivo pagamento, descontando-se a quantia paga ao impetrante. (g.n.)

Asseverou o impetrante, pois, a ilegalidade da correção do aventado "erro material" *sponte propria* por servidor do Departamento de Precatórios quanto ao valor devido, bem como quanto ao índice de correção monetária aplicável e ainda em relação à aplicabilidade da Súmula Vinculante n. 17, diante da rejeição da impugnação aos cálculos pelo Juiz Gestor de Precatórios e Vice-Presidente deste Tribunal (f. 454-457).

Cumpre, então, averiguar se há ilegalidades nos critérios adotados para a elaboração do cálculo.

Da certidão de f. 355, expedida pelo Departamento de Precatórios - Coordenadoria de Cálculos de Liquidação de Precatórios, constata-se que os parâmetros adotados foram:

> Certifico, nos autos de Precatório n.0009808-15.2006.8.12.0000, em fase de liquidação, tendo como Requerente Paulo Roberto Rossini e Requerido Estado de Mato Grosso do Sul, que esta Coordenadoria de Cálculos analisando os documentos anexados nos autos, foi constatado **erro material** no memorial de cálculos que deu origem ao crédito inicial no valor de R$ 474.340,67, onde houve **erro na apuração da base de cálculo inicial** informada no memorial de fls. 311-312, conforme denota-se nos demonstrativos de pagamentos anexos.
>
> Certifico que após correção do erro material, o valor encontrado é de R$ 405.691,32, e que foi realizada a atualização do crédito pelo SAPRE Sistema de Administração de Precatórios, nos termos do art. 1º, § 12 da EC 62/2009 e arts. 23, 24, 25 e 36 da Portaria 629/2014, de lavra da Vice-Presidência desta Corte em 13/08/2014, a saber: **Correção Monetária pelo índice IGPM no período de 26/07/2005 até 08/12/2009; da TR (Bacen) no período de 09/12/2009 até 25/03/2015; e do IPCA-E no período de 26/03/2015 até 14/07/2015 e Juros de Mora simples no percentual de 0,50% am. No período de 01/01/2008 até 14/07/2015, alcançando o valor global de R$ 668.434,21, já debitado o valor recebido como preferencial.**
>
> Certifico, ainda, que durante a tramitação deste precatório, o credor Paulo Roberto Rossini se beneficiou do pagamento preferencial no valor de R$ 26.975,70.
>
> **Certifico que o crédito atualizado até a presente data, alcança o valor global de R$ 668.434.21, sendo que após as retenções de Previdência - Regime Próprio, no valor de R$ 73.527,76 e do IRRF no valor de R$ 102.744,07, o saldo líquido em favor do requerente resulta em R$ 492.162,37**.
>
> Certifico, por fim, que o o crédito foi atualizado e revisado nos termos do Capítulo VIII, arts. 23, 24 e 25, e Capítulo XII, art. 36, da Portaria 629/2014, de 13/08/2014. (g.n.)

Na sequência, adveio certidão retificadora com o seguinte teor (f. 402):

> CERTIFICO, nos autos de Precatório n.0009808-15.2006.8.12.0000, em fase de liquidação, tendo como Requerente Paulo Roberto Rossini e Requerido Estado de Mato Grosso do Sul, que conforme determinado as fls. 185-187, 337, retifico a certidão de fls. 337, para que conste:

> **Certifico que o crédito atualizado até a presente data, alcança o valor global de R$ 668.434.21, ficando isento do recolhimento de Tributo Previdenciário e de IRPF**. (g.n.)

Consta, ainda, que o Precatório de Requisição de Pagamento n. 2006.008170-9, teve ofício n. 641.01.2844-06 expedido em 11.07.2006 e foi incluído no orçamento do ano de 2007 para pagamento, consoante asseverado pelo então Procurador do Estado responsável à f. 78, porém o montante foi homologado apenas no segundo semestre de 2015.

A partir desse panorama é que devem ser examinadas as questões postas em discussão e, ao meu ver, não ponderadas pelo ilustre relator.

Teor da r. sentença condenatória que é objeto do Precatório

Consoante infirmo da leitura dos autos, o Estado de Mato Grosso do Sul foi condenado ao pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes de gratificação de representação, adicional de tempo de serviço e adicional de risco de vida calculados com base no vencimento em favor do impetrante restando assim lançado o dispositivo (f. 272):

> Ante o exposto, com fundamento no artigo 330, I, do Código de Processo Civil e nas Leis Estaduais nºs 1.102/90 e 1.836/98, julgo parcialmente procedente a presente ação ordinária movida por Paulo Roberto Rossini e Valmir Marini contra o Estado de Mato Grosso Do Sul para determinar ao Réu que no cálculo de proventos dos Réus passe a incidir os percentuais referentes à gratificação de representação, ao adicional de tempo de serviço e ao adicional de risco de vida sobre o vencimento que efetivamente fazem jus nos termos da Lei Estadual 1.836/98, ou seja, acrescido de gratificação de operações especiais, adicional de dedicação exclusiva, gratificação de auxílio alimentação e adiantamento salarial, bem como para **condenar o Réu no pagamento das diferenças havidas com essa decisão, acrescidas da correção monetária com base no IGPM-FGV e dos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano incidentes sobre o valor já corrigido, ambos contados desde a data em pagamento dos vencimentos deveria ter sido feito até a correção do cálculo aqui determinada**. (g.n.)

Tal decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça no julgamento do recurso de apelação n. 2003.006596-2, como se vê à f. 277:

> Tecidas essas considerações e desnecessárias outras tantas, ao tempo em que conheço do recurso voluntário e do obrigatório, nego-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Mas, subsequentemente, o Superior Tribunal de Justiça alterou parcialmente a conclusão (f. 286):

> Pelo exposto, com fundamento no artigo 544, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, **dou provimento ao recurso para que os juros moratórios incidam a partir da citação**. (g.n.)

Como visto, mesmo após a apelação e o recurso especial, apenas o termo de incidência dos juros moratórios fora revisto; o índice da correção monetária e o percentual dos juros de mora restaram incólumes e, portanto, transitada em julgado referida decisão.

Por óbvio, uma vez que se reveste de caráter judicial, a ação de cobrança movida pelo credor em face do Estado de Mato Grosso do Sul, cuja pretensão foi acolhida, ficou acobertada pelo manto da coisa julgada, o que impede qualquer nova discussão acerca do tema, sob pena de se estar ferindo o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, o qual estabelece que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Esse dispositivo constitucional visa dar segurança e certeza às relações jurídicas que ficariam gravemente prejudicadas, ameaçando os próprios fundamentos da vida social se pudessem ser rediscutidas ou impugnadas indefinidamente. A erosão desse pilar do Estado significa a decrepitude da própria Justiça.

Como se evidenciará adiante, a r. decisão que homologou os cálculos, assentindo com a aplicação de critérios distintos daqueles constantes da sentença, viola diversos institutos como o da incompetência do Exmo. Sr. Vice-Presidente do Tribunal para rever os critérios de cálculo do débito, a possibilidade de fluência dos juros moratórios no período de graça se o débito não for pago no ano seguinte à requisição do respectivo valor e, principalmente, a coisa julgada material emergente do comando da sentença que não teve qualquer alteração em grau recursal.

Da incompetência do vice-presidente para corrigir o valor do débito objeto do precatório – exercício de atividade meramente administrativa que não pode atentar contra o valor homologado judicialmente e que fez trânsito em julgado. competência para deliberar apenas sobre erro do cálculo, mas não sobre os critérios para correção do valor requisitado através do precatório**.** Ofensa à coisa julgada material.

Nesses autos não se constata a ocorrência de erro material ensejador da correção *ex officio* e a qualquer tempo pelo administrador.

Isso porque o erro material que não faz coisa julgada, corrigível até mesmo de ofício, é tão-somente o erro aritmético, configurado pela omissão ou equívoco na inclusão de parcelas indevidas ou na exclusão de valores devidos. Caracteriza-se pelo equívoco de escrita ou de cálculo, representativo de manifestação viciada da vontade, que pode ser sanado a qualquer tempo sem que se ofenda a coisa julgada.

Nesse sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO. ALTERAÇÃO NO VALOR. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRITÉRIO DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. PRECLUSÃO. NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que o erro que pode ser corrigido pelo Presidente do Tribunal, ao determinar a expedição do precatório judicial, é o material, simples erro de cálculo (aritmético), não podendo ser conferida a mesma possibilidade ao erro no critério de cálculo, do qual fazem parte, por exemplo, o termo inicial da correção monetária e o percentual dos juros de mora, sob pena de ofender a coisa julgada.
>
> 2. Considerando que o caso dos autos envolve erro no critério de cálculo da conta apresentada pelos servidores na parte referente ao termo inicial da correção monetária, não há falar em erro (material) de cálculo, motivo pelo qual não caberia a aplicação do art. 1º-E da Lei n. 9.494/1999.
>
> 3. É firme na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da impossibilidade de se alterar critério de cálculo após o trânsito em julgado da sentença que homologa os cálculos apresentados pelo credor, sob pena de ofensa à coisa julgada.
>
> 4. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles (Súmula 283/STF).
>
> 5. Recurso especial a que se nega seguimento.
>
> (Recurso Especial Nº 1.180.482 - MG)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 730, I, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. CITAÇÃO. ART. 730 DO CPC. ERRO MATERIAL NOS CÁLCULOS APRESENTADOS PARA FINS DE LIQUIDAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. [...] 4. O erro passível de correção, nos termos do art. 463, I, do CPC, é aquele de natureza aritmética e não o atinente à aplicação de determinado critério de correção monetária e de juros de mora, que são acobertados pelo manto da coisa julgada. 5. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 07/STJ). 6. Agravo regimental improvido."
>
> (AgRg no Ag 705.084/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 14/11/2005; sem grifos no original.)
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. PARCELAMENTO. ARTIGO 33 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PEDIDO DE SEQUESTRO. **ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA PREVISTO NA DECISÃO EXEQUENDA. ALTERAÇÃO. VEDAÇÃO. JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. EXCLUSÃO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES.**
>
> **1. Esta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento de que ao Presidente do Tribunal é vedada, pena de afronta à coisa julgada e por não se tratar de mero erro material, qualquer alteração dos critérios de correção monetária, em face de expressa previsão constante de provimento judicial transitado em julgado.** Nesse sentido, os seguintes precedentes: EREsp nº 208.109/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, in DJ 11/12/2006; EREsp nº 462.938/DF, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, in DJ 29/8/2005; REsp nº 841.517/DF, Relatora Ministra Denise Arruda, in DJ 12/11/2007; e REsp nº 702.849/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, in DJe 30/9/2008. (...)
>
> (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no RMS 27.122/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 03/09/2010) (g.n.)

In casu, verifico que ao propor a execução definitiva n. 001.98.020975-1 ainda na via judicial, pleiteando a expedição de precatórios, o ora impetrante formulou cálculo deduzindo os valores das parcelas a aduziu ter direito às f. 322-330, apurando o valor de R$ 474.340,67 (quatrocentos e setenta e quatro mil, trezentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos) atualizado até 01.07.2005, restando este valor incontroverso a teor da manifestação do Estado de Mato Grosso do Sul na sequência em afirmou (f. 340):

> (...) **o Estado não oporá embargos à execução, por concordar com os cálculos apresentados pelos Exequentes**, mas a expedição do precatório somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, existindo ainda recurso pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devendo o processo permanecer em arquivo aguardando a decisão. (g.n.)

Diante dessa assertiva, o juízo da execução considerou liquidada a sentença e declarou em 08.06.2006 o crédito de R$ 474.340,67 (quatrocentos e setenta e quatro mil, trezentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos), requisitando o pagamento por precatório (f. 348).

Segundo lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria De Andrade Nery[2]: "quando o juiz a julga, resolve a pretensão de liquidação, vale dizer, seu pronunciamento contém **julgamento de mérito**, de acolhimento ou de rejeição da pretensão de liquidação (CPC 269 I). **Por possuir conteúdo de mérito, esse pronunciamento faz coisa julgada material (CPC 467) e é rescindível"** (CPC 485) (g.n.).

2 *in* **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** 11ª edição, 2010, Editora Revista dos Tribunais, p. 761.

Justamente dentro dessa perspectiva é que foi iniciado o procedimento administrativo em 23.06.2006 (f. 33), com a inclusão do crédito para pagamento no orçamento de 2007 (f. 78). Seguiu-se o pagamento do crédito preferencial (f. 105-108), cujo cálculo apurado pelo Departamento de Precatórios em 03.07.2012 foi de R$ 705.387,40, tendo como valor original incontroverso o montante de R$ 474.340,67 (f. 112-113) e deste cálculo novamente não se insurgiu o Estado de Mato Grosso do Sul, consoante certidão de f. 125.

Assim, sob o aspecto do *quantum debeatur* apurado na via judicial há sim coisa julgada, não sendo passível de correção a pretexto de erro material na esfera administrativa, notadamente porque o servidor que elaborou a certidão de fls. 355 apenas informou que houve erro na apuração da base de cálculo que deu origem ao crédito inicial de R$ 474.340,67, onde houve erro na apuração da base de cálculo inicial informada no memorial de fls. 311-312 (que são parte apenas dos *hollerites* do autor), sem demonstrar, todavia, em que consistiria esse suposto erro na apuração da base de cálculo, ainda mais quando o douto magistrado da causa, em primeiro grau, assim se expressou quanto ao valor do cálculo de liquidação do débito (com o qual concordou o Estado, como se viu), exarando sentença com o seguinte teor:

> Declaro o crédito do Exequente Paulo Roberto Rossini em R$ 474.340,678 (quatrocentos e setenta e quatro mil, trezentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos), atualizado até 01.07.2005, relativo ao crédito principal, que se tornou incontroverso, já que o Estado de Mato Grosso do Sul manifestou sua expressa concordância com o valor apresentado (fls. 352/355). (fls.408/409)

Muitos anos depois, vem um servidor do Tribunal e se arvora na prerrogativa de modificar a sentença, alterando substancialmente o valor devido, sob o pálido argumento de ocorrência de erro material na base de cálculo, sem que ele mesmo explicasse onde estaria esse erro e no que consistiria, pelo que, para todos os fins e efeitos de direito, e em especial por atentar contra a coisa julgada material então formada (tanto que ensejou a expedição do precatório) é de se ter como inexistente o alegado erro material (que somente seria passível de alteração, por isso mesmo, pelo próprio juízo do feito e, jamais, pelo mesmo servidor e nem mesmo pelo douto Vice-Presidente desta Corte de Justiça, como aqui ocorreu).

Por consequência, não havendo erro material, falta competência às autoridades coatoras para deliberarem sobre o valor liquidado na via judicial. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça tem a jurisprudência se inclinado no sentido de que a competência funcional para a condução do precatório é do Juiz da causa:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRECATÓRIO. COMPETÊNCIA.
>
> 1. A competência para decidir sobre a atualização de precatórios é do juízo de primeiro grau, a menos que se cuide de simples correção de erro material. A atividade desenvolvida pelo Presidente do Tribunal tem natureza administrativa, não podendo ele, assim, praticar atos reservados à esfera jurisdicional, como é a decisão sobre a atualização da conta do precatório e os índices aplicáveis para tanto.
>
> 2. Recurso especial provido em parte
>
> (STJ, Segunda Turma, REsp n. 51.281/SP, relator Ministro Castro Meira, DJ 28.06.2004).
>
> PROCESSUAL CIVIL. PRECATÓRIO SUPLEMENTAR. ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATUALIZAÇÃO DE CONTAS E APLICAÇÃO DE ÍNDICES. COMPETÊNCIA.
>
> 1. A função do Presidente do Tribunal, no processamento do requisitório de pagamento, é de índole essencialmente administrativa, não abrangendo as decisões ou recursos de natureza jurisdicional.

> 2. A competência para decidir sobre a atualização de precatórios é do juízo de primeiro grau.
>
> 3. Recurso especial conhecido e provido.
>
> (STJ, REsp 421.988/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 19/02/2008, DJe 14/03/2008)

E de maneira muito pertinente o recentíssimo julgado:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ADITAMENTO DE PRECATÓRIO. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO INSUFICIENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.
>
> I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.
>
> II - Acórdão recorrido em consonância com a orientação desta Corte, segundo a qual a) não cabe ao Presidente do Tribunal (ou à autoridade delegada) determinar o aditamento de precatório em razão de pagamento insuficiente, exceto nos casos de erro material e inexatidão aritmética contidos no precatório original; e b) **cabe ao juízo da execução o julgamento de questões incidentes surgidas durante o cumprimento do precatório, tendo o Presidente do Tribunal atribuições de índole meramente administrativa**.
>
> III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.
>
> IV - Agravo Interno improvido.
>
> (STJ, AgInt no RMS 51.930/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma**,** julgado em 14/03/2017, DJe 23/03/2017) (g.n.)

Vê-se, então, que apenas as questões surgidas após o procedimento administrativo é que podem ser alteradas pelo órgão e autoridades competentes, mediante observância estrita ao quanto estabelecido no título judicial, por absoluto respeito à coisa julgada e a própria eficácia preclusiva da coisa julgada que impedem que questões já debatidas sejam novamente apreciadas.

Ao examinar o suposto "erro material" suscitado *ex officio* pelo Departamento de Precatórios à f. 355, em 14.07.2015, infere-se que o servidor subscritor consignou:

> Certifico, nos autos de Precatório n. 0009808-15.2006.8.12.0000, em fase de liquidação, tendo como Requerente Paulo Roberto Rossini e Requerido Estado de Mato Grosso do Sul, que esta Coordenadoria de Cálculos analisando os documentos anexados nos autos, foi constatado erro material no memorial de cálculos que deu origem ao crédito inicial no valor de R$ 474.340,67, onde houve erro na apuração da base de cálculo inicial informada no memorial de fls. 311-312, conforme denota-se nos demonstrativos de pagamentos anexos.
>
> Certifico que após correção do erro material, o valor encontrado é de R$ 405.691,32, e que foi realizada a atualização do crédito pelo SAPRE - Sistema de Administração de Precatórios, nos termos do art. 1º, § 12 da EC 62/2009 e arts. 23, 24, 25 e 36 da Portaria

> 629/2014, de lavra da Vice-Presidência desta Corte em 13/08/2014, a saber: Correção Monetária pelo índice IGPM no período de 26/07/2005 até 08/12/2009; da TR (Bacen) no período de 09/12/2009 até 25/03/2015; e do IPCA-E no período de 26/03/2015 até 14/07/2015 e Juros de Mora simples no percentual de 0,50% am. No período de 01/01/2008 até 14/07/2015, alcançando o valor global de R$ 668.434,21, já debitado o valor recebido como preferencial.
>
> Certifico, ainda, que durante a tramitação deste precatório, o credor Paulo Roberto Rossini se beneficiou do pagamento preferencial no valor de R$ 26.975,70.

Extrai-se, indene de dúvidas, que o erro apontado não é próprio da fase administrativa, mas remontaria a um período de nove anos anteriores (f. 348-349), quando definido o *quantum debeatur* expressamente na execução de sentença, após liquidado o valor com expressa concordância do Estado de Mato Grosso do Sul.

Logo**,** com o máximo respeito, o Exmo. Sr. Vice-Presidente jamais poderia ter promovido qualquer alteração no importe apurado na esfera judicial ou à forma do cálculo do débito que foi homologado pelo juízo de primeiro grau e, com base em fórmula diversa, ter homologado, nove anos depois, o valor para pagamento.

Durante sua tramitação, o Vice-Presidente tem competência apenas para atualizar o valor contido no precatório, pelos mesmos índices e indexadores constantes da parte dispositiva da sentença ou do acórdão que foram os instrumentos jurídicos jurisdicionais que estabeleceram os critérios para atualização do valor devido. Esses critérios não podem ser alterados na fase de cumprimento do precatório, como aqui ocorreu, tanto pelo fato de que o Vice-Presidente não tem competência para rever o que foi judicialmente decidido, ante a natureza meramente administrativa no processamento do precatório, quanto pelo fato – esse primordial e que será evidenciado adiante – de incorrer em clara e flagrante ofensa à coisa julgada material, o que é inadmissível em nosso ordenamento jurídico.

Da Decadência

O art. 54 da Lei n. 9.784/1999, que tem aplicação subsidiária aos entes federados, dispõe que:

> Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

A decadência administrativa, que não se confunde com a prescrição, obstaculiza a alteração do ato a pretexto de corrigi-lo. Este, instituto específico do direito administrativo, retira da Administração Pública o poder jurídico de rever seus próprios atos.

Se de um lado a legalidade é da essência do direito administrativo, encartado como princípio fundamental, de outro a estabilidade das relações jurídicas não se faz menos importante**.** Não se pode relegar a possibilidade de discussão *ad aeternum* da observância dos parâmetros legais, sendo necessário evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, capaz de implicar em incertezas e receios entre os indivíduos, criando situação de insegurança jurídica que se contrapõe, exatamente, ao fim último da jurisdição, que é a pacificação do conflito, em definitivo.

A norma se dirige essencialmente a estabilizar relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos e pela estabilização de seus efeitos, com clara intenção de sobrelevar o princípio da proteção à confiança, de modo que, após cinco anos e desde que tenha havido boa-fé, fica limitado o poder de autotutela administrativa e, em consequência, não mais poderá a administração suprimir os efeitos favoráveis que o ato produziu para seu destinatário.

A segurança jurídica, bem assim como a efetividade e celeridade do processo, encaminha o processo para que a prestação jurisdicional estabilize as relações jurídicas que gravitam em torno do processo, trazendo a segurança jurídica buscada através da invocação da prestação jurisdicional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, integrante da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do qual resultou a Lei nº 9.784/99, ao discorrer sobre a segurança jurídica, esclarece que

> O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientador anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de Direito administrativo. 20. Ed. P. 76).

J. J. Gomes Canotilho[3], que dispensa apresentações, também anota:

> O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar que aos seus *actos* ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas e normas jurídicas vigentes e válidas por esses *actos* jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.
>
> As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a *actos* normativos – proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a *actos* jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a *actos* da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de *actos* administrativos constitutivos de direito. ”
>
> (...) A segurança jurídica no âmbito dos *actos* jurisdicionais aponta para o caso julgado. O instituto do caso julgado assenta na estabilidade definitiva das decisões judiciais, quer porque está excluída a possibilidade de recurso ou a reapresentação de questões já decididas e incidentes sobre a relação processual dentro do mesmo processo – caso julgado formal –, quer porque a relação material controvertida (‘questão de mérito’, ‘questão de fundo’) é decidida em termos definitivos e irretratáveis, impondo-se a todos os tribunais e a todas as autoridades – caso julgado material.

Diferente não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a decadência que se aplica aos atos da administração pública, assim devendo ser considerada, também, o ato aqui praticado pelo Exmo. Sr. Vice-Presidente do Tribunal, porque não o faz no exercício da função jurisdicional, mas sim no exercício de uma atividade meramente administrativa, como já está pacificado na doutrina e na jurisprudência. Confira-se, dentre outros, estes arestos:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS INATIVOS. ART. 54 DA LEI N.º 9.784/99. ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIGURADA. TERMO *A QUO*. VIGÊNCIA DA LEI.
>
> 1. Ausente lei específica, os comandos normativos contidos na Lei n.º 9.784/99 são aplicáveis no âmbito das Administrações Estadual e Municipal, os quais estabelecem o prazo de 5 (cinco) anos para a Administração rever seus próprios atos.

3 J. J. GOMES CANOTILHO, *in* **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257.

> 2. Caso o ato acoimado de ilegalidade tenha sido praticado antes da promulgação da Lei n.º 9.784, de 01/02/1999, a Administração tem o prazo de cincos anos a contar da vigência da aludida norma para anulá-lo; caso tenha sido praticado após a edição da mencionada Lei, o prazo quinquenal da Administração contar-se-á da prática do ato tido por ilegal, sob pena de decadência, nos termos do art. 54 da Lei n.º 9.784/99.
>
> 3. Na espécie, trata-se de dois atos de aposentadoria. O primeiro foi levado a efeito antes da edição da Lei n.º 9.784/99, ou seja, em 05/06/1996 e, por via de consequência, o termo final para Administração alterá-lo se deu em 12/2004. O segundo se deu após a publicação da mencionada lei federal, isto é, em 17/07/2000, sendo certo que o dies ad quem para a revisão deste se operou em 17/07/2005. Assim, para ambas as hipóteses, restou configurada a da decadência, uma vez que somente em 03/2006 foi modificado o cálculo de ambos os proventos. Analisando situação idêntica, o RMS 24.170/RS, da relatoria do i. Ministro Arnaldo Esteves Lima.3. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. (RMS 24.423/ RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011).

Ora. O precatório é do ano de 2006. Haveria de ter sido integralmente pago no ano de 2007, e não o foi. Não pode agora o Sr. Vice-Presidente, a pretexto de analisar os cálculos homologados judicialmente, querer rever o valor ali fixado, mediante mudança de valores apurados e critérios que não constaram a sentença que veio a transitar em julgado.

Qualquer modificação, ainda que se admitisse, por suposição, possível de ser feita pelo Vice-Presidente, só poderia ter ocorrido, no máximo, até o mês de julho de 2011, que são os cinco anos contados da data da apresentação do precatório no Tribunal e a requisição de seu pagamento ao Estado. No máximo, poderia ser até 31 de dezembro de 2012, se se contar o prazo findo o último dia do ano orçamentário em que deveria ter pago.

Operando-se a decadência, portanto, jamais poderia o Exmo. Sr. Vice-Presidente alterar o cálculo de liquidação, para fins de pagamento do valor da condenação, mormente com alteração dos critérios de elaboração do mesmo cálculo o qual, como se verá também adiante, provou decisão *extra petita* e absolutamente nula.

Daí que, também sob esse prisma, evidencia-se o direito líquido e certo do impetrante.

Da Coisa Julgada

Nem mesmo a lei ou qualquer outro preceito normativo, muito menos decisão de natureza administrativa, como no caso, não poderão se opor ao que já tenha sido definitivamente decidido pelo Judiciário, havendo de respeitar o quanto decidido, em conformidade com o que está contido no Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que estabelece:

> XXXVI. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

Nos termos dos artigos 502 e 505 do CPC de 2015, que tiveram redação aperfeiçoada em relação aos artigos 467 e 471 do CPC/1973:

> Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.
>
> Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

> I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
>
> II - nos demais casos prescritos em lei.

No mesmo sentido prescreve o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas Jurídicas:

> Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
>
> § 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou;
>
> § 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem;
>
> § 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

O processo civil moderno, desvinculando-se das teorias que o vinculavam à existência do direito material subjacente, consagrando a autonomia do direito de ação, possui função instrumental. A finalidade maior almejada pela jurisdição consiste na pacificação social que se forma, exatamente, pela coisa julgada, que só o provimento jurisdicional pode estar dotado.

O escopo do processo é que leva à impossibilidade de se alterar – mormente por ato da administração – o que resultou definitivo e indelével pela autoridade da coisa julgada que se agrega ao provimento jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco[4] nos ensina:

> A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).

A definitividade da decisão judicial constitui garantia do estado democrático de direito, não se admitindo a desqualificação da coisa julgada nos termos propostos. A autoridade desta decorre do simples fato de que "o Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da segurança jurídica dos cidadãos, mesmo em prejuízo à busca pela justiça"[5].

Nesse contexto a estabilidade das decisões judiciais é direito inalienável do jurisdicionado e a instabilidade da tutela estatal dos conflitos interindividuais afetaria negativamente a convivência em sociedade. Daí que várias regras jurídicas são editadas nesse sentido, como por exemplo, aquelas relacionadas à prescrição, decadência e às preclusões. Assim, não se pode perder de vista a aplicação do princípio da segurança jurídica, implicitamente contido nos capítulos da CF/88 que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos e no que aborda os direitos políticos, *ad exemplum* do que se vê no art. 5°, XXXVI, XXXIX e XL).

4 **A instrumentalidade do processo**, *op. cit*., p. 387

5 Inteligência do STJ, AgRg na AR 1.543/SC, Rel. Ministro Franciulli Netto, 1ª seção, julgado em 12.09.2001, DJ 22.10.2001 p. 262

A mudança de interpretação de determinadas normas legais não pode gerar insegurança jurídica. Nelson Nery Junior[6] adverte:

> A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (art. 1º *caput*, CF). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprisse a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira. A lei não pode modificar a coisa julgada material (art. 5º, n. XXXVI, CF); A CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (art. 1º, *caput* e 60 §4º, CF); o juiz não pode alterar a coisa julgada (art. 467 e 471 CPC).

De igual forma o pensamento firme e sempre observado de Barbosa Moreira[7]:

> O interesse na preservação da *res iudicata* ultrapassa, contudo, o círculo das pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento será algo mais que o fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir por seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranquilidade social".
>
> (...) A atividade do órgão judicial, entretanto, seria vã – e não atingiria o fim a que visa – se o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações. A tanto obsta o mecanismo da *res iudicata*.

E considerando que a sentença, no caso, está sendo violada pela decisão administrativa do Vice-Presidente do Tribunal, calha à fiveleta a lição doutrinária de Luiz Guilherme Marinoni[8]:

> A coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais, vistas como ato de positivação de poder, motivo pelo qual, se há sentido em garantir sua imodificabilidade diante do Legislativo, é mais evidente ainda a imprescindibilidade de se tutelar a sua irretroatividade em relação ao Poder Judiciário. Se a decisão judicial, embora inviolável pelo Legislativo, pudesse ser livremente negada exatamente por aquele que a produziu, não existiria a segurança jurídica indispensável ao Estado de Direito".
>
> (...) Não há como opor um direito, seja ele qual for, à coisa julgada, uma vez que esta expressa o fim ou o término do discurso sobre o próprio direito, estando, por isso mesmo, em um plano distinto e superior ao de qualquer direito em estado de litigiosidade.

E infelizmente é o que está aqui ocorrendo, em que o próprio Poder Judiciário, que está encarregado de obter o cumprimento do precatório, centralizando os pagamentos através do Tribunal, ele mesmo está negando a autoridade da coisa julgada formada no processo de conhecimento, de cujo dispositivo se extraiu o valor do cálculo do débito devido, e que não mais pode ser agora aqui alterado, porque essa forma de proceder, essa forma de agir, retira a estabilidade da autoridade que emerge da sentença que se constitui no título judicial que se executa. Pior, ainda, nem mesmo por uma segunda coisa julgada, formada em um segundo processo, mas por um mero ato da administração, como no caso, ato esse que ofende a literalidade do artigo 5º, inciso XXXVI da Magna Carta, como se viu acima.

6 **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal,** p. 39. 8ª edição. Ed. RT.

7 José Carlos Barbosa Moreira. **Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material**. Temas de direito. processual. 9ª Série. São Paulo. P. 241 e seguintes

8 Luiz Guilherme Marinoni. **Coisa Julgada inconstitucional**. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

Daí que a r. decisão do Exmo. Sr. Vice-Presidente, ao determinar o refazimento do cálculo de liquidação, alterando o valor apurado e homologado no juízo da execução da sentença que transitou em julgado, é um ato nulo de pleno direito**,** *data máxima vênia*, porque violou a coisa julgada, fato que se constata *ictu oculi*, inapelavelmente.

No Superior Tribunal de Justiça o entendimento não é divergente, a saber, não se pode validar ato praticado - qualquer que seja ele, judicial ou administrativo, que se oponha à força emergente da coisa julgada. Confira-se, dentre outros, estes arestos, o primeiro exarado, inclusive, em sede de recurso especial repetitivo:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA- E.
>
> APLICAÇÃO.
>
> (...) Destarte, incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (Mutatis mutandis, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).
>
> (STJ, REsp 1143677/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010)

Muito recente, enfrentando hipótese similar à contida no presente Regimental, o Superior Tribunal de Justiça voltou a se pronunciar pela necessidade de se respeitar a coisa julgada. Vejam-se os arestos:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. JUROS DE MORA. TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO QUE DETERMINA A INCIDÊNCIA DOS JUROS ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO. OBSERVÂNCIA DA COISA JULGADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. O entendimento desta Corte, na esteira do que foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal, é de que não incidem juros moratórios em precatório complementar se o pagamento for efetuado no prazo constitucional, previsto no art. 100, § 1o. da Constituição Federal.
>
> Vê-se: AgRg no REsp. 651.882/CE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 7.3.05 e EREsp. 439.282/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJU 1.8.06.
>
> 2. Todavia, havendo o trânsito em julgado da sentença que expressamente determina a incidência dos juros de mora até o efetivo pagamento da dívida, como é o caso dos autos, não cabe a exclusão da referida parcela dos cálculos da execução, sob pena de afronta à

coisa julgada. Precedentes: AgRg no REsp 1.228.041/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 15.8.2014; EDcl no AgRg no REsp. 1.140.667/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 4.8.2014.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1232664/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 28/03/2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA. AFERIÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVIMENTO NEGADO.

1. O acórdão recorrido julgou a lide de modo fundamentado e coerente, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração e, por conseguinte, à violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Os juros moratórios, nas execuções contra a Fazenda Pública, são devidos até a liquidação do valor executado, o que se verifica com a definição do *quantum debeatur*, materializado no trânsito em julgado dos embargos à execução ou, quando estes não forem opostos, no trânsito em julgado da decisão homologatória dos cálculos.

3. Havendo sentença transitada em julgado determinando a incidência dos juros moratórios até o efetivo pagamento da dívida, não cabe a exclusão de tais consectários dos cálculos da execução, sob pena de afronta à coisa julgada. Precedente da Corte Especial.

4. Impossibilidade de acolhimento da tese defendida, por depender de apuração acerca da existência de sentença transitada em julgado, determinando a incidência dos juros moratórios até o efetivo pagamento. Questão eminentemente fática não delineada pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

5. Não compete ao STJ analisar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, a teor do art. 102, III, da Constituição Federal.

6. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1131996/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL NO PROCESSAMENTO DE PRECATÓRIO. ÍNDICE DE CORREÇÃO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO HOMOLOGADO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA.

1. Hipótese em que a Presidência do Tribunal de origem, ao determinar a aplicação da Portaria 862/2007, alterou os índices de correção monetária no processamento do precatório.

2. Ao adequar os índices de correção não previstos na sentença exequenda, a Presidência do Tribunal de Justiça atuou nos estritos limites de sua competência.

3. Conforme a jurisprudência pacífica do STJ, não é possível, posteriormente ao

> trânsito em julgado da sentença homologatória, alterar os índices de atualização monetária utilizados na respectiva conta, sob pena de ofensa à coisa julgada.
>
> 4. A Portaria 862/2007 não pode ser aplicada ao período anterior a novembro de 1.991 para mudar os parâmetros dos cálculos homologados em liquidação de sentença (fls. 26-28, e-STJ). No período posterior, contudo, como não há comando judicial acerca dos índices de atualização cabíveis, não há ilegalidade na alteração durante o processamento do precatório.
>
> 5. Agravo Regimental não provido.
>
> (STJ, AgRg no RMS 37.219/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 10/09/2015)

Logo, com o máximo respeito ao e. Vice-Presidente, não se afigura possível, aqui também, alterar o valor homologado em juízo após liquidação fixado pela r. sentença condenatória proferida contra o Poder Público.

Já com relação ao índice de correção monetária e os juros de mora, restou claro na parte dispositiva a condenação do réu se dava para o "pagamento das diferenças havidas com essa decisão, acrescidas da correção monetária com base no IGPM-FGV e dos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano incidentes sobre o valor já corrigido, ambos contados desde a data em que o pagamento dos vencimentos deveria ter sido feito **até a correção do cálculo aqui determinada**" (g.n.)

Dessa parte, resta certo que o índice estabelecido e os juros de mora, foram aqueles da sentença até a apuração do *quantum* devido, isto é, até homologação judicial do crédito do ora impetrante. Como dito acima, restou fixado em 08.06.2006 no importe de R$ 474.340,67 (quatrocentos e setenta e quatro mil, trezentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos), restando a partir daí incidentes os índices de correção e juros de mora aplicáveis à Fazenda Pública, o que, aliás, já vinha sendo ponderado pelo próprio impetrante no curso do precatório, *ex vi* da petição de f. 242-243, protocolada em 19.05.2015, com o reconhecimento de que fossem aplicados outros índices, tendo ele próprio deduzido:

> a) Até 30/06/2009, os juros e a correção monetária devem ser computados conforme a decisão transitada em julgado;
>
> b) de 1º/07/2009 a 25/03/2015, deve haver aplicação exclusiva do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e juros da caderneta de poupança;
>
> c) a partir de 26/03/2015, o cômputo de correção monetária ocorre pelo IPCA-E e juros simples de 0,5% ao mês, contados da citação, a teor da Súmula n. 204 do Superior Tribunal de Justiça. (f. 242)

E pelo Departamento de Precatórios foi estabelecido (f. 355):

> Correção Monetária pelo índice IGPM no período de 26/07/2005 até 08/12/2009; da TR (Bacen) no período de 09/12/2009 até 25/03/2015; e do IPCA-E no período de 26/03/2015 até 14/07/2015 e Juros de Mora simples no percentual de 0,50% am. No período de 01/01/2008 até 14/07/2015

Do comparativo, dessome-se que houve compatibilidade entre o pleiteado administrativamente quanto à correção monetária e o cálculo efetuado pelo setor responsável, tanto que atendeu à modulação de efeitos decorrente do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.425 e 4.375 julgadas perante o Supremo Tribunal Federal e mencionadas pela ilustre relatora.

A ofensa à coisa julgada, como demonstrado, é evidente, assim, tão somente ao valor homologado judicialmente, o que acarreta a absoluta invalidade do cálculo que o alterou indevidamente, daí que se evidencia o direito líquido e certo da impetrante nos termos delineados.

Dos juros moratórios - contagem no período de graça constitucional, se não pago no exercício do orçamento seguinte à requisição de pagamento. Súmula vinculante 17 do STF.

Quanto aos juros da mora no denominado período de graça constitucional também não pairam dúvidas. No Supremo Tribunal Federal pende de análise o Recurso Extraordinário n. 591085/MS pela Excelsa Corte, cuja repercussão geral foi reconhecida, cuja ementa tem o seguinte teor:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. **PRECATÓRIOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DURANTE O PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO PARA SEU PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ORIGINAL E REDAÇÃO DADA PELA EC 30/2000), DA CONSTITUIÇÃO**.
>
> I - QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA DE MÉRITO PACIFICADA NO STF. **REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.** CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. DENEGAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS QUE VERSEM SOBRE O MESMO TEMA. DEVOLUÇÃO DESSES RE À ORIGEM PARA ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. PRECEDENTES: RE 579.431-QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, MIN. ELLEN GRACIE; RE 591.068-QO/PR, MIN. GILMAR MENDES; RE 585.235-QO/MG, REL. MIN. CEZAR PELUSO. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido.
>
> (STF, RE 591085 QO-RG, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 04/12/2008, Repercussão Geral - Mérito DJe-035 Divulg 19-02-2009 Public 20-02-2009 Ement VOL-02349-09 PP-01730 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 313-323) (g.n.)

Enquanto não sobrevier a diretiva do mencionado Recurso Extraordinário, deve prevalecer o entendimento consolidado na jurisprudência do próprio STF, do STF e dos Tribunais do País, de que a incidência dos juros moratórios no ano orçamentário já está devidamente tratada na Súmula Vinculante n. 17, que dispõe que "durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos", o que todavia, não leva necessariamente àquela conclusão externada pelo Exmo. Sr. Vice-Presidente, de que os juros de mora, à razão de 0,5% e, assim, num total de 9% no período, não haveriam de incidir entre 01 de julho de 2007 e 31 de dezembro de 2008, quando o pagamento deveria ter sido efetuado, e não o foi.

No debate que a propositura da mencionada súmula ensejou, oportuno destacar o quanto consignado pelos ministros na ocasião:

> O Senhor Ministro Cezar Peluso – Senhor Presidente, com o devido respeito, eu não entendi bem qual é a dúvida sobre o termo inicial nem o final. Neste, suscita-se a questão de saber que, se não é pago naquele período, recomeça a contagem. A minha proposta diz textualmente: 'os precatórios que sejam pagos naquele período'. Evidentemente, se não é pago naquele período, é outra a hipótese. É, em relação ao termo inicial, qual é a dúvida? (...)
>
> O Senhor Ministro Carlos Britto – Eu também estou achando a redação proposta pelo Ministro Cezar Peluso clara e conforme o § 1º do artigo 100 da Constituição. O período está ali bem demarcado, não vejo nenhuma dúvida também. Se eu tivesse que modificar, Ministro Cezar Peluso, economizaria duas vírgulas, diria assim: durante o período previsto no § 1º do artigo 100 da Constituição. Pronto, e seguiria[9]."(g.n.)

9 Disponível em 29.04.2016 no endereço eletrônico: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_17__PSV_32.pdf

Dúvida não há, portanto, que tanto pela redação clara da Súmula Vinculante n. 17 como pelos argumentos expendidos pelos ilustres Ministros naquela ocasião, que a vontade e intenção dos intérpretes da Lei Maior era de conferir um "período de graça" tão somente para que a Fazenda Pública adimplisse o precatório dentro do ano orçamentário em que incluída a ordem de pagamento do precatório. Obviamente se não satisfizesse a dívida no lapso temporal haveria de ser computado todo o período, sem isenção do dito "ano orçamentário" ou período de 18 meses.

Entender de maneira contrária – com o máximo respeito - configuraria verdadeiro enriquecimento ilícito do Poder Público em detrimento do cidadão que aguarda seu crédito por longos anos, fato vivenciado única e exclusivamente no Brasil. Nenhum outro País do mundo tem um sistema de pagamento da dívida pública reconhecida em sentença judicial transitada em julgado como tem o Brasil, acertadamente chamado de país componente do denominado terceiro mundo.

De igual maneira previu a Portaria n. 629/2014, que regula o procedimento do precatório no âmbito deste Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> **Art. 25.** Não incidirão juros moratórios no período entre a elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, **desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento**. (Alterado pela Portaria n. 832, de 25.9.2014 – DJMS, de 29.9.2014.) (g.n.)

Com a devida vênia ao entendimento do ilustre Vice-Presidente, não vejo como conceber que o período de graça confira um benefício para a Fazenda Pública continuar em débito sem o cômputo dos juros moratórios que fluíram nesse período se não pago o precatório no ano seguinte, como no caso. A isenção dos juros somente se justifica tão somente se o pagamento fosse feito dentro do orçamento gerado para o ano posterior e não indefinidamente, como no caso presente.

Nesse sentido já se manifestou o próprio Supremo Tribunal Federal, cuja linha orientativa desaguou na Súmula Vinculante 17:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. ARTIGO 100, § 1º, DA CB/88. 1. **O Tribunal fixou o entendimento no sentido de que não são devidos os juros moratórios no período entre a data de expedição do precatório e a do efetivo pagamento, se realizado no prazo estipulado constitucionalmente. Contudo, no caso dos autos, o pagamento se deu após o prazo constitucional**. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (STF, RE 571222 AgR, Relator (a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, DJe-088 Divulg 15-05-2008 Public 16-05-2008 Ement VOL-02319-10 PP-02133) (g.n.).

Assim também vem sendo a orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA- E. APLICAÇÃO.

(...)

4. A Excelsa Corte, em 29.10.2009, aprovou a Súmula Vinculante 17, que cristalizou o entendimento jurisprudencial retratado no seguinte verbete: "Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos." 5. Consequentemente, os juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 divulg 30.10.2008 public 31.10.2008), exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força da princípio hermenêutico *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 divulg 17.04.2008 Public 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 divulg 06.03.2008 public 07.03.2008).

6. (...)

7. A correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita.

8. Destarte, incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (*Mutatis mutandis*, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel.

Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

9. Entrementes, ainda que a conta de liquidação tenha sido realizada em período em que aplicável a Taxa Selic como índice de correção monetária do indébito tributário, impõe-se seu afastamento, uma vez que a aludida taxa se decompõe em taxa de inflação do período considerado e taxa de juros reais, cuja incompatibilidade, na hipótese, decorre da não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento, no prazo legal, da requisição de pequeno valor - RPV.

10. Consectariamente, o índice de correção monetária aplicável aos valores constantes da RPV, quando a conta de liquidação for realizada no período em que vigente a Taxa Selic, é o IPCA-E/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), à luz do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 242/2001 (revogada pela Resolução 561/2007).

11. A vedação de expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago mediante Requisição de Pequeno Valor tem por escopo coibir o fracionamento,

repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, por RPV e, em parte, por precatório (artigo 100, § 4º, da CRFB/88, repetido pelo artigo 17, § 3º, da Lei 10.259/2001), o que não impede a expedição de requisição de pequeno valor complementar para pagamento da correção monetária devida entre a data da elaboração dos cálculos e a efetiva satisfação da obrigação pecuniária.

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado: "Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor." 13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel.

Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel.

Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de correção monetária, pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, REsp 1143677/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010).

Penso que a condição para não haver incidência dos juros da mora é ser pago o valor devido dentro do interregno dos dezoito meses. O trecho do verbete da Súmula Vinculante n. 17 consigna: "sejam pagos". Se não foram pagos, há a incidência. Esse período representa a percentagem de 9% do valor devido, 0,5% ao mês.

Em outras palavras, ao afastar a incidência dos juros da mora a citada súmula vinculante sinaliza que, não havendo, no prazo alusivo ao precatório, a liquidação do valor devido, tem-se a incidência dos juros da mora desde o início, ou seja, não há anistia quanto ao período de dezoito meses que a pessoa jurídica de direito público tem para liquidar o débito e, geralmente, não liquida. Pela clara redação, uma

vez não satisfeito o débito, passados os dezoito meses, há a incidência desde o início, desde a expedição do precatório[10].

Ressalto, por oportuno, como dito, que a existência de súmula vinculante sobre a matéria tratada, com redação clara e que não dá margem a interpretações divergentes, inclusive pelo debate retro transcrito dos ministros, que expressamente consignaram a intenção da anistia dos juros moratórios apenas se pago o precatório no período de graça, não admite relegação, nem mesmo pelo próprio Supremo Tribunal Federal, *ex vi* do artigo 103-A da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

De fato, os parâmetros de atualização dos precatórios encontram assento na Constituição, nas leis, nos atos normativos subalternos e na jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Prescreve o artigo 100, § 12, da CF, com redação dada pela Emenda 62/2009:

> § 12. **A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.** (grifei)

Já a Resolução nº 115, de 29 de junho de 2010, editada pelo CNJ, estabeleceu, no artigo 36, *caput* e parágrafo 3º:

> Art. 36. **A <u>partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 62/09</u>,** a atualização de valores dos precatórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.
>
> **§ 3º A atualização dos valores dos precatórios até a publicação da Emenda Constitucional 62/09 deverá ser feita na forma das decisões judiciais que os originaram, respeitados os índices de correção monetária, os juros a qualquer título e outras verbas ou penalidades eventualmente fixadas. (grifei)**

E a Lei n. 11.417/2006 prescreve em seu artigo 4º que:

> Art. 4º. A súmula com efeito Vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

O precatório objeto do presente mandado de segurança não foi expedido a partir da promulgação da Emenda Constitucional 62/2009. Ocorreu antes, ainda no ano de 2006, para que pudesse ter sido pago até 31 de dezembro de 2007.

Nenhuma dúvida há, pois, de que os efeitos produzidos, seja pela emenda constitucional, seja pela Súmula 17 Vinculante do STF, se orientam pelo princípio *tempus regit actum* e que não houve, como não poderia haver, determinação no sentido da retroação dos efeitos da Súmula Vinculante 17.

10 Intelecção do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da Rcl 15906 AgR, de relatoria do Ministro Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 18/08/2015, Processo Eletrônico DJe-201 Divulg 06-10-2015 Public 07-10-2015.

Não há que se confundir vigência imediata com retroação. Conquanto realmente seja possível reconhecer excepcionalmente a retroatividade dos preceitos normativos, é imperioso que não haja ofensa ao direito adquirido, à coisa julgada ou ato jurídico perfeito.

O entendimento constante da Súmula 17 do STF, sob pena de também ferir o disposto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, mais especificamente no que se refere não só à coisa julgada, mas também ao direito adquirido dos agravantes, não pode ter aplicação ao caso em tela, máxime porque o Precatório em questão já havia sido formalizado e expedido em 28/06/2007, ou seja, muito antes da entrada em vigor do referido precedente normativo, restando sedimentadas todas as suas especificações e delimitações.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga, no julgamento do AgRg nos EDcl no Recurso Especial Nº 1.150.396 - RS (2009/0143017-1), sob relatoria do Min. Nefi Cordeiro, assentou:

> Tornou-se entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 591.085/MS, sob o regime da repercussão geral, a impossibilidade de incidirem juros moratórios, em precatório complementar, no período compreendido entre a data da expedição e a do efetivo pagamento do precatório principal, desde que obedecido o prazo a que se refere a Constituição Federal no art. 100, § 1º.
>
> A sentença proferida no processo de conhecimento determinou expressamente serem devidos juros de mora até o efetivo pagamento do precatório, o que, em tese, a despeito de contrário ao entendimento do STF, não poderia sofrer alteração, sob pena de ofensa à coisa julgada.
>
> No tocante a esta alegação, o Superior Tribunal de Justiça possui sedimentada jurisprudência sobre o tema, entendendo que o afastamento de determinação expressa na sentença exequenda, acerca da incidência de juros de mora no precatório complementar, viola o princípio da coisa julgada. Veja-se:
>
> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO QUANTO À INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NO MOMENTO OPORTUNO. COISA JULGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. Se na sentença exequenda já transitada em julgado houver expressa determinação para que sejam incluídos os juros moratórios no precatório complementar até o depósito total da dívida, o afastamento de sua incidência viola o princípio da coisa julgada. Precedente: EDcl no AgRg no REsp. 1231689/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 01.06.2011.
>
> 2. Na espécie, a União não se insurgiu contra a aplicação dos juros de mora no momento oportuno, qual seja, quando o magistrado de primeiro grau entendeu correta a incidência dos juros até a inscrição do precatório. Desse modo, é forçoso reconhecer que a discussão sobre o cabimento dos juros encontra-se acobertada pela coisa julgada.
>
> 3. Agravo Regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp 147.636/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, Dje 24/02/2015) (com destaques)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA. AFERIÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. Havendo sentença transitada em julgado determinando a incidência dos juros moratórios até o efetivo pagamento da dívida, não cabe a exclusão de tais consectários dos cálculos da execução, sob pena de afronta à coisa julgada. Precedente da Corte Especial.

(...)

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1145123/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014).

Em nenhuma hipótese a jurisprudência sufraga a possibilidade do entendimento esposado na Súmula 17 retroagir seus efeitos para alterar o conteúdo da sentença transitada em julgado, sendo firmes os precedentes no sentido de que o entendimento assentado pelo STF possui efeitos *ex nunc***,** citando-se, à guisa de exemplo este acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que bem delineou a matéria, em tudo idêntica à do presente agravo regimental:

Desapropriação Execução de sentença Discordância dos cálculos apresentados pelo DEPRE Inadmissibilidade Coisa julgada Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 17 Manutenção dos cálculos elaborados Precedentes jurisprudenciais Recurso não provido. (TJSP Agravo de Instrumento Nº 2218309-66.2014.8.26.0000)

Ao ensejo desse julgamento, o eminente relator consignou:

Com efeito, o tema da incidência de juros moratórios entre a data de expedição do precatório judicial e de seu efetivo pagamento já se encontra pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal, afastando-se sua incidência para o período constitucionalmente estabelecido inteligência dos artigos 33 e 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por outro lado, sob a força inafastável da coisa julgada, os critérios estabelecidos especificamente para o débito objeto desta lide devem prevalecer sobre o entendimento consolidado, vinculado o juízo de execução às disposições do título executivo. É garantia assegurada pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Federal, a irretroatividade das leis, sendo insuprimíveis os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Por lei se entende não apenas a lei em sentido estrito, mas também todas as demais espécies normativas. Não pode, assim, uma Emenda Constitucional reger situação já alcançada pela coisa julgada, como, aliás, leciona Sérgio Resende de Barros: O princípio atual inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal afeta todos os Poderes constituídos. Porém, antes dos demais, o Congresso Nacional, ao dizer que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Aí "lei" tem sentido estrito? Abrange somente leis complementares, ordinárias, delegadas, em suma, as leis? Não. Essa garantia exatamente por ser constitucional alcança todas as normas elaboradas sob o império da Constituição, a principiar pelas espécies normativas primárias arroladas no art. 59, entre as quais a Constituição inclui as emendas a si própria. Todas as espécies aí tratadas estão compreendidas no processo legislativo realizado sob o comando da Constituição e, por isso, ficam igualmente submetidas às garantias constitucionais, entre as quais pontifica a irretroatividade. Por conseguinte, não se pode fazer por emenda constitucional o que não se pode fazer por lei. Por exemplo, se é inconstitucional instituir a tributação dos inativos por lei, também o será por emenda constitucional. Pudesse qualquer espécie infraconstitucional subverter as garantias constitucionais, então se instauraria o caos jurídico dentro da Constituição. De mais a mais, poder de reforma não é Poder Constituinte, como já se mostrou (Reforma Constitucional e Direito Adquirido, in Constitucionalismo e Estado - Organizadores: Agassiz Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto Filho, 1ª edição, página 241, Forense, 2006).

Neste sentido também já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal, em voto do eminente Ministro Carlos Britto:

9- Acontece que, no caso dos autos, a decisão recorrida extraordinariamente partiu da premissa de que o acórdão exequendo, prolatado na ação expropriatória antes do ano 2000 e transitado em julgado, determinou a incidência dos juros "até o efetivo pagamento do débito" (fls 21).

10- Ora bem, tal cenário timbrado em sentença com o selo da coisa julgada, afasta a probabilidade de êxito do apelo extremo. Esta foi a conclusão a que chegou a Primeira Turma em caso semelhante, ao desprover o Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 359, também de minha relatoria. Agravo interposto pelo mesmo Município de Santo André.

11- De qualquer forma, se há coisa julgada anterior à EC 30/2000, determinando a incidência de juros até o efetivo pagamento do débito, isso remete o intérprete ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição. Dispositivo segundo o qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Lei aqui em sentido amplo, a abarcar as emendas constitucionais, conforme assinalei no meu livro Teoria Da Constituição, 2006, Editora Forense, fls. 117/121, do qual extraio a seguinte passagem síntese: "... se a referência constitucional apenas à lei, em tema de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, fosse um abra-te sésamo para a edição das emendas, cairíamos todos numa contradição grotesca. É que a nossa Constituição também só mencionou a lei, não a emenda, enquanto veículo de imposição de deveres de conteúdo positivo, ou negativo ('ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei'). E a falta de menção às emendas significaria a imprestabilidade delas para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? A toda evidência, não! (Agr. Rg. na Ação Cautelar nº 1.217-1, relator Ministro Carlos Britto, j. 25/06/2007).

Em consonância, o Órgão Especial desta Corte Paulista, no julgamento do Mandado de Segurança nº 0533405-24.2010.8.26.0000, decidiu afastar o disposto na Súmula Vinculante nº 17, por afrontar o princípio da coisa julgada, conforme se observa na respectiva ementa:

Mandado de Segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que excluiu de seu crédito os juros de mora e os juros compensatórios em continuação no período de moratória Incorreção da medida Posição majoritária deste Colendo Órgão Especial Inaplicabilidade da Súmula Vinculante 17 Impetração contra decisão do Presidente do Tribunal que em agravo regimental excluiu juros de mora em continuação Violação à coisa julgada Atribuição administrativa que não autoriza modificação do decidido em juízo Correção monetária Correta a aplicação dos índices de 42,72% para janeiro de 1989 e 10,14% para fevereiro de 1989 Segurança concedida em parte (relator Desembargador Ruy Coppola, j. 11/05/2011).

Destaco outros precedentes:

Indenização Precatório judicial Impugnação visando impedir os agravados de levantar a quantia a ser depositada nos autos relativa à 10ª parcela do precatório Alegação de que foi efetuado pagamento a maior, em razão da inobservância da Lei Federal nº 11.960/09, da Súmula 17 do STF, do decido no RE nº 591.751/SP, da EC 62/2009 e o consequente cômputo dos juros moratórios e compensatórios durante o prazo da moratória do art. 78 do ADCT Decisão que indeferiu a impugnação Questão acobertada pelo manto da preclusão Recurso não provido (Agravo de Instrumento nº 060235-79.2013.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Reinaldo Miluzzi, j. 10/06/2013).

Ação de Desapropriação Execução de resíduo de precatório Alegação do DER Departamento de Estradas de Rodagem de pagamento a maior por inobservância da Lei

nº 11.960/09; EC 62/09 e pela Súmula Vinculante 17 do STF Questão preclusa Lei nova que não prevalece sobre a coisa julgada Decisão mantida Recurso improvido (Agravo de Instrumento nº 0078752-35.2013.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Burza Neto, j. 03/07/2013).

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS PRETENSÃO À APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 11.960/2009 INADMISSIBILIDADE PRESERVAÇÃO DA COISA JULGADA. 1 Pretensão ao recálculo de valores constantes de conta de liquidação para o precatório pendente de adimplemento. Impossibilidade. 2- Necessidade de preservação da coisa julgada. 3- A Lei Federal nº 11.960/2009 tem conteúdo material e repercute no âmbito jurídico patrimonial do credor, de tal sorte que não pode retroagir para alcançar situações anteriores ao seu ingresso no mundo jurídico, desrespeitando, inclusive, no caso em apreço, a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CF). 4- Decisão mantida. 5- Recurso de agravo de instrumento desprovido (Agravo de Instrumento nº 0235075-05.2012.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Francisco Bianco, j. 28/01/2013)."

Não são poucos os precedentes exarados nesse sentido, senão veja-se:

"EXECUÇÃO DE SENTENÇA Discussão dos valores constantes em ofício requisitório expedido no ano de 2001. Negativa da Municipalidade, ora executada, ao pagamento do valor remanescente. Alegação de cômputo indevido de juros durante a moratória constitucional instituída pelos arts. 33 e 78 do ADCT. Possibilidade. Falta de pagamento integral no prazo previsto. Mora caracterizada. Superveniência da EC. 62/09 e da Súmula vinculante nº 17 do C. STF. Não incidência nos casos dos precatórios expedidos em momento anterior às suas respectivas edições. Respeito à coisa julgada. Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP. Apelação com Revisão n.º 0003139-75.1994.8.26.0161)

APELAÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. PRECATÓRIO. LEVANTAMENTO. LEI 11.960/09. JUROS MORATÓRIOS NO PERÍODO DO ART. 100, § 1º DA CF. SÚMULA VINCULANTE Nº 17. COISA JULGADA. Insurgência com relação à aplicação da Lei 11.960/09 para fins de fixação da correção monetária e dos juros. Acórdão proferido na fase de conhecimento transitado em julgado. Ofensa à coisa julgada. Alegação de necessidade do cômputo de juros moratórios no período previsto no art. 100, § 1º da CF. Superveniência da EC. 62/09 e da Súmula vinculante nº 17 do C. STF. Não incidência nos casos dos precatórios expedidos em momento anterior às suas respectivas edições. Respeito à coisa julgada que deve ser observado também quanto a isso. (TJSP Apelação com revisão nº 0.410.511-09.1995.8.26.0053)

AÇÃO ORDINÁRIA Aplicação da Lei nº 11.960/09 que colide com a garantia da coisa julgada, cláusula pétrea contra a qual não poderia investir a EC 62/09 (art. 60, § 4º, IV, da CF) Aplicação da Súmula Vinculante 17 que não tem razão de ser no caso em exame, uma vez que o pagamento do precatório se fez fora do período de graça Recurso provido. (TJSP Apelação Cível nº 0410615-98.1995.8.26.0053)

AGRAVO DE INSTRUMENTO Apossamento administrativo Fase de execução Alegação do DER de excesso de execução, sob o argumento de que não se observou a Lei nº 11.960/09, o princípio da especialidade das normas e aplicação intertemporal do direito, o RE nº 590.751/SP, a Súmula Vinculante nº 17 e o art. 100, da CF Inaplicabilidade em respeito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido Decisão mantida. Recurso improvido. (TJSP Agravo de Instrumento nº 0047348-63.2013.8.26.0000)

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO IMPUGNAÇÃO AO VALOR DO PRECATÓRIO Insurgência contra decisão que desacolheu a impugnação, determinando o depósito da última parcela, conforme cálculo

> efetivado pela Contadoria do juízo Julgamento do Supremo Tribunal Federal lançado em Recurso Repetitivo Inconstitucionalidade da EC 62/09 declarada incidentalmente pelo Órgão Especial deste Tribunal, notadamente no ponto em que a norma pretende alcançar os precatórios expedidos antes da sua promulgação. Cálculo efetivado corretamente, em face das decisões proferidas Observância dos princípios constitucionais da coisa julgada e do direito adquirido Decisão mantida Recurso não provido. (Agravo de Instrumento nº 2064371-17.2015.8.26.0000)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desapropriação - Execução de sentença – Cálculos impugnados – Demanda ajuizada anterior à Lei 11.960/09 – Juros e correção monetária que devem ser pagos nos termos do que transitou em julgado – Inaplicabilidade do § 16, do art. 2º da EC 62/09, bem como da Sumula Vinculante nº 17 – Princípio da coisa julgada que deve ser observado – Decisão mantida – Recurso não provido. (TJSP. Agravo de Instrumento nº 2131526-71.2014.8.26.0000)

Assim, com todo respeito ao e. Vice-Presidente, não só os juros de mora são devidos desde a citação, porque a tanto dispôs expressamente a r. sentença condenatória, como, de outro tanto, a Súmula vinculante 17 não proíbe a cobrança dos juros de mora, no denominado período de graça, se o precatório não foi pago no ano orçamentário seguinte à sua inclusão, como é a espécie contida no presente caderno processual.

De igual forma, não se pode admitir a aplicação dos termos da EC 62/09 para o precatório que foi expedido muito tempo antes de sua promulgação, na medida em que nem mesmo a Emenda Constitucional pode conflitar ou contrastar cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, na sua redação do constituinte originário, que é aquela inscrita no seu artigo 5º, inciso XXXVI.

Importa relevar, inclusive, que em 19.04.2017 o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a tese no julgamento do RE n. 579.431/RS: "Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório", ou seja, ampliou a interpretação dos juros de mora para além de apenas o período de graça, o que corrobora a tese acima delineada.

A r. decisão, por conseguinte, com todo o respeito, deve ser também neste ponto alterada.

Quanto à correção monetária

No que tange a correção monetária, vislumbra-se da parte dispositiva que transitou em julgado foi expressa ao determinar a incidência pelo IGPM-FGV apenas "até a correção do cálculo" (f. 272). Além disso, como já explanado acima, houve reconhecimento dos índices tais como aplicados pelo próprio impetrante na esfera administrativa.

Assim, neste ponto, não merece acolhida o pedido formulado.

Dispositivo:

Por todo o exposto, com a devida vênia ao entendimento da relatora e do parecer ministerial, deles divirjo e concedo parcialmente a segurança para determinar que o valor do crédito do impetrante apurado na liquidação judicial e acolhida pelo juízo executivo seja aquele homologado no importe de R$ 474.340,67 (quatrocentos e setenta e quatro mil, trezentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos), cálculo esse efetuado em 01.07.2005 feito em conformidade com o conteúdo que emerge da r. sentença transitada em julgado e com a concordância do Estado de Mato Grosso do Sul, em sua inteireza, e, para tanto:

Determinar a incidência dos juros de mora de 0,5% ao mês no período da graça constitucional, isto é, de 01.07.2006 a 31.12.2007, totalizando 9%, consoante intelecção da Súmula Vinculante n. 17, computados, outrossim, em relação aos outros períodos na mesma taxa, desde a data da citação, até que o valor seja integralmente pago; e,

Manter a correção monetária tal como aplicada pelo Departamento de Precatório, consoante certidão de f. 355, ou seja, adotando o índice IGPM/FGV, e IGPM no período de 26/07/2005 até 08/12/2009; da TR (Bacen) no período de 09/12/2009 até 25/03/2015; e do IPCA-E no período de 26/03/2015 até 14/07/2015, em tudo respeitando-se a coisa julgada que emerge do título que serve de substrato para o precatório objeto deste *mandamus*.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (5º Vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (6º Vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (8º Vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

O Sr. Des. João Maria de Lós. (9º Vogal)

Acompanho o voto do 4º vogal.

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

Acompanho o voto do 4º vogal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1º Vogal)

Retifico o meu voto para acompanhar o voto do 4º vogal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Retifico o meu voto para acompanhar o voto do 4º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, em parte, com o parecer, rejeitaram a preliminar arguida, no mérito, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Des. Dorival Renato Pavan, após os Desembargadores Contar e Sideni retificarem seus votos para acompanhar a dissidência. Ausente por férias o Des. Manoel Mendes Carli. Absteve-se de votar, por estar ausente no início do julgamento onde foi proferida sustentação oral, o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, 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. Marco André Nogueira Hanson..

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

***

2ª Seção Cível
Agravo Regimental nº 1413189-94.2016.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA – LIMINAR INDEFERIDA – JULGAMENTO DEFINITIVO DO PEDIDO – RECURSO PREJUDICADO.

Diante do julgamento definitivo da ação rescisória, deve ser julgado prejudicado o agravo interno que se insurge contra o indeferimento da liminar.

Recurso julgado prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido. Ausente, por férias, o Des. Marcelo Rasslan.

Campo Grande, 8 de maio de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpõe agravo interno contra a decisão de f. 306-310 dos autos principais que indeferiu a medida liminar pleiteada na ação rescisória proposta em face de Alberto Carlos Ribeiro Souza.

Reafirma a presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória, porquanto o agravado foi agraciado com o benefício de aposentadoria por invalidez sem que gozasse da qualidade de segurado perante o INSS, condição *sine qua non* para o recebimento do benefício.

Argumenta que o fato de ter ajuizado a ação rescisória 1 (um) ano após o trânsito em julgado não lhe retira o interesse e a necessidade de pleitear a tutela antecipada, até porque evidente o prejuízo ao erário, uma vez que o pagamento das verbas tem se dado em caráter alimentar, isto é, sem possibilidade de retorno aos cofres públicos.

Destaca o disposto no artigo 302 do Código de Processo Civil e reforça a tese de urgência na concessão da medida perquirida.

Ao final, pugna pela reconsideração do *decisum* ou, alternativamente, a apreciação e provimento pelo órgão colegiado.

Conquanto intimado, o agravado quedou-se inerte, segundo certidão de f. 14.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de agravo interno interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra a decisão de f. 306-310 dos autos principais que indeferiu a medida liminar pleiteada na ação rescisória proposta em face de Alberto Carlos Ribeiro Souza.

Compulsando os autos, infere-se que a ação rescisória já foi julgada de maneira definitiva, de modo que não mais subsistem as razões desse regimental, devendo o presente recurso ser julgado prejudicado.

Por oportuno, transcrevo as razões lá externadas quanto ao mérito:

> III. Mérito
>
> Como é cediço, o suporte fundamental de todo o ordenamento jurídico se assenta, sem sombra de dúvida, no instituto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, nos quais, em face de seus propósitos ideológicos, encontra-se a ideia de oferecer segurança jurídica e paz social a todos os jurisdicionados, eis que põe fim, no plano jurídico, ao conflito de interesses submetido à apreciação do Estado.
>
> Todavia, o legislador, atento à possibilidade da existência de contaminantes indesejáveis, por cautela e exceção, criou a possibilidade de se perseguir a anulação da decisão que, embora transitada em julgado, tenha sido inoculada por determinado vício (art. 485/CPC de 1973 e art. 966/NCPC).
>
> Forte neste propósito, foi criada a ação rescisória que, longe de ser recurso, é ação autônoma de impugnação, verdadeira ação de invalidação da decisão passada em julgado, desde que fundado em um dos permissivos descritos na lei processual civil.
>
> Impõe-se, nessa extensão, o atendimento não só às exigências pertinentes às ações judiciais em geral, mas, principalmente, aos seus pressupostos específicos de admissibilidade, quais sejam, existência de decisão de mérito transitada em julgado e a configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade elencados no artigo 966[1] do Código de Processo Civil.

1 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar manifestamente norma jurídica;
VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.
§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
I - nova propositura da demanda; ou
II - admissibilidade do recurso correspondente.
§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.
§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.
§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.
§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

In casu, ao que se vê da exposição contida na inicial, a ação foi embasada nos incisos V e VIII do artigo 966, ou seja, com espeque em aventada violação a literal disposição de lei e erro de fato, sendo vedado, ao julgador ampliar a causa de pedir deduzida, razão pela qual a rescisão perquirida deve ser examinada tão somente sob o enfoque da violação a literal disposição de lei e do erro de fato, melhor dizendo, se a decisão de mérito transitada em julgado não aplicou a lei ou a aplicou incorretamente, bem como se considerou fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido.

Restringido o âmbito de apreciação da presente demanda, impende esclarecer que "para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de interposição de dois anos" (REsp 9.086/SP, Relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, DJ de 05.08.1996; REsp 168.836/CE, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJ de 01.02.1999; AR 464/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 19.12.2003; AR 2.779/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Terceira Seção, DJ de 23.08.2004; REsp 488.512/MG, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004 e AgRg na AR 4.325/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 11/11/2009, DJe 25/11/2009).

Acresçam-se, ainda, as lições do Professor Barbosa Moreira, que dispensa apresentações, todos nós o conhecemos, ao tratar especificamente da ação rescisória, apontou que quatro são os pressupostos para verificação no caso de um dos fundamentos desta ação rescisória, que é o erro de fato, a saber:

"a) - que a sentença nele seja fundada, isto *é,* que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;

b) - que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;

c) - que "não tenha havido controvérsia" sobre o fato (§ 2º);

d) - que sobre ele tampouco tenha havido "pronunciamento judicial" (§ 2º)".[2]

Pois bem.

Perscrutando detidamente o acórdão de f. 216-219, não se infere, de fato, nenhuma ponderação acerca da qualidade de segurado do ora requerido, mesmo com a indagação expressamente levantada na contestação à f. 56, *in verbis*:

"Primeiramente, é importante destacar que a autora não logrou comprovar a sua qualidade de segurada do RGPS.

De fato, conforme comprova a inclusa tela do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, o último vínculo empregatício do autor foi extinto em 01/05/2001, ou seja, há mais de 7 (sete) anos.

Desta forma, não há qualquer dúvida acerca da inexistência a qualidade de segurado.

Contudo, nos termos da legislação previdenciária, a referida qualidade é condição indispensável para a concessão do benefício pleiteado na exordial."

2 Cfe. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Editora Forense, 14ª. ed., 2008, Volume 5, p.149.

Da leitura da carteira de trabalho e do extrato das contribuições colacionados (f. 24-35 e 62-63), realmente tem-se que a última contribuição do requerido se deu em maio de 2001, enquanto a ação originária foi proposta em março de 2008 e veio acompanhada de documentos (f. 36-39) que atestavam a enfermidade do ora requerido, cuja data mais antiga é 03.03.2004.

Esse contexto aponta, indene de dúvidas, que realmente o requerido não detinha a condição de segurado exigida no artigo 15, II, § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, da Lei n. 8.213/1991 para a concessão do benefício aposentadoria por invalidez, já que extrapolado o prazo de 12 meses ofertado para quando o segurado deixa de contribuir para a Previdência Social, a propósito:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

(...)

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

Como cediço, a Previdência Social é regida primeiramente pelo Princípio da Contributividade, ou seja, os benefícios são devidos àqueles que se contribuem, em manifesto caráter oneroso (artigos 201, *caput*, da Constituição Federal e 3º, parágrafo único, I, da Lei n. 8.212/1991).

Assim não se qualificando o ora requerido, revela-se manifestamente ilegítimo o benefício concedido, porquanto em total desacordo com a legislação regulamentadora da matéria.

Corrobora o raciocínio sopesado acima a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos julgados a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ART. 42, § 2º, DA LEI 8.213/99. ANÁLISE DE DOENÇA PREEXISTENTE OU NÃO À FILIAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. Aferir a veracidade das alegadas falsificações alegadas de documentos pelo INSS bem como a inexistência dos exames mencionados pelo perito demandam o reexame das provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Para a obtenção da aposentadoria por invalidez, deve o beneficiário comprovar os seguintes requisitos: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando for o caso, e moléstia incapacitante de cunho laboral. Verifica-se dos autos que a questão foi devidamente apreciada pelo Tribunal de origem, o qual entendeu que a autora, por ocasião do requerimento do benefício, não fazia jus à concessão da aposentadoria por invalidez por ter perdido a qualidade de segurada.

4. O entendimento proferido pela Corte de origem coincide com o deste Superior Tribunal, no sentido de que a incapacidade após a perda da qualidade de segurado, ainda que decorrente de doença pré-existente, impede a concessão do benefício. Precedentes.

Agravo interno improvido.

(STJ, AgInt no AREsp 825.402/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOENÇA PREEXISTENTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO.

1. Ainda que preexistente a moléstia cujo agravamento gerou a incapacidade, a perda da qualidade de segurado impede a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 1478182/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, segunda turma, julgado em 22/09/2015, DJe 14/10/2015)

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. BENEFICIO INDEVIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Dispõe a Lei n. 8.213/1991 que, "havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido" (art. 24, parágrafo único).

Salvo "quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão" (art. 42, § 2º), a regra não se aplica à aposentadoria por invalidez se a doença ou lesão incapacitante for anterior à data da filiação do segurado à Previdência Social.

Comprovado que a incapacidade do demandante é "muito posterior ao fim de seu vínculo previdenciário, o reconhecimento da perda da qualidade de segurado e, consequentemente, o indeferimento do pedido de acidentário é medida que se impõe" (AgRg no REsp 1.245.217/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 12/06/2012; REsp 826.555/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/03/2009).

Ademais, resolvido o litígio à luz da premissa de que o autor não faz jus à aposentadoria por invalidez porque não demonstrada a manutenção da sua qualidade

de segurado, não pode ser conhecido o recurso especial, pois a pretensão demanda exclusivamente o reexame de provas (AgRg no REsp 1.480.768/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/10/2014; AgRg no AREsp 555.416/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014; AgRg no AREsp 440.749/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/03/2014). E como é cediço, "os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova" (STF, RHC 113.314/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 11/09/2012; Súmula 7/STJ; Súmula 279/STF).

2. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 1276990/MG, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), quinta turma, julgado em 07/04/2015, DJe 20/04/2015)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO-PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS LEGAIS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DO DISSÍDIO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Para a obtenção da aposentadoria por invalidez, deve o beneficiário comprovar os seguintes requisitos: qualidade de segurado, cumprimento da carência, quando for o caso, e moléstia incapacitante de cunho laboral.

2. Verifica-se dos autos que a questão foi devidamente apreciada pelo Tribunal de origem, o qual entendeu que o autor, quando do requerimento do benefício, não fazia jus à concessão da aposentadoria por invalidez por ter perdido a qualidade de segurado.

3. A inversão do julgado, como pretendem os recorrentes, não está adstrita à interpretação da legislação federal, mas, sim, ao exame de matéria fático-probatória, cuja análise é afeta às instâncias ordinárias. Incidência, à espécie, da Súmula 7/STJ.

4. Quanto à alínea "c", o recurso também não merece acolhida, porquanto os recorrentes deixaram de atender os requisitos previstos nos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ, REsp 817.930/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 01/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 317)

Bem se vê, que mesmo diante do relato de "dor no joelho" narrada pelo laudo médico de 21.03.2001 (f. 36 e 98), tal circunstância por si só não se mostra suficiente para alterar a conclusão de falta de condição de segurado nos termos expressos da lei por absoluta ausência de provas no sentido de que esta tenha sido o motivo pelo qual o ora requerido parou de trabalhar ou que tenha causado alguma incapacidade de natureza acidentária a autorizar a aposentadoria por invalidez na esfera da Justiça Estadual, como previsto no artigo 109, § 3º[3], da Constituição Federal.

Essa constatação, aliás, se deu pelo próprio laudo pericial (f. 127-136) dos autos n. 0013183-50.2008.8.12.0001 que foi categórico em afirmar que a aventada incapacidade resta comprovada apenas em 23.10.2007 e é de cunho degenerativo, isto é, não se relaciona com o trabalho desempenhado, contrariando também, por isso, o disposto no artigo 20, I, II, e § 1º, "a", da Lei n. 8.213/1991, *in verbis*:

3 Art. 109, § 3º, CF: "Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual".

"Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho *é* realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa"

Por outro vértice, configurado está também o erro de fato, pois *é* inequívoco que a sentença foi fundada em dois fatos inexistentes, quais sejam, a qualidade de segurado do requerido para fazer jus ao benefício pleiteado, bem como de que a aventada incapacidade era de caráter acidentário para autorizar a concessão na Justiça Estadual. Descurou a Câmara julgadora das circunstâncias fáticas que envolveram a lide, proferindo a decisão em fato equivocado para prover o recurso de apelação.

Ante todo o exposto, a rescisão do acórdão é medida de rigor para reconhecer a violação dos artigos 15, II, § 4º, e 20, I e II, § 1º, "a", da Lei n. 8.213/1991 e erro de fato, enquadrando-se nas hipóteses dos incisos V e VIII do artigo 966 do Código de Processo Civil.

IV.

Por tais razões, afasto a preliminar de falta de interesse de agir e julgo procedente o pedido formulado na ação rescisória promovida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para rescindir o acórdão da Apelação apreciada nos autos n. 0013183-50.2008.8.12.0001, e, consequentemente, no exercício do *iudicium rescissorium*, negar provimento ao recurso para manter a sentença de primeiro grau que julgou improcedentes os pedidos formulados naquela ação.

Condeno o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído *à* causa, monetariamente corrigido pelo IGPM-FGV, desde a data de seu ajuizamento, suspendendo, contudo, o pagamento ante sua hipossuficiência econômica (f. 329) que justifica a concessão das benesses da gratuidade processual, a teor do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Com fundamento no artigo 487, I, primeira figura, do *codex* processual, declaro a resolução do mérito.

Como visto, julgada definitivamente a ação rescisória, a sentença substitui a liminar, razão por que há perda superveniente do interesse recursal.

Ante o exposto, julgo prejudicado o presente agravo interno interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram prejudicado o pedido. Ausente, por férias, o Des. Marcelo Rasslan.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Alexandre Bastos e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 08 de maio de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402153-21.2017.8.12.0000 - Bonito
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HOSPITAL BENEFICENTE EXECUTADO – PRETENSÃO DE PENHORA SOBRE REPASSE FINANCEIRO DEVIDO POR EMPRESA PRIVADA PRESTADORA DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – INDEFERIMENTO DO PEDIDO – CONSTRIÇÃO JUDICIAL POSSÍVEL EM SE TRATANDO DE REPASSE DE EMPRESAS PARTICULARES DE PRESTADORAS DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS CLIENTES CONVENIADOS – PENHORA DE 30% SOBRE AS RECEITAS DAÍ ADVINDAS – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A penhora sobre faturamento de associação beneficente (hospital) decorrente de pagamentos que lhe são feitos por planos de saúde é perfeitamente possível, se procedida em percentual razoável que permita, ao mesmo tempo, contemplar satisfação ao direito do credor e, de igual forma, manutenção do funcionamento da entidade hospitalar, o que revela adequação, razoabilidade e proporcionalidade entre os fins da execução e, de igual forma, a continuidade da prestação dos serviços de saúde pela empresa devedora, sociedade beneficente.

Ao assim se proceder – penhora limitada a 30% do valor dos repasses financeiros devidos por empresa particular conveniada com o hospital devedor – assegura-se que a execução seja feita por meio menos oneroso para o executado. O fato de o executado ser hospital beneficente não cria em seu favor carta de alforria para liberar-se do pagamento e cumprimento de suas obrigações, notadamente as de caráter alimentar, como no caso, fixada em anterior processo de conhecimento, agora em sede de cumprimento de sentença.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de maio de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Laercio Vendruscolo interpõe agravo de instrumento em face de Associação Beneficente - Hospital Darci João Bigaton insurgindo-se contra a decisão da douta juíza da 2ª vara cível da comarca de Bonito/MS, Dra. Paulinne Simões de Souza Arruda, proferida nos autos do Cumprimento de Sentença n. 0000120-

90.2016.8.12.0028, que indeferiu o pedido de penhora de 30% dos repasses mensais da CASSEMS até o limite do crédito exequendo.

Afirma, em resumo, que o crédito cobrado possui natureza alimentar e que as penhoras anteriores foram infrutíferas, razão pela qual deve ser deferida a penhora dos repasses devidos pelo convênio particular ao hospital.

Alega que tal modalidade de penhora vem sendo perfeitamente aceita pelos tribunais.

Assevera que não foi considerado que a verba cobrada possui natureza alimentar, sendo necessária para o sustento do advogado. Por conseguinte, defende que a alegação de dificuldade financeira da parte agravada não é suficiente para fundamentar o indeferimento do pedido.

Requer o recebimento do presente recurso e, ao final, seu provimento.

O recurso foi recebido às fls. 64/65.

Devidamente intimada, a agravada não apresentou contrarrazões.

VOTO

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

Extrai-se dos autos que o agravante busca, através do presente cumprimento de sentença, o recebimento dos valores referentes aos honorários advocatícios estabelecidos no bojo da ação de cobrança ajuizada pela Enersul S/A, sua cliente, em face da agravada. Assim, pleiteou o pagamento do valor de R$ 100.201,12 (cem mil, duzentos e um reais e doze centavos).

O requerimento de cumprimento de sentença foi recebido em 13/06/2014 (f. 17), sendo determinada a intimação da agravada para realizar o pagamento do débito. O prazo transcorreu sem qualquer manifestação por parte da executada (f. 20).

O exequente apresentou petição nos autos requerendo a realização da penhora *on-line* do valor pleiteado (fls. 21/23), tendo sido encontrado apenas um valor irrisório, posteriormente liberado (f. 25).

Em razão de tal situação, o exequente requereu a penhora de parte dos valores referentes ao repasse feito pelo Plano de Saúde Cassems à Entidade Hospitalar para o fim de adimplemento do débito executado (fls. 39/41).

A douta magistrada indeferiu o pedido, pois entendeu que constrição poderia acarretar danos à continuidade da prestação dos serviços hospitalares por parte da entidade agravada.

Confira-se o teor da decisão (fls. 48/49):

> Pretende o exequente a penhora de repasses realizados à executada pelos planos de saúde privado CASSEMS.
>
> Decido.
>
> Outrossim, no que diz com à penhora sobre as verbas creditadas ao executado em virtude de convênio firmado com planos de saúde, entendo não ser o caso de deferimento do pleito do exequente.

> Isso porque as verbas recebidas em virtude de repasse dos planos de saúde somente podem ser penhoradas quando frustradas as tentativas de penhora de outros bens e a medida não comprometa, sobremaneira, o desenvolvimento das atividades da casa de saúde, o que não é o caso dos autos, ante a triste realidade dessa instituição.
>
> Assim, o deferimento da pretensão da recorrente acarretaria, em verdade, prejuízo à prestação de um serviço essencial e indispensável para a comunidade local, o que não se pode admitir.
>
> Na mesma linha, cito precedentes:
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. EXECUÇÃO MOVIDA CONTRA SOCIEDADE BENEFICENTE HOSPITAL CANDELÁRIA. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA EXTREMA. SAÚDE PÚBLICA. INTERESSE DA COLETIVIDADE.
>
> A penhora sobre o faturamento é admitida em situações. Ver íntegra da ementa extremas, onde ficar claramente demonstrado que os meios menos gravosos são absolutamente inócuos. Não se está negando princípio de que a execução é realizada no interesse do credor, apenas está-se aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que o agravado é nosocômio, cuja receita é composta também por verbas do SUS, devendo ser mantida a decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70032073934, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 25/11/2009).
>
> EXECUÇÃO. EMBARGOS À PENHORA. CONSTRIÇÃO DE RECEITAS DE HOSPITAL PROVENIENTES DE CONTRATOS FIRMADOS COM SUS, UNIMED E IPÊ (FATURAMENTO DE EMPRESA). IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DE ESGOTAMENTO DAS BUSCAS DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESTINAÇÃO DAS VERBAS A SERVIÇO ESSENCIAL (SAÚDE). PENHORA DESCONSTITUÍDA. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70009663899, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Rubem Duarte, Julgado em 16/02/2005).
>
> Desse modo, indefiro o pedido de penhora de f. 27/29, intime-se o exequente para requerer o que for de direito, prazo de 10 (dez) dias.
>
> Às providências.

Contra essa decisão insurge-se o agravante.

Afirma, em resumo, que o crédito cobrado possui natureza alimentar e que as penhoras anteriores foram infrutíferas, razão pela qual deve ser deferida a penhora dos repasses devidos pelo convênio particular ao hospital.

Alega que tal modalidade de penhora vem sendo perfeitamente aceita pelos tribunais.

Assevera que não foi considerado que a verba cobrada possui natureza alimentar, sendo necessária para o sustento do advogado. Por conseguinte, defende que a alegação de dificuldade financeira da parte agravada não é suficiente para fundamentar o indeferimento do pedido.

O recurso deve ser provido.

A pretensão do exequente, aqui agravante, é realizar a penhora sobre percentual recebido pelo executado embargado em razão de repasses feitos por entidade privada, no caso a CASSEMS – Caixa de Assistência do Servidor Público do Estado de Mato Grosso do Sul, que opera nos mesmos moldes de

reembolso de atendimento médico e hospitalar que a UNIMED, por exemplo, ou de outro plano assistencial à saúde, de idêntica natureza.

Em casos especiais como os contidos no presente julgamento o Poder Judiciário deve exarar provimento judicial que busque ponto de equilíbrio entre dar condições de efetividade à tutela jurisdicional executiva invocada pela parte (de natureza alimentar) e, simultaneamente, não colocar em risco a saúde daqueles que são hipossuficientes e necessitam de obter atendimento médico e hospitalar em entidades como a executada, que é hospital beneficente.

Não se está aqui diante da hipótese contida no artigo 833, IX, do CPC, que preconiza como absolutamente impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social.

Os hospitais que atendem parcela considerável da população necessitam do repasse dos valores correspondentes aos convênios celebrados, que se constitui na remuneração pelos serviços médicos, hospitalares e ambulatorial realizados para a clientela dos planos de saúde com os quais tais convênios foram celebrados, o que ocorre, ordinariamente, mês a mês.

Todavia, a despeito dessa forma de operacional, se a verba repassada não for proveniente de recursos públicos, como é o caso, é plenamente possível a constrição de parte da verba referente ao repasse ao Hospital relativos aos planos de saúde de empresas particulares cuja clientela foi ali atendida ao longo de um período, como forma de proporcionar – também - o pagamento das obrigações da entidade que foram objeto de execução, em especial os alimentares, como no caso (artigo 85, § 14, do CPC).

Em casos tais, todavia – e ainda assim – dentro daquele juízo de ponderação de valores a que me referi acima, a constrição deve ser feita sob reservas, assegurando que a penhora não recaia sobre o total do repasse mensal, mas sobre parcela dele, sobre percentual delimitado, até atingir o valor do débito exequendo e seus acréscimos, de tal forma que o montante penhorado não venha afetar ou comprometer a garantia de fornecimento de saúde à população.

É que a constrição - por esse modo - não se fará de uma só vez, em um só mês, mas paulatinamente, em percentual fixo sobre o repasse devido pelas empresas médicas que prestam assistência à saúde, como a UNIMED, CASSEMS e outros planos privados de saúde ou de particulares. No caso específico indicado pelo credor, dos repasses feitos pela CASSEMS, até atingir a totalidade do débito exequendo, cessando a partir de então.

Sendo repasse oriundo de entidades particulares, como no caso, nenhum óbice processual ou legal existe.

No caso, a penhora será feita sobre percentual fixado por este Tribunal, que se revele razoável e adequado a ensejar a que o credor possa também obter o pagamento de seu crédito, que se encontra sem pagamento desde o ano de 2014, e em relação ao qual, se não for adotada essa medida, talvez jamais consiga receber o valor efetivamente devido, que se acumula mês a mês, com maiores prejuízos, inclusive, para a própria devedora.

Com essa medida assegura-se a proporcionalidade e adequação dos atos constritivos, de forma tal a que o hospital continue a funcionar regularmente, mas o exequente possa também ir recebendo parcelas de seu crédito, paulatinamente.

Neste sentido é a jurisprudência deste Tribunal, como foi pertinentemente mostrado no recurso de agravo, por exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DOS CRÉDITOS DA AGRAVANTE JUNTO AOS PLANOS DE SAÚDE PARTICULARES - POSSIBILIDADE - ARTIGO 620 DO CPC - REFORMA DA PORCENTAGEM DO BLOQUEIO - BLOQUEIO PARCIAL DA VERBA MENSALMENTE REPASSADA PELOS PLANOS DE SAÚDE ATÉ A SATISFAÇÃO DA DÍVIDA SALDO REMANESCENTE ATUALIZADO PELO IGP M/FGV RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não existem óbices de penhora de crédito existente com terceiros (artigos 671 e 672 do CPC), pois o crédito a ser recebido será depositado em juízo pelos planos de saúde, por consequência, serão em dinheiro, não ferindo a ordem que a penhora deve preferencialmente ser seguida de acordo com o artigo 655 do CPC, conforme entendimento do STJ (REsp 829.583/RJ)

2. A execução deve se dar da forma menos gravosa para a executada, evitando-se uma constrição acima do que poderia suportar, conforme art. 620 do CPC. Por esta razão, revela-se razoável que a penhora seja limitada em 30% (trinta por cento) de cada repasse de S – Agravo parcialmente provido.

A pretensão dos agravantes quanto à penhora dos repasses realizados pelo SUS à agravada vai de encontro ao disposto no artigo 649, inciso IX, do CPC, que com a redação dada pela Lei 11.382/2006, declara impenhoráveis os "recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social".

A própria agravada afirmou no bojo dos autos que 86% dos atendimentos prestados pelo Hospital seria realizado por intermédio do SUS, o que denota que também possui receita proveniente de particulares e, no que se refere à tais receitas, o óbice acima apontado não subsiste.

Sabe-se que a dificuldade na efetivação da penhora de bens que venham a garantir a satisfação do débito tem gerado trabalho considerável aos patronos dos exequentes/agravantes, motivo pelo qual, com fulcro no art. 20, §4º, do CPC, que acaba remetendo aos critérios do §3º, a majoração pleiteada se mostra a medida mais razoável. Recurso parcialmente provido.

(TJMS Agravo n. 0318820-43.2007.8.12.0000; Relator(a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; Comarca: Paranaíba; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 08/10/2012; Data de registro: 30/10/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO SENTENÇA - PENHORA DE CRÉDITO DO HOSPITAL SANTA CASA JUNTO A PLANOS DE SAÚDE POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO.

Apesar do hospital ser uma entidade sem fins lucrativos, não há como confundir o repasse feito pelo SUS com os créditos provenientes de serviços prestados aos planos de saúde, inexistindo óbice quanto a penhora de parte desses créditos para saldar débitos do hospital. Ademais, não há notícia nos autos de que o crédito em questão, ou seja, R$ 2.980,40, venha a causar impacto significante nos recursos repassados pelos planos de saúde.

Afora isso, não restam dúvidas de que a penhora de qualquer outro bem certamente ensejará nova discussão acerca de sua essencialidade para a prestação dos serviços de saúde a toda a população. Daí que, em atendimento ao disposto no art. 620 do CPC, deve ser mantida a penhora dos créditos em questão. (TJMS Agravo n.º 2011.028586-0, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, j. 20.10.11)

E, também, sob a relatoria do saudoso Des. Josué de Oliveira, em caso idêntico:

> (...) Considerando que os repasses percebidos pela recorrente não representam créditos do SUS, mas, sim, numerários de sua propriedade, em contraprestação aos serviços de saúde, possível se verifica a decretação da penhora de 30% (trinta por cento) sobre tais repasses.
>
> Em regra, a intervenção de município em instituição hospitalar não impede os credores de buscarem, por meio da via judicial, o recebimento de seus créditos perante essa instituição.
>
> (TJ/MS. Primeira Turma Cível. Agravo - N. 2005.015529-00000-00 – Campo Grande. Exmo. Des. Relator Josué de Oliveira. Data de julgamento: 16/05/2006.

De outros tribunais, no mesmo sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA EM DINHEIRO. ORDEM PRIORITÁRIA DE LIQUIDEZ. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO CALCADO NA NECESSIDADE DA EXECUÇÃO PROSSEGUIR DE MODO A CAUSAR O MENOR PREJUÍZO POSSÍVEL AO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. PRINCÍPIO QUE NÃO PODE SERVIR COMO ÓBICE À SATISFAÇÃO DA EXECUÇÃO. QUANTIA REPASSADA POR CONVENIO DE SAÚDE. VERBA DE NATUREZA PRIVADA. ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE AFASTADA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DECISÃO ANTERIOR QUE DETERMINOU O DESBLOQUEIO DE VALORES PENHORADOS A MAIOR. DESINTERESSE DO CREDOR NA SUBSTITUIÇÃO DOS BENS. PENHORA *ON LINE* MANTIDA.
>
> 1. Para que seja possível a substituição do bem penhorado por outro que se encontre em posição inferior na gradação de bens prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, cabe ao devedor a demonstração de motivo que justifique tal preterição, sob pena de indeferimento do pedido.
>
> 2. Não há que se falar na impenhorabilidade de valores repassados a hospital universitário por convênios médicos, pois, embora destinados à prestação de serviços de saúde, são de origem privada.
>
> 3. Inexiste excesso de execução se há decisão judicial determinando o desbloqueio de quantia penhorada que ultrapassa o total da dívida. Agravo de Instrumento não provido. (TJ-PR 8556114 PR 855611-4 (Acórdão), Relator: Jucimar Novochadlo, Data de Julgamento: 15/02/2012, 15ª Câmara Cível).
>
> Agravo de instrumento - Execução provisória da r. sentença - Decisão de Primeiro Grau que determinou a penhora da totalidade dos créditos que o Hospital São Conrado, administrado pela agravante, tem a receber de convênios médicos por ele atendidos, até que se locuplete o valor da dívida havida para com a agravada - Hipótese em que a precedente determinação de efetivação da penhora sobre ativos financeiros da executada resultou inócua
>
> Face ao caráter essencial da atividade desempenhada pela agravante e para não inviabilizar tal mister, admite-se a penhora apenas sobre parte dos referidos créditos - Rejeitada a preliminar, dá provimento em parte ao recurso, a fim de, convalidada a liminar, limitar a penhora a 30% (trinta por cento) dos créditos a receber dos convênios médicos atendidos pela agravante.
>
> (TJ-SP - AI: 994070322746 SP, Relator: Beretta da Silveira, Data de Julgamento: 26/10/2010, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/11/2010)

Assim, não havendo demonstração nos autos de que a constrição irá impedir ou dificultar a prestação de serviços de saúde para a comunidade local, torna-se possível o deferimento da penhora requerida pelo exequente/agravante.

Tal prova deveria ser feita pelo hospital executado, o que não ocorreu.

Trata-se, na realidade, de aplicação do princípio da menor onerosidade, a qual se encontra, exatamente, na penhora de parte dos créditos, em percentual certo, tal como ocorre com a penhora de faturamento líquido de empresas devedoras, até a integral satisfação da execução, plasmando-se assim a regra contida no artigo 805 do CPC, da tradição de nosso direito processual civil.

Além disso, quanto a uma suposta onerosidade excessiva, veja-se que o parágrafo único do referido artigo 805 do CPC estabelece o dever de o executado indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, o que não fez, com o que, assim, segundo o disposto na parte final do referido parágrafo, deve-se manter os atos executivos já determinados ou a determinar.

Tome-se por base, outrossim, que a jurisprudência e doutrina convergem para o entendimento de que se a execução deve ser feita em benefício do credor, mas pela forma menos onerosa possível, essa menor onerosidade "não pode ser convertido em uma panaceia, que leve a uma ideia de proteção absoluta do inadimplemento em face de seu credor. Alguma onerosidade é natural ao procedimento de garantia de uma dívida, e o art. 620 (atual 805) do CPC destina-se apenas a decotar exageros evidentes, perpetrados em situações nas quais uma alternativa mais viável mostre-se clara". (STJ, 3a. Turma, RESp 1.417.531, Rel. Min. Nancy Andrighi, 10.06.14, DJ de 18.06.14).

Se os rendimentos percebidos pela Executada em razão dos convênios de saúde feitos com CASSEMS - e outros planos de saúde, como a UNIMED - são de origem privada, podem ser penhorados, além do que, como venho afirmando, pelas circunstâncias do caso, a constrição do citado repasse constitui-se em meio proporcional e necessário para a satisfação do crédito.

Com efeito, se a penhora há de ser realizada apenas em parte dos créditos recebidos pela devedora em razão de convênios por ela celebrados com planos de saúde de empresas privadas, assegura-se o atendimento ao princípio da menor onerosidade, da razoabilidade e proporcionalidade entre o meio executivo empregado e os fins preconizados pela execução (que é levar o devedor a adimplir totalmente a obrigação contida no título que se executa, satisfazendo o direito do credor), pelo que não há o óbice levantado pela douta juíza de primeiro grau, que indeferiu a constrição objetivada pelo exequente.

No caso, a penhora – como se afirmou – limita-se a 30% do valor dos repasses a serem feitos pela CASSEMS, o que é razoável e dentro de um valor tal que permite a continuidade das atividades do hospital e, ao mesmo tempo, o início de um ato judicial que pode levar, finalmente, à integral satisfação da obrigação exequenda, principalmente quando se afere que, tentada a penhora *on line* via bacen-jud, não houve possibilidade de asseguramento do juízo executivo, remanescendo o débito em aberto.

Legítima, assim, a pretensão do credor que, não encontrando óbice no ordenamento jurídico processual, deve ser admitida.

Daí a necessidade de reforma da r. decisão invectivada.

Ante o exposto, conheço do presente recurso interposto por Laercio Vendruscolo, e lhe dou provimento para reformar a r. decisão invectivada e deferir a penhora de 30% sobre os repasses financeiros mensais a serem feitos pela CASSEMS à executada, até o limite do crédito exequendo devidamente atualizado.

O douto juízo de primeiro grau deverá oficiar *incontinenti à* CASSEMS, em endereço a ser indicado pelo exequente, para que efetue o depósito dos valores correspondentes a esse percentual, incidente sobre o valor da folha mensal devido ao executado, em sub-conta vinculada ao juízo e ao feito executivo de origem, considerando-se feita a penhora pela intimação daquela empresa nos termos e para os fins do artigo 855, I, do CPC, devendo ela cumprir esta decisão, sob as sanções dos artigos 380, parágrafo único, 403, parágrafo único e, outrossim, 77, IV, §§ 1º e 2º, todos 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, 31 de maio de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800651-12.2013.8.12.0041 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – ART. 489, § 1º, INC. V – CPC – AFASTADA – MÉRITO – CARVOARIA EM OPERAÇÃO SEM LICENÇA DE OPERAÇÃO – PROPRIETÁRIO QUE RESPONDE DE FORMA OBJETIVA POR ATOS PRATICADOS POR TERCEIROS – DANOS CONSTATADOS POR RELATÓRIO DE AUTUAÇÃO E PERÍCIA TÉCNICA – RECURSO DESPROVIDO.

O princípio constitucional da motivação das decisões exige que o juiz explicite os fundamentos dos atos judiciais, a fim de que a parte entenda o porquê daquela decisão. Não se exige, por outro lado, que a decisão seja extensa ou prolixa.

De acordo com o novo CPC a nulidade do ato judicial somente ocorre quando os argumentos não enfrentados forem capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, o que não é o caso dos autos, pois o argumento defensivo de ausência de provas se trata de questão subordinada.

A responsabilidade civil em matéria de dano ambiental é de caráter objetivo, ou seja, não é necessário investigar ou discutir acerca da culpa, bastando estabelecer nexo causal entre o dano existente e a ação ou omissão do agente causador (poluidor ou predador), consoante estabelece o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981.

Segundo precedente do Superior Tribunal de Justiça para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, "equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem." (cf. REsp 650.728/SC, Rel. Ministro Antonio Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/12/2009)

Na a seara ambiental o proprietário do imóvel responde de forma solidária pelos danos causados ao meio ambiente, ainda que praticados por terceiro, tendo em vista a aplicação das regras da responsabilidade civil ambiental.

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

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Geraci Guilherme Gonçalves interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que, nos autos da ação civil pública ambiental movida pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar o requerido:

> A proceder à reposição florestal da seguinte maneira subsidiária: indenização ambiental (para cada m³ de madeira utilizada (espécies nativas) no processo de carbonização na produção de carvão vegetal deve-se proceder ao plantio de 12 mudas de espécies nativas. Como a capacidade dos dezoito fornos é de 180 m³ de madeira, deverá ser realizado o plantio de 2.160 mudas (60m³ X 12) de espécies nativas, na Chácara Nossa Senhora Aparecida, como forma de reparação *in natura*, caso o PRADE identifique que tenha ocorrido dano ambiental na área da propriedade; OU b) plantio de 2.160 mudas de espécies nativas como forma de compensação, valor obtido em função da produção de carvão, que é de 54 m³ por fornada, considerando os 18 fornos em operação; OU c) indenização ambiental (como a capacidade de produção dos dezoito fornos é estimada em 54³ de carvão por fornada sugere-se a indenização em função da capacidade de produção de carvão dos fornos, levando-se em consideração o preço do dia do carvão pago ao fornecedor, o qual poderá ser fornecido pela Vetorial Siderúrgica ou adotar o valor da pauta fiscal para carvão da Secretaria de Estado da Fazenda.

O apelante suscitou preliminar de nulidade da sentença, alegando que "não há sequer um parágrafo refletindo sobre a pretensão do apelante no tocante a comprovação do dano ambiental."; afirmou que o laudo técnico realizado pelo DAEX concluiu que "não houve condições de mensurar os danos ambientais"; sustentou também que a mera juntada de precedentes emitidos pelos Tribunais Superiores, sem a adequada motivação e argumentação dos motivos que ensejam sua aplicação ao presente caso é motivo para nulidade da sentença.

No mérito, afirmou que não pode ser responsabilizado por atos que não deu causa, como aqueles ocorridos no ano de 2010, pois no momento do auto de infração, apreensão e interdição, o responsável era o Sr. Rogério Gabriel dos Santos; sustentou que a responsabilização objetiva por dano ambiental é inconcebível em nosso ordenamento jurídico; defendeu que não existindo provas acerca dos danos ambientais, como afirmado pelo laudo técnico produzido de forma unilateral, não há como manter o reconhecimento da obrigação de reparação, pois a comprovação da efetiva ocorrência de dano é condição *sine qua non* para esse tipo de responsabilização. Por fim, sustentou que o próprio Conselho Estadual do MP entende que, se durante o curso do procedimento o empreendimento obtém licença, o arquivamento do feito é medida que se impõe. Assim, não poderia o juiz singular decidir acerca do mérito, ante o que dispõe o art. 485, IV, do novo CPC. (fls. 251-263)

Em contrarrazões o apelado manifestou pelo desprovimento do apelo. (fls. 266-282)

A Procuradoria de Justiça manifestou pelo desprovimento do recurso. (fls. 290-297)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Geraci Guilherme Gonçalves interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo que, nos autos da ação civil pública ambiental movida pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar o requerido:

> A proceder à reposição florestal da seguinte maneira subsidiária: indenização ambiental (para cada m³ de madeira utilizada (espécies nativas) no processo de carbonização na produção de carvão vegetal deve-se proceder ao plantio de 12 mudas de espécies nativas. Como a capacidade dos dezoito fornos é de 180 m³ de madeira, deverá ser realizado o plantio de 2.160 mudas (60m³ X 12) de espécies nativas, na Chácara Nossa Senhora Aparecida, como forma de reparação *in natura*, caso o PRADE identifique que tenha ocorrido dano ambiental na área da propriedade; OU b) plantio de 2.160 mudas de espécies nativas como forma de compensação, valor obtido em função da produção de carvão, que é de 54 m³ por fornada, considerando os 18 fornos em operação; OU c) indenização ambiental (como a capacidade de produção dos dezoito fornos é estimada em 54³ de carvão por fornada sugere-se a indenização em função da capacidade de produção de carvão dos fornos, levando-se em consideração o preço do dia do carvão pago ao fornecedor, o qual poderá ser fornecido pela Vetorial Siderúrgica ou adotar o valor da pauta fiscal para carvão da Secretaria de Estado da Fazenda.

Segundo consta da inicial, o requerido autorizou a pessoa de Rogério Gabriel dos Santos a exercer ilegalmente a atividade de carvoaria no imóvel de sua propriedade, denominado Chácara Nossa Senhora Aparecida, instalando no local 18 (dezoito) fornos sem licença ambiental de operação.

Alegou o autor que o IBAMA embargou a atividade e apreendeu 30m3 de carvão vegetal nativo e 15m3 de lenha nativa.

Afirmou que instaurou Inquérito Civil nº 02/2011 e a perícia realizada pelo DAEX- Departamento de Apoio de Atividades de Execução do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul confirmou a existência dos dezoito fornos em condições de operação e dois fornos demolidos.

Sustentou que o corpo técnico do Ministério Público concluiu pela "existência de dano ambiental e pela necessidade de elaboração de um Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRADE), onde conste obrigatoriamente, dentre outros itens, a área de reserva legal, área de preservação permanente e as condições em que se encontrem. Caso estas áreas se encontrem descaracterizadas deverá ser realizada a reparação *in natura*".

Esclareceu que a ausência de licença ambiental de operação torna o empreendimento isento de qualquer controle, seja quanto à emissão de fumaça, em razão do local de instalação dos fornos, como no que tange ao tipo de madeira transformada em carvão.

Assim, ingressou com a presente ação objetivando a condenação do requerido à elaboração do PRADE – Projeto de Recuperação de Áreas Degradadas e a reparar *in natura*, compensar ou indenizar o dano ambiental causado, conforme parâmetros estipulados pelo órgão técnico competente.

Na contestação o requerido informou que vendeu a propriedade antes da efetivação da citação. Afirmou também que no curso do inquérito civil promoveu a regularização da carvoaria, sendo expedida autorização ambiental para carvoejamento. Impugnou o relatório de vistoria técnica, afirmando que

"não houve condições de mensurar os danos ambientais", requerendo audiência para eventual termo de ajustamento de conduta. Por fim, de forma subsidiária, pugnou pela improcedência dos pedidos formulados na inicial. (fls. 128-132)

Na fase de especificação das provas, o autor nada requereu. O réu manifestou às fls. 158-160. Às fls. 175/176, o réu noticiou que os fornos não mais existem, existindo no local uma plantação de mandioca. (fls. 177-179)

Foi expedido mandado de constatação, o qual foi juntado às fl. 199.

Na sentença o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para condenar o requerido Geraci Guilherme Gonçalves a:

> Proceder à reposição florestal da seguinte maneira subsidiária: indenização ambiental (para cada m³ de madeira utilizada (espécies nativas) no processo de carbonização na produção de carvão vegetal deve-se proceder ao plantio de 12 mudas de espécies nativas. Como a capacidade dos dezoito fornos é de 180 m³ de madeira, deverá ser realizado o plantio de 2.160 mudas (60m³ X 12) de espécies nativas, na Chácara Nossa Senhora Aparecida, como forma de reparação *in natura*, caso o PRADE identifique que tenha ocorrido dano ambiental na área da propriedade; OU b) plantio de 2.160 mudas de espécies nativas como forma de compensação, valor obtido em função da produção de carvão, que é de 54 m³ por fornada, considerando os 18 fornos em operação; OU c) indenização ambiental (como a capacidade de produção dos dezoito fornos é estimada em 54³ de carvão por fornada, sugere-se a indenização em função da capacidade de produção de carvão dos fornos, levando-se em consideração o preço do dia do carvão pago ao fornecedor, o qual poderá ser fornecido pela Vetorial Siderúrgica ou adotar o valor da pauta fiscal para carvão da Secretaria de Estado da Fazenda.

Irresignado o requerido apela a esta Corte objetivando a reforma da sentença.

Para tanto suscitou preliminar de nulidade da sentença, alegando que "não há sequer um parágrafo refletindo sobre a pretensão do apelante no tocante a comprovação do dano ambiental."; afirmou que o laudo técnico realizado pelo DAEX concluiu que "não houve condições de mensurar os danos ambientais"; sustentou também que a mera juntada de precedentes emitidos pelos Tribunais Superiores, sem a adequada motivação e argumentação dos motivos que ensejam sua aplicação ao presente caso é motivo para nulidade da sentença.

No mérito, afirmou que não pode ser responsabilizado por atos que não deu causa, como aqueles ocorridos no ano de 2010, pois no momento do auto de infração, apreensão e interdição, o responsável era o Sr. Rogério Gabriel dos Santos; sustentou que a responsabilização objetiva por dano ambiental é inconcebível em nosso ordenamento jurídico; defendeu que não existindo provas acerca dos danos ambientais, como afirmado pelo laudo técnico produzido de forma unilateral, não há como manter o reconhecimento da obrigação de reparação, pois a comprovação da efetiva ocorrência de dano é condição *sine qua non* para esse tipo de responsabilização. Por fim, sustentou que o próprio Conselho Estadual do MP entende que, se durante o curso do procedimento o empreendimento obtém licença, o arquivamento do feito é medida que se impõe. Assim, não poderia o juiz singular decidir acerca do mérito, ante o que dispõe o art. 485, IV, do novo CPC. (fls. 251-263)

Em contrarrazões o apelado manifestou pelo desprovimento do apelo. (fls. 266-282)

A Procuradoria de Justiça manifestou pelo desprovimento do recurso. (fls. 290-297)

De início, consigno que o presente recurso será analisado de acordo com as regras do novo Código de Processo Civil, haja vista que a sentença embora datada em 09/03/2016, foi assinada e publicada sob a vigência do aludido diploma processual, ou seja, no dia 29/03/2016. (fls. 237-243).

Registre-se que a publicação da decisão não se confunde com a publicação realizada através do Diário da Justiça (ou intimação pessoal), conforme preleciona Teresa Arruda Alvim Wambier e outros:

> Abram-se parênteses para explicar que publicação da decisão não se confunde com publicação no Diário da Justiça, pois o que se dá nesse último caso é a intimação. Publicação ocorre quando a decisão se torna pública. Na primeira instância, a decisão torna-se pública quando o juiz a entrega ao escrivão ou a profere em audiência na presença das partes. Nos tribunais, a decisão torna-se pública no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia o resultado do julgamento.
>
> (...)
>
> Parece-me mais acertado esse último entendimento, segundo o qual – repita-se – a lei vigorante no dia da publicação da decisão regula o cabimento do recurso, e a lei nova tem aplicação imediata sobre o procedimento do recurso. (Breves Comentários ao Código de Processo Civil, RT, São Paulo, 2015, p. 2362) (grifei**)**

A data da publicação da decisão, na verdade, é entendida como sendo o momento em que é realizada a entrega em cartório ou em que é anunciado (tornado público) o resultado do julgamento nos tribunais. A partir desse momento, a parte interessada tem o direito adquirido à interposição de recurso, ainda que venha ser suprimido por norma processual posterior.

Nesta esteira preleciona André Vasconcelos Roque:

> As novas regras de cabimento de recurso – incluindo as que se referem ao rol presumivelmente taxativo de hipóteses para o agravo de instrumento (art. 1.015) – se aplicam desde quando? **O parâmetro a ser observado aqui é a data da publicação da decisão, entendida esta como o momento em que é entregue em cartório ou em que é anunciado (tornado público) o resultado do julgamento nos tribunais. A partir desse momento, a parte interessada tem o direito adquirido à interposição de recurso** (antes mesmo da intimação eletrônica ou pelo Diário Oficial), que deve ser respeitado pela nova lei. Essa foi a conclusão consolidada no Enunciado 476 do FPPC. (Disponível em: http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-direitointertemporal-nem-foi-tempo-perdido-parte-ii) – (grifei)

Na mesma linha é o enunciado 476 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis):

> O direito ao recurso nasce com a publicação em cartório, secretaria da vara ou inserção nos autos eletrônicos da decisão a ser impugnada, o que primeiro ocorrer.

Nesse sentido é o Enunciado Administrativo n. 3 do STJ:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir 17 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Feito esse esclarecimento inicial, passo ao exame do recurso.

Quanto à preliminar de nulidade da sentença – por ausência de fundamentação.

O apelante alega falta de fundamentação na sentença porque o magistrado *a quo* não teria analisado argumento defendido em sede de alegações finais, concernente à "falta de comprovação do dano ambiental". E isso, em seu entendimento violou o art. 489, § 1º, inciso V, do novo CPC.

Contudo, não extraio da sentença o vício de *error in procedendo.*

Com efeito, consabido que o novo CPC, no artigo 489, § 1º, inciso V, assenta que "não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: V – se limitar a invocar precedentes ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos"

A exigência de fundamentação das decisões judiciais já era prevista em sede constitucional, porquanto estabelece o art. 93, IX, da CF/88 que em todas as searas (judicial ou administrativa) as decisões devem ser motivadas. Na seara jurídica, essa exigência nada mais é do que a exteriorização do raciocínio jurídico considerado pelo magistrado para decidir a causa.

Por aí se vê que o princípio constitucional da motivação das decisões exige que o juiz explicite os fundamentos dos atos judiciais, a fim de que a parte entenda o porquê daquela decisão. Não se exige, por outro lado, que a decisão seja extensa ou prolixa.

No vertente caso, o magistrado *a quo* cumpriu esse comando, pois fundamentou de forma consistente a sentença recorrida, afirmando que o dano ambiental decorre da própria atividade da carvoaria na área rural, já que os dezoito fornos em condições de operação levaram à carbonização de madeira para fabricação do carvão vegetal e eliminação de gases no meio ambiente.

Assim, concluindo o magistrado *a quo* pela existência de dano ambiental não precisaria enfrentar argumento defensivo de ausência de provas, por se tratar de questão subordinada. Isso porque o novo CPC estabelece a nulidade do ato judicial somente quando os argumentos não enfrentados forem capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, o que não é o caso dos autos. Esse é o teor do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC:

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> (...)
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Sobre o tema, elucida Daniel Amorim Assumpção:

> Nos termos do dispositivo, é possível concluir que a partir do advento do Novo Código de Processo Civil não bastará ao juiz enfrentar as causas de pedir e fundamentos da defesa, mas todos os argumentos que os embasam. O dispositivo legal, entretanto, deixou uma brecha ao juiz quando previu a exigência de enfrentamento se limita aos argumentos em tese aptos a infirmar o convencimento judicial.
>
> Entendo que a previsão legal tem como objetivo afastar da exigência de enfrentamento os argumentos irrelevantes e impertinentes ao objeto da demanda, liberando o juiz de atividade valorativa inútil. **Ou ainda alegação de que tenha ficado prejudicada em razão de decisão de questão subordinante**. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 810/811) (grifei)

Nesse sentido também é o enunciado 12 do ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados:

> 12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 **a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante**. (grifei)

Por fim, a questão atinente ao laudo técnico ter concluído pela não possibilidade de mensurar os danos ambientais também foi enfrentada pelo magistrado *a quo*, o qual mencionou que não se tratando de dano ambiental presente, a melhor solução ao caso seria a indenização ambiental, e que o melhor momento para a especialização do modo de reparação do dano será a liquidação ou cumprimento de sentença.

Assim, refuto a preliminar.

Passo ao exame do mérito.

As questões postas à análise cingem-se a saber se: existiu prova acerca dos danos ambientais relatados nos autos; o proprietário do imóvel pode ser responsabilizado de forma objetiva por danos ambientais praticados por terceiros; se a obtenção de licença de operação no curso do procedimento investigativo impede a propositura e/ou determina o arquivamento da ação em curso.

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.

Destaco ainda que a responsabilidade em matéria de dano ambiental é de caráter objetivo, ou seja, não é necessário investigar ou discutir acerca da culpa, bastando estabelecer nexo causal entre o dano existente e a ação ou omissão do agente causador (poluidor ou predador), consoante estabelece o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, *in verbis*:

> 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. (grifei)

Destarte, constatada a infração à norma ambiental, o poluidor está obrigado a reparar ou indenizar os danos causados.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência 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 (Lei 6.938/81) 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) (grifei)

No vertente caso, ao contrário do afirmado pelo apelante, restou sobejamente demonstrado que no imóvel de sua propriedade, denominado Chácara Nossa Senhora Aparecida, localizado no Município de Ribas do Rio Pardo/MS, havia a instalação e funcionamento irregular de 18 (dezoito) fornos para a prática de atividade de carvoejamento (fabricação de carvão).

Tanto assim, que no dia 24 de março de 2010, a atividade foi embargada pelos técnicos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, mediante lavratura dos Autos de Infração/Apreensão/Depósito/Interdição (nº 542488, 495517 e 495518). Na ocasião foram apreendidos no pátio da carvoaria 30 (trinta) metros cúbicos de carvão vegetal nativo e 15 (quinze) metros cúbicos de lenha nativa, conforme documentos acostados às fls. 20-24.

Essa atividade produziu danos ambientais concernentes na utilização de lenha de espécies nativas, sem comprovação de sua origem, e emissão de fumaça e gases na atmosfera, conforme perícia realizada pelo DAEX – Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução:

> (...) Na data de vistoria realizada pela equipe do DAEX, em 16 de junho de 2011, na Chácara Nossa Senhora Aparecida, de propriedade do Senhor Geraci Guilherme Gonçalves, foi constatada a existência de uma carvoaria, atualmente de propriedade do Senhor Geraci Guilherme Gonçalves, com 18 fornos em condições de operação e dois fornos demolidos. A matéria prima utilizada atualmente no processo de carvoejamento são as espécies exóticas eucalipto e pínus. Não nos foi apresentado documentos emitidos pelo órgão ambiental competente autorizando a atividade de carvoejamento. Entretanto, o Senhor Geraci Guilherme Gonçalves nos informou que havia dado entrada da documentação no IMASUL, solicitando autorização para carvoejamento em sua propriedade, Chácara Nossa Senhora Aparecida, o que foi posteriormente confirmado pelo DAEX, conforme pesquisa em 12 de agosto de 2011, cópia anexa. O pedido foi protocolado no Imasul sob nº 23/110073/2010, em 28/12/2010.
>
> Dos quesitos (...)
>
> 1) Houve dano ambiental? Sim
>
> 2) De que natureza?

> 2.1 Durante o processo de carbonização da madeira para fabricação de carvão vegetal há emissão de fumaça que é liberada para o meio ambiente, havendo eliminação de gases. Durante o processo de carbonização aproveita-se de 30% a 40% da madeira na forma de carvão vegetal. O restante é lançado na atmosfera na forma de gases.
>
> 2.2 Conforme consta da documentação encaminhada pelo IBAMA, de 24 de março de 2010, a matéria prima utilizada para fabricação de carvão vegetal na carvoaria do Senhor Rogério Gabriel dos Santos era lenha de espécies nativas, sem documento de comprovação de sua origem. Como não foi apresentada nenhuma documentação referente à origem da matéria prima, pressupõe-se que houve dano ao meio ambiente. (...) (fls. 75/76)

A despeito do apelante alegar que o responsável pela carvoaria no momento da infração era Rogério Gabriel dos Santos (fl. 258), esse fato não configura excludente de responsabilidade, porquanto na seara ambiental o proprietário do imóvel responde de forma solidária pelos danos, ainda que praticados por terceiro, tendo em vista a aplicação das regras da responsabilidade civil ambiental.

Consoante preconiza o art. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 poluidor é a pessoa responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de dano ambiental:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> (...)
>
> IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

A propósito:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS E PATRIMONIAIS - INCÊNDIO INICIADO NA ÁREA DE PROPRIEDADE DO RÉU QUE ATINGIU O IMÓVEL RURAL DO AUTOR - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - CORTE LOCAL QUE, AO RECONHECER A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO RÉU (ART. 3º, INC. IV E ART. 14, § 1º, DA LEI 6.938/81), CONDENA-O AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS, A SEREM QUANTIFICADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - INSURGÊNCIA RECURSAL DA PARTE RÉ. DANOS AMBIENTAIS INDIVIDUAIS OU REFLEXOS (POR RICOCHETE) - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 1º, DA LEI Nº 9.938/81, E, OUTROSSIM, EM VIRTUDE DA VIOLAÇÃO A DIREITOS DE VIZINHANÇA - RECONHECIMENTO DO DEVER DE INDENIZAR IMPUTÁVEL AO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL.
>
> Pretensão ressarcitória deduzida com escopo de serem indenizados os danos decorrentes de incêndio iniciado em propriedade vizinha, ocasionado pela prática de queimada.
>
> Pedidos julgados improcedentes pelo magistrado singular. Sentença reformada pela Corte de origem, **ao reconhecer a responsabilidade objetiva e solidária do proprietário do imóvel lindeiro pelos danos decorrentes do incêndio, ainda que praticado por terceiro (arrendatário ou gestor de negócios), tendo em vista a aplicação dos ditames da responsabilidade civil ambiental**.
>
> (...)
>
> 2.1 Às pretensões ressarcitórias relacionadas a esta segunda categoria, aplicam-se igualmente as disposições específicas do direito ambiental e, por conseguinte, da responsabilidade civil ambiental (objetiva) - consignadas na Lei n° 6.938/91 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), nos moldes em que preceituado no seu artigo 14, parágrafo 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. [...]" 2.2. **A excludente de responsabilidade civil consistente no fato de terceiro, na seara ambiental, tem aplicação bastante restrita, dada a abrangência do disposto no artigo acima transcrito**. Desse modo, só poderá ser reconhecida quando o ato praticado pelo terceiro for completamente estranho à atividade desenvolvida pelo indigitado poluidor, e não se possa atribuir a este qualquer participação na consecução do dano - ato omissivo ou comissivo, o que não se verifica na hipótese, consoante se infere do acórdão recorrido, o qual expressamente consignou ser o recorrente/réu "conhecedor de que as pessoas que 'limpavam' sua propriedade se utilizavam do fogo para fazê-lo, e a prática era reiterada, freqüente, "todos os anos", conforme descrito na inicial. E mesmo conhecedor do ilícito, nada fez para coibir a prática proscrita exercida em sua propriedade, tornando-se dessa forma responsável por ato de terceiro." (...)". 5. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, não provido. (REsp 1381211/TO, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 19/09/2014) (grifei)

Aliás, como destacado pela Procuradoria de Justiça, "não há como descurar que a reparação integral dos danos ambientais é obrigação propter rem, isto é, adere ao título de domínio ou posse, independentemente do fato do autor da degradação ambiental ter sido o proprietário, sendo despiciendo, portanto, perquirir se fora a apelante quem deu azo às condutas apuradas judicialmente." (fl.294)

Ademais, os documentos carreados aos autos (fls. 43/44) demonstram de forma contundente que o apelante tinha conhecimento da atividade de carvoaria exercida na sua propriedade, de modo que não pode se desvencilhar da responsabilidade civil pelos danos causados.

Com efeito, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, "equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem." (cf. REsp 650.728/SC, Rel. Ministro Antonio Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/12/2009)

Logo, tendo o apelante permitido o exercício de atividade poluente em sua propriedade, a sua responsabilização civil é decorrente da própria legislação ambiental, como já mencionado.

A alegação do apelante de que a obtenção da licença tornou lícita a atividade e que por isso teria de ser arquivado o procedimento investigativo promovido pelo MP e/ou extinta a presente ação sem julgamento do mérito, não comporta guarida.

Isso porque, embora o apelante tenha obtido Autorização Ambiental para Carvoejamento nº 081/2011 em 08/09/2011(validade até 04/03/2013) (fl. 109), ou seja, após a lavratura do auto de infração/apreensão/depósito/interdição realizado no ano de 2010 (fls. 21-24), ele continuou permitindo o exercício da atividade de carvoaria irregularmente em sua propriedade.

Tanto assim que, no dia 1º de novembro de 2011, ele arrendou em favor de Mariano Costa 20 (vinte) fornos existentes na sua propriedade (Chácara Nossa Senhora Aparecida) (fls. 111/112), permitindo o funcionamento da carvoaria, a despeito do vencimento da licença de "Autorização Ambiental para Supressão Vegetal" (fl. 103), fato que levou à interdição da atividade pelo IMASUL em 05/07/2012, conforme documentos acostados às fls. 98-100. Essa situação é bem relatada pelo 15º Batalhão de Polícia Militar Ambiental:

> (...) No local estava em funcionamento a empresa de carvoejamento, operando com vinte (20) fornos tipo "Rabo Quente", alguns fornos em resfriamento, outros vazios e prontos para serem abastecidos com lenha para a formação do carvão. Todas as instalações da carvoaria estão de acordo com a legislação vigente. Solicitamos documentação referente às Autorizações para o funcionamento e sobre a origem da matéria prima. Apresentados os documentos solicitados, verificamos que a empresa está devidamente autorizada pelo

> órgão competente para operar, conforme a Autorização Ambiental para Carvoejamento nº 081/2011 do processo nº 23/110073/2010 emitida em 08 de setembro de 2011 válida até 04 de março de 2013; apresentou-nos também a Autorização Ambiental para Supressão Vegetal nº 273/2009 do processo nº 2008-017087/TEC/AA-6365 emitida em 10 de junho de 2009, com validade de dois anos após a data da emissão, não renovável. Porém, de modo que a referida Autorização Ambiental-Supressão Vegetal foi emitida em 10 de junho de 2009 e já informada nas condicionantes que não seria renovada e o aproveitamento do material lenhoso proveniente da supressão poderia ser realizado durante a vigência da Autorização, concluímos que as atividades da carvoaria estavam irregulares, pois a origem da matéria prima para a fabricação do carvão também está irregular.
>
> A Autorização para o carvoejamento foi concedida para Geraci Guilherme Gonçalves, portador do CPF nº 023.661.987-00, porém este arrendou a empresa para o Sr. Mariano Costa. (fl. 103)

Por aí se conclui que, de fato, a atividade exercida na propriedade do apelante causou danos ao meio ambiente. Contudo, como bem mencionado pelo magistrado *a quo* somente na fase de liquidação/cumprimento da sentença é que poderá verificar a especialização do modo que deverá ser reparado o dano.

Importante ainda frisar que, embora o apelante tenha vendido a propriedade rural no dia 21/06/2013 (fls. 140-143), ou seja, antes da citação realizada na presente ação civil pública (fl. 126), esse fato não afasta a responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente, até porque, caso contrário, bastaria ao poluidor alienar o bem por ele deteriorado, e o dano ficaria sem possibilidade de reparação ou indenização.

Não se pode esquecer que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (nº 6.938/1981) acolheu o princípio do "poluidor-pagador", estabelecendo como uma de seus fins, "a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados". Em reforço a essa ideia, assentou a Constituição Federal que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados." (art. 225, § 3º)[1]

Logo, não havendo razões para anulação ou reforma da sentença, impõe-se a sua manutenção com o desprovimento do recurso.

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, com o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

***

1 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**,.8ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 268/269

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800698-56.2012.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CONTRA AUTARQUIA DE TRÂNSITO COM A FINALIDADE DE IMPEDIR A PROLIFERAÇÃO DO MOSQUITO *AEDES AEGYPTI* (VETOR DA DENGUE E OUTRAS DOENÇAS) – PROIBIÇÃO DE EFETUAR O DEPÓSITO DOS VEÍCULOS EM LOCAL DESPROVIDO DE COBERTURA – DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO – SAÚDE E VIDA SÃO VALORES QUE DEVEM SER PRIORIZADOS – INGERÊNCIA JUDICIAL – INEXISTÊNCIA - INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSOS DESPROVIDOS.

A Constituição Federal assegura a todos o direito ao meio ambiente devidamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, estabelecendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

É assente nos Tribunais Superiores o entendimento de que, quando a Administração Pública de maneira clara e indubitável viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que Administração Pública não pode justificar a frustração de direitos essenciais - como o meio ambiente equilibrado - previstos na Constituição da República sob o fundamento de insuficiência orçamentária, tampouco pode considerar como ingerência judicial a imposição de obrigação com essa finalidade.

Constatando que a Autarquia de Trânsito mantém veículos em local desprovido de cobertura, permitindo a proliferação do mosquito *aedes aegypti*, transmissor de diversas doenças, como a dengue, febre zika e chikungunya, mostra-se plenamente possível a imposição de obrigação a fim de restaurar o equilíbrio do meio ambiente, assegurando a saúde e, por conseguinte, a sadia qualidade de vida da população local.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de remessa necessária e recurso voluntário interposto por Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS em face da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Navirai que, nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, julgou procedente o pedido inicial para, confirmando a liminar concedida, condenar o requerido a "A) promover medidas de controle ambiental no imóvel em que funciona a agência de Naviraí, impedindo o acúmulo de água e a proliferação do mosquito *aedes aegypti*; e, B) não receber e não manter em depósito no imóvel onde funciona a Agência de Naviraí, bens móveis em local desprovido de cobertura e que não possa impedir o acúmulo de água da chuva, tudo sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso".

Nas razões recursais, o apelante alega que designou funcionário única e exclusivamente para o controle das condições de higienização do pátio onde são armazenados os veículos reportados.

Defende que a obrigação imposta na sentença no sentido de vedar o órgão apelante de receber e manter em depósito no imóvel onde funciona a Agência de Naviraí, bens móveis em local desprovido de cobertura e que não possa impedir o acúmulo de água da chuva, mostra-se excessivamente onerosa e esvaziaria a atividade fiscalizadora imposta pela lei, como a apreensão de veículos, consoante dispõe o art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro e Decreto nº 11.428/2003.

Expôs que tão grave quanto propiciar a infestação do mosquito causador da dengue e demais doenças é deixar de atuar na fiscalização imposta pelo Código de Trânsito, permitindo a circulação de veículos que estejam em descordo com as normas de segurança de trânsito que, da mesma forma, atinge toda a população local.

Argumenta que o controle ambiental dos vetores responsáveis pelas doenças já reportadas, notadamente o *aedes aegypti*, é medida que se impõe à municipalidade de forma contínua, e não obrigando o órgão apelante a promover a remoção de 670 (seiscentos e setenta) veículos de seu pátio, alguns recebidos por força de medida judicial de busca e apreensão e outros oriundos de sinistros atendidos pela Polícia Rodoviária Federal ou Polícia Militar.

Explana que a imposição ao Poder Público de obrigação concernente em construção ou melhorias de prédios públicos, que não está prevista na execução orçamentária do órgão, é medida que se reveste de ingerência judicial no campo da conveniência e oportunidade do administrador público.

Requer o provimento do recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 298-305)

A Procuradoria de Justiça manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 314-321).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de remessa necessária e recurso voluntário interposto por Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS em face da sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Navirai que, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público contra o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, julgou procedente o pedido inicial para, confirmando a liminar concedida, condenar o requerido a "A) promover medidas de controle ambiental no imóvel em que funciona a agência de Naviraí, impedindo o acúmulo de água e a proliferação do mosquito *aedes aegypti*; e, B) não receber e não manter em depósito no imóvel onde funciona a Agência de Naviraí,

bens móveis em local desprovido de cobertura e que não possa impedir o acúmulo de água da chuva, tudo sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso".

Segundo a inicial, o réu utiliza o imóvel localizado na Rua Jamil Selem, 375, na cidade de Naviraí, como sede de uma de suas agências, utilizando o local também como depósito dos veículos oriundos das apreensões por ele realizadas.

Alegou o autor que a maneira como os veículos vêm sendo armazenados ocasionou acúmulo de água, criando um ambiente propício para proliferação do vírus transmissor da dengue, colocando em risco não só os agentes públicos que lá trabalham, mas toda a população da cidade de Naviraí.

Afirmou que a forma mais adequada de combate à dengue é por meio da implementação de práticas preventivas, o que pressupõe a adoção de um rigoroso controle ambiental tendente a garantir a não proliferação do mosquito da dengue.

Assim, ingressou com a presente ação civil pública a fim de compelir o DETRAN a promover medidas de controle ambiental no imóvel em que funciona a Agência de Naviraí, a fim de impedir o acúmulo de água e a consequente proliferação do mosquito da dengue, bem como a não mais receber e manter em depósito bens móveis em local desprovido de cobertura. Pleiteou também o deferimento de liminar. (fls. 01-10)

Foi deferida a antecipação da tutela às fls. 132/133, "para que o Réu remova do pátio da agência de Naviraí todos os veículos e outros bens que lá se encontram, bem como, não mais promover o depósito de veículos apreendidos na Agência de Naviraí até que lá sejam adotadas medidas eficientes de controle ambiental, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso, e crime de desobediência pelo descumprimento."

Essa decisão foi suspensa por decisão da Presidência desta Corte, no Pedido de Suspensão de Liminar nº 4003863-32.2013.8.12.0000. (fls. 187-197)

O agravo oposto pelo requerido em face da decisão liminar foi desprovido. (fls. 218-238)

Foi encerrada a instrução às fl. 259/260, tendo as partes apresentado suas alegações finais às fls. 267-269 e fls. 270-274.

Na sentença, o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para, confirmando a liminar concedida, compelir o DETRAN a "A) promover medidas de controle ambiental no imóvel em que funciona a agência de Naviraí, impedindo o acúmulo de água e a proliferação do mosquito *aedes aegypti*; e, B) não receber e não manter em depósito no imóvel onde funciona a Agência de Naviraí, bens móveis em local desprovido de cobertura e que não possa impedir o acúmulo de água da chuva, tudo sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de atraso." (fls. 275-282)

A sentença foi submetida à Remessa Necessária e também enfrentou recurso da parte requerida.

Nas razões recursais o apelante alegou que a situação estampada no relatório de inspeção de fls. 32/39 não mais persiste, vez que já foi promovida a limpeza do imóvel que abriga a agência regional de trânsito de Naviraí, bem como realizou a retirada de bens inservíveis.

Esclareceu que designou funcionário única e exclusivamente para o controle das condições de higienização do pátio onde são armazenados os veículos reportados. No entanto, como o pátio do prédio onde funciona a agência de trânsito de Naviraí não conta com cobertura, todos os veículos atualmente recolhidos naquele local estão sujeitos à ação do tempo.

Defendeu que a obrigação imposta na sentença no sentido de vedar o órgão apelante de receber e manter em depósito no imóvel onde funciona a Agência de Naviraí, bens móveis em local desprovido de cobertura e que não possa impedir o acúmulo de água da chuva, mostra-se excessivamente onerosa e esvaziaria a atividade fiscalizadora imposta pela lei, como a apreensão de veículos, consoante dispõe o art. 21 do Código de Trânsito Brasileiro e Decreto nº 11.428/2003.

Expôs que tão grave quanto propiciar a infestação do mosquito causador da dengue e demais doenças é deixar de atuar na fiscalização imposta pelo Código de Trânsito, permitindo a circulação de veículos que estejam em descordo com as normas de segurança de trânsito que, da mesma forma, atinge toda a população local.

Argumentou que o controle ambiental dos vetores responsáveis pelas doenças já reportadas, notadamente o *aedes aegypti*, é medida que se impõe à municipalidade de forma contínua, e não obrigando o órgão apelante a promover a remoção de 670 (seiscentos e setenta) veículos de seu pátio, alguns recebidos por força de medida judicial de busca e apreensão e outros oriundos de sinistros atendidos pela Polícia Rodoviária Federal ou Polícia Militar.

Explanou que a imposição ao Poder Público de obrigação concernente em construção ou melhorias de prédios públicos, que não está prevista na execução orçamentária do órgão, é medida que se reveste de ingerência judicial no campo da conveniência e oportunidade do administrador público.

Requereu o provimento do recurso, cassando-se a liminar então confirmada. Alternativamente, pede a reforma "no tocante à obrigação imposta ao ora apelante de não mais receber veículos no pátio deste órgão onde funciona a Agência de Trânsito de Naviraí, bem como de remover aqueles ali recolhidos. Ainda, se mantida a obrigação de se remover os veículos que estejam nas dependências da Agência de Trânsito de Naviraí, que a medida se restrinja àqueles que esteja danificados a ponto de permitir o acúmulo de água em seu interior, excluindo aqueles que estejam em bom estado de conservação." (fls. 287-296)

Em contrarrazões o apelado manifestou pelo desprovimento do recurso. (fls. 298-305)

A Procuradoria de Justiça manifestou também pelo desprovimento do recurso. (fls. 314-321)

De início, consigno que o presente recurso será analisado de acordo com as regras do novo Código de Processo Civil, haja vista que a sentença recorrida foi proferida sob sua vigência, ou seja, no dia 01/08/2016. (fls. 275-282).

Nesse sentido é o Enunciado Administrativo n. 3 do STJ:

> Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir 17 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Os recursos não comportam provimento.

Com efeito, restou demonstrado nos autos que a agência do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS na cidade de Naviraí, situada à Rua Jamil Selem, nº 375, vem mantendo em depósito veículos (carros, motocicletas) em local desprovido de cobertura e com acúmulo de água, ambiente propício para a proliferação do mosquito *aedes aegypti*, popularmente conhecido como "mosquito da dengue", considerado como vetor da dengue, febre amarela, febre zika e chikungunya.

O Relatório de Inspeção da Vigilância Sanitária do Município de Naviraí, elaborado no dia 22/11/2011, constatou naquela ocasião a existência de aproximadamente 92 (noventa e dois) carros armazenados em

local aberto e com acúmulo de água. As fotos que compõem o Relatório demonstram muito bem o perigo a que o DETRAN impõe a população naviraiense, em especial os servidores públicos e as pessoas que utilizam dos seus serviços. Confira:

> Vistoria realizada pela Vigilância Sanitária em conjunto com o Controle de Vetores no pátio de veículos do DETRAN por solicitação do Ofício nº 1178/2011/2ª PJ (Inquérito Civil nº 60/2011), com o objetivo de identificar os pontos tendentes a se constituir em criatório do mosquito da dengue.
>
> (...)
>
> Relato da Situação
>
> No período de 22 de novembro de 2011, foi realizada vistoria no pátio de veículos do DETRAN de Naviraí-MS, pelos fiscais que assinam abaixo, os quais relatam a situação a seguir:
>
> Pátio Interno e Externo não possui cobertura
>
> Total de Veículos Apreendidos: aproximadamente 92 carros;
>
> Vários Veículos (carros, motocicleta) com acúmulo de água;
>
> Presença de mato alto; (fls. 33-39)

Conquanto no apelo a Autarquia afirme que essa situação não é mais a mesma, porque teria providenciado a limpeza do imóvel, retirando os bens inservíveis, e também designando um funcionário para efetuar o controle das condições de higienização do pátio, certo é que não realizou a cobertura do local e, atualmente tem em depósito 670 (seiscentos e setenta) veículos no pátio da agência de Naviraí. (fl.294)

A alegação de que não é possível impor obrigação ao Poder Público, como a de construir local para depósito dos veículos, sem reserva orçamentária não pode ser acolhida, pois o que se busca na presente demanda é a restauração do equilíbrio do ambiente a fim de assegurar a saúde e, por conseguinte, a sadia qualidade de vida da população de Naviraí.

É assente nos Tribunais Superiores que a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. Contudo, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada, como é o caso dos presentes autos.

Realmente, é cediço que a Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput*, assegurou a todos o direito ao meio ambiente devidamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, estabelecendo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, *verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

O meio ambiente, segundo dispõe o art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81 "é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas."

Diante desse conceito, conforme ensina Hugo Nigro Mazzilli, é possível considerar o meio ambiente sob os seguintes aspectos:

> a) meio ambiente natural (os bens naturais, como o solo, a atmosfera, a água, qualquer forma de vida);
>
> B) meio ambiente artificial (o espaço urbano construído);
>
> C) meio ambiente cultural (a interação do homem com o ambiente, o que compreende não só o urbanismo, o zoneamento, o paisagismo e os monumentos históricos, mas também os demais bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos etc), neste último incluído o próprio meio ambiente do trabalho. (MAZZILI, Hugro Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.161/162)

Nesse contexto, tudo o que diga respeito ao equilíbrio ecológico e induza a uma sadia qualidade de vida é questão afeta ao meio ambiente. Assim, devem ser combatidas todas as formas de degração ambiental em qualquer nível.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que Administração Pública não pode justificar a frustração de direitos essenciais - como ao meio ambiente equilibrado - previstos na Constituição da República sob o fundamento de insuficiência orçamentária. Tampouco pode considerar como ingerência judicial a imposição de obrigação com essa finalidade. Confira:

> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. **Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Insuficiência orçamentária**. Invocação. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte Suprema já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. 2. Assim, pode o Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias desse direito, reputado essencial pela Constituição Federal, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. A Administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária. 4. Agravo regimental não provido. (RE 658171 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014, Processo Eletrônico DJe-079 divulg 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014) (grifei)

O apelante também pretende minimizar a obrigação que lhe foi imposta - não receber e não manter em depósito bens móveis em local desprovido de cobertura – afirmando que essa medida resultaria no esvaziamento da atividade fiscalizadora imposta pela Código de Trânsito Brasileiro, pois teria de permitir a circulação de veículos que estejam em desacordo com as normas de trânsito, e isso também afetaria a população local.

Contudo, essa tese não pode ser acolhida, pois sopesando os valores postos em discussão, não há dúvida de que a saúde e a vida da população de Naviraí são bens que devem ser assegurados com prioridade.

Ademais, o acolhimento da tese sustentada pelo apelante demandaria a longo prazo em maiores dispêndios ao próprio Poder Público. Ora, se hoje o problema seria resolvido com a construção de local coberto, no futuro teria de alocar recursos para atender as necessidades das doenças que, por certo, adviriam com a situação de vulnerabilidade que vem expondo a população daquela cidade.

Friso ainda que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que direitos como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que a Administração Pública deve considerar como prioritárias. Confira:

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANO AMBIENTAL. IMPLEMENTAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. USINA DE RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO CPC CARACTERIZADA.
>
> 1. Cinge-se a controvérsia dos autos à possibilidade do Ministério Público, em obrigação de fazer, por meio de ação civil pública, compelir o administrador a implementar obra pública, qual seja, usina de reciclagem de entulhos provenientes da construção civil, que estivesse causando danos ao meio ambiente.
>
> 2. Irretocável, a posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que "O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes" (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012).
>
> 3. Reconheço que em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. **Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias**.
>
> (...)
>
> 5. Os autos devem ser devolvidos ao primeiro grau para que o juiz proceda à instrução levando-se em conta o art. 462 do CPC e a Lei n. 12.305/2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos), sobretudo à luz do se art. 54. Recurso especial parcialmente provido."(REsp 1367549/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, DJe 08/09/2014) (grifei)

Por fim, como bem fundamentado pelo magistrado *a quo*, não se pretende com a presente demanda afastar a responsabilidade do Município de Naviraí em promover medidas que auxiliem no combate ao *aedes aegypti*, mas sim compelir a Autarquia requerida a combater os focos de criação do mosquito na agência de Naviraí, justamente porque a proliferação do transmissor é rápida e altamente prejudicial à saúde de todos que ali transitam.

Destarte, agiu com acerto o julgador ao compelir o requerido a tomar medidas a fim de evitar a proliferação do mosquito *aedes aegypti*, como "não receber e não manter em depósito no imóvel onde funciona a Agência de Naviraí, bens móveis em local desprovido de cobertura e que não possa impedir o acúmulo de água da chuva."

Ante o exposto, conheço dos recursos e, com o parecer, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

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, 11 de abril de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801884-27.2015.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA OFERECER MOMENTOS DE LAZER ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES ABRIGADOS – INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE PROJETO PADRINHO – IRRELEVÂNCIA – DIREITOS FUNDAMENTAIS INERENTES À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – TUTELA RECURSAL POSTULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU – PRETENSÃO QUE DEVE SER BUSCADA NO JUÍZO *A QUO*, APÓS ESTUDO PSICOSSOCIAL – RECURSO PROVIDO.

Os direitos fundamentais inerentes à infância e adolescência devem ser assegurados com absoluta prioridade, nos termos do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e do art. 4º da Lei 8.069/90.

A pretensão inicial é plenamente possível, pois busca justamente propiciar aos menores da instituição de abrigo, momentos de lazer, como a prática de esportes e outras atividades em total harmonia e convivência com a comunidade local, ou seja, o objetivo buscado na inicial nada mais é do que suprir necessidades causadas justamente pela falta de um projeto na comarca de Aparecida do Taboado àqueles menores que estão em situação de risco.

Em relação ao pedido de deferimento da tutela recursal requerida pelo Ministério Público Estadual em 2º grau, tal pedido deve buscado no juízo de primeiro grau, após Estudo Psicossocial com a autora apelante

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de maio de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Vistos, etc.

Juízo de admissibilidade (art. 1.010, § 3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marinalva Gomes da Silva contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado que, nos autos do pedido de autorização judicial formulado, indeferiu o pedido inicial.

Nas razões recursais, a apelante alega que o Projeto Padrinho ainda não foi implementado na Comarca de Aparecida do Taboado, motivo pelo qual ingressou com o presente requerimento, a fim de que possa oferecer momentos de lazer e aconchego às crianças e adolescentes abrigados.

Argumenta que, em razão da inércia na implantação do referido projeto, as crianças acolhidas institucionalmente se veem privadas de melhores condições para o seu desenvolvimento social, educacional e afetivo.

Assim, requer o conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença, a fim de que seja autorizada a retirar as crianças acolhidas durante alguns finais de semana.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial ao recurso, anulando-se a r. sentença objurgada, para determinar o prosseguimento do feito, com a realização de Estudo Psicossocial com a apelante, e "deferir a antecipação da tutela provisória recursal, a fim de que a Recorrente seja autorizada, querendo, a retirar os infantes Guilherme Adriano Alves Mouro, Victor Alves Pereira e/ou Luís Fernando da Silva acolhidos no abrigo local, aos domingos, pegando-os pela manhã, e devolvendo-os até às 18h, para a prática de atividades comunitárias (esportivas e lazer)".

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marinalva Gomes da Silva contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Aparecida do Taboado que, nos autos do pedido de autorização judicial formulado, indeferiu o pedido inicial.

Segundo consta, a autora ingressou com pedido de providência, requerendo autorização do juízo de Aparecida do Taboado para que possa acolher em sua casa nos finais de semana, crianças ou adolescentes abrigados na Casa Abrigo visando proporcionar uma convivência familiar.

Ao indeferir a inicial, assentou a magistrada *a quo* (fls. 31/32):

> (...) Inicialmente verifico que a pretensão da requerente não encontra respaldo legal, pois deveria ser realizado através do Projeto Padrinho (ainda não implementado nesta Comarca) e de forma menos ampla.
>
> Se não fosse isso, após o acolhimento das crianças/adolescentes em situação de risco, compete a Coordenação da instituição a verificação diária de eventual convivência daquelas com a comunidade, resguardando a livre vontade e o sigilo necessário.
>
> Por outro lado, atualmente a instituição acolhe em sua grande maioria crianças pequenas, com processos de destituição em andamento e futura colocação em famílias substitutas previamente cadastrados no CNJ.
>
> Ressalto que a instituição de acolhimento não possui servidores que possam acompanhar e fiscalizar eventuais visitas da requerente.

> Posto isso, indefiro o pedido inicial, ressaltando que após a implementação do Projeto Padrinho nesta Comarca, poderá inscrever-se e receber a formação necessária.

Nas razões recursais, a apelante alega que o Projeto Padrinho ainda não foi implementado na Comarca de Aparecida do Taboado, motivo pelo qual ingressou com o presente requerimento, a fim de que possa oferecer momentos de lazer e aconchego às crianças e adolescentes abrigados.

Argumenta que, em razão da inércia na implantação do referido projeto, as crianças acolhidas institucionalmente se veem privadas de melhores condições para o seu desenvolvimento social, educacional e afetivo.

Assim, requer o conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença, a fim de que seja autorizada a retirar as crianças acolhidas durante alguns finais de semana.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial ao recurso, anulando-se a r. sentença objurgada, para determinar o prosseguimento do feito, com a realização de Estudo Psicossocial com a apelante, e "deferir a antecipação da tutela provisória recursal, a fim de que a Recorrente seja autorizada, querendo, a retirar os infantes Guilherme Adriano Alves Mouro, Victor Alves Pereira e/ou Luís Fernando da Silva acolhidos no abrigo local, aos domingos, pegando-os pela manhã, e devolvendo-os até às 18h, para a prática de atividades comunitárias (esportivas e lazer)".

O recurso merece provimento.

Como cediço, os direitos fundamentais inerentes à infância e adolescência devem ser assegurados com absoluta prioridade, nos termos do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal e do art. 4º da Lei 8.069/90, que assim prescrevem:

> Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, 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 forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> 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.

Nesse cenário, observa-se que a pretensão da autora é justamente propiciar aos menores da instituição de abrigo, momentos de lazer, como a prática de esportes e outras atividades em total harmonia e convivência com a comunidade local, ou seja, o objetivo buscado na inicial nada mais é do que suprir necessidades causadas justamente pela falta de um projeto na comarca de Aparecida do Taboado àqueles menores que estão em situação de risco.

Como bem pontuou o i. Procurador de Justiça às fls. 52/54:

> É visível que o pedido encontra amparo legal, sobretudo porque o Projeto Padrinho ainda não foi implementado na Comarca, de modo que o direito à convivência comunitária das crianças e adolescentes não pode ser tolhido em razão dessa inércia.
>
> Ressalte-se que o *Parquet* de Primeira Instância manifestou-se favorável ao pleito, salientando que a Apelante denota ser pessoa idônea, e com experiência para lidar com crianças e adolescentes, e que a saída das crianças da instituição lhes proporcionará benefícios, pois "desfrutarão de momentos de lazer e convívio social.

Portanto, não tenho dúvidas de que a pretensão buscada na inicial é plenamente possível, independentemente de ter sido ou não implantado o Projeto Padrinho na Comarca de Aparecida do Taboado.

Por fim, em relação ao pedido de deferimento da tutela recursal requerida pelo Ministério Público Estadual em 2º grau, tal pedido deve buscado no juízo de primeiro grau, após Estudo Psicossocial com a autora apelante.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso, e lhe dou provimento para tornar insubsistente a sentença de primeiro grau, para determinar o prosseguimento do feito, com a realização de Estudo Psicossocial com a autora e, após, manifestar-se acerca do pedido buscado na exordial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, deram provimento ao recurso, 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. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 09 de maio de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0550209-62.2005.8.12.0055 - Sonora
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – AUMENTO PATRIMONIAL CONSIDERÁVEL E INCOMPATÍVEL COM A RENDA AUFERIDA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVO PATRIMONIAL QUANDO DA POSSE DO CHEFE DO EXECUTIVO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OUTRA FONTE DE RENDA CAPAZ DE JUSTIFICAR O AUMENTO PATRIMONIAL – DOLO DO AGENTE PARA OBTER VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA – SANÇÕES IMPOSTAS DE FORMA CUMULATIVA – RESPEITO ÀS PARTICULARIDADES DOS AUTOS – RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – RECURSO DESPROVIDO.

A lei de responsabilidade por ato de improbidade administrativa aplica-se quando o ato for praticado com o intuito de enriquecimento ilícito do gestor; houver prejuízo ao erário e existir lesão aos princípios da Administração Pública.

O administrador público tem por dever, em qualquer situação, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração.

Caso em que a prova produzida não deixa dúvidas de que o aumento de patrimônio durante o lapso temporal no exercício da função pública é incompatível com os valores auferidos pelo requerido. Elemento subjetivo (dolo) comprovado, bem como o enriquecimento ilícito.

"O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que não há impedimento à aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da LIA, bastando que a dosimetria respeite os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade." (AgRg no AREsp 790.561/RJ). Sanção imposta que atentou para as particularidades dos autos, respeitando a finalidade da lei de garantir a boa administração da coisa pública.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de junho de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Luiz Carlos Simões contra decisão proferida pelo MM Juiz da Vara Única da Comarca de Sonora, nos autos da ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual.

Em síntese, alega que:

O artigo 9º da Lei n.º 8.429/92 que prevê a responsabilização do agente público quando da prática de atos que importam enriquecimento ilícito do gestor depende da comprovação do intuito doloso do agente, não prevendo a forma culposa.

Como prefeito municipal auferiu proventos que atingiram o montante de R$ 456.000,00, destacando, contudo, nem sempre exerceu cargo público e que já auferia rendas nas atividades privadas, suficientes para o seu sustento e de sua família.

Demonstrou que desde 1996 já explorava economicamente uma propriedade rural de 7.123,87ha, na Comarca de Pedro Gomes.

Os imóveis adquiridos e mencionados na inicial não foram adquiridos com verbas públicas, tampouco configuram patrimônio incompatível com os proventos recebidos no exercício do cargo eletivo, não podendo ser responsabilizado por atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92.

O fato de ter adquirido imóvel rural com terceiro, não revela que estaria desviando e se beneficiando de verbas públicas de gabinete para pagamento de negócio próprio, insistindo que à época da denúncia desembolsou R$ 333.063,99 para adquirir a propriedade e o restante foi pago em 04 parcelas, uma por ano e, quanto ao apartamento no Edifício Don Rube, assinou o compromisso de compra e venda em 2000, referente do período de 2001 a 2004.

A sentença está lastreada em meras conjecturas e ilações descontextualizadas dos fatos, posto que o inquérito civil que deu ensejo ao início do presente processo ainda não havia sido concluído, ferindo claramente seu direito à ampla defesa e o contraditório.

Não causou nenhum prejuízo aos cofres públicos de Sonora, tanto que comprovou nos autos que antes de exercer cargo público já auferia outras rendas e se houve algum equívoco, ele foi de natureza formal, sendo certo que para que a improbidade reste caracterizada, a conduta do agente causador do ato ilegal deve estar lastreada na má-fé.

Caso sejam admitidos como verdadeiros os fatos alegados pelo apelado, as penas devem ser revistas, considerando que não enriqueceu às custas do patrimônio público municipal nem causou dano ao erário, devendo o princípio da proporcionalidade ser utilizado como regra balizadora dos atos de improbidade administrativa;

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença a fim de que as condenações da improbidade sejam afastadas ou, subsidiariamente, que estão sejam revistas porquanto antes de assumir o cargo de chefe do executivo já possuía bens consideráveis.

Em contrarrazões o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso e prequestionou o artigo 9.º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92 .

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

A sentença foi proferida quando ainda estava em vigor o CPC/73 que, portanto, regerá o cabimento e a admissibilidade[1] do presente recurso, enquanto que o seu procedimento e julgamento serão regidos pelo *Codex* Processual em vigor (2015)[2].

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Luiz Carlos Simões contra decisão proferida pelo juiz da Vara Única da Comarca de Sonora nos autos da ação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual.

O julgador singular julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para condenar o requerido às penas de perda dos bens adquiridos ilicitamente, suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos, multa civil em valor igual ao do acréscimo patrimonial verificado e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos, benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos, além do pagamento das custas e despesas processuais.

O apelante, em síntese, requer a reforma da sentença sob o argumento de que não praticou qualquer ato ímprobo no período em que foi chefe do Executivo da cidade de Sonora, tampouco agiu com dolo para desviar verba pública (verba de gabinete), posto ter adquirido bens de valores vultosos com rendas provenientes da atividade profissional anteriormente exercida, qual seja, de produtor e proprietário de imóvel rural.

Extrai-se dos autos que o então vice-prefeito da Cidade de Sonora-MS gravou, por iniciativa própria, conversa que teve com o apelante às vésperas do período eleitoral. A gravação foi entregue ao Ministério Público em 18 de junho de 2004 , que a submeteu à auto de constatação de conteúdo onde se verificou a existência de indícios de atos ímprobos, condutas imorais e lesivas ao patrimônio público, tais como manutenção de pessoas em cargos púbicos por questões de dívidas de amizade; acordo financeiro em troca de apoio político (possível "caixa 2"); desvio de dinheiro oriundo de verba de gabinete para a campanha para custear interesses próprios; e superfaturamento de obras.

Durante as investigações realizadas pelo *Parquet* no inquérito civil instaurado, surgiram informações de que o réu teria adquirido patrimônio desproporcional às rendas licitamente auferidas, situação que ensejou o encaminhamento de ofícios a cartórios de registro deste Estado, onde se apurou que o réu adquiriu os seguintes bens: 01 fazenda na cidade de Itiquira/MT no valor de R$ 1.188,170,70 (um milhão cento e oitenta e oito mil e setenta centavos); 01 apartamento na cidade de Coxim, no valor de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), além de saldos bancários existentes, veículos e semoventes.

Diante de tais fatos, o Ministério Público ajuizou a presente demanda sob o fundamento de que, enquanto Prefeito daquele Município no período de 2000 a 2004, o apelante praticou atos de improbidade administrativa consistente no enriquecimento ilícito, já que a evolução patrimonial não é compatível com os rendimentos percebidos.

Pois bem. Como cediço, é dever de todo o agente público a observância dos princípios norteadores da Administração Pública, os quais se submetem às sanções respectivas no caso de desatenção, consoante expressamente estabelecido na Constituição Federal em seu art. 37, parágrafo 4º, *in verbis*:

1 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

2 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)

> 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:
>
> (*omissis*...)
>
> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Como se vê do texto constitucional, a improbidade administrativa constitui um desvio de conduta qualificado pelo dano ao erário público, sendo esclarecer o trecho do texto "O que se entende por improbidade administrativa?", publicado na rede mundial de computadores pela "Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes":

Improbidade administrativa é o designativo técnico para conceituar corrupção administrativa, ou seja, o que é contrário à honestidade, à boa-fé, à honradez, à correção de atitude. O ato de improbidade, nem sempre será um ato administrativo, poderá ser qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da função ou fora dela. Neste sentido a Lei 8.429 /92, também conhecida como Lei do "colarinho branco", dispõe que:

> Art. 5º 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.[3]

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) dispõe sobre a responsabilidade do agente público pela prática de atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) e lesão aos princípios da administração pública (art. 11).

Contudo, é imperioso destacar que a mera irregularidade eventualmente apurada nos atos administrativos não se confunde com a improbidade, que exige conduta dolosa ou culposa (de acordo com o ato praticado) e importa em sanções aos Administradores.

No caso *sub judice*, cumpre saber se os fatos narrados importaram na conduta ímproba prevista nos artigos 9º, VII, da lei de regência, *in verbis:*

> Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:
>
> (...)
>
> VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

A respeito do dispositivo é o ensinamento de Marino Pazzaglini Filho[4]:

> O inciso VII cuida do enriquecimento do agente público, durante o exercício da função pública, sem causa lícita conhecida. É o acréscimo patrimonial (aquisição de bens ou valores), no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, sem justificativa, ou seja, desproporcional ou incompatível aos rendimentos e à evolução do patrimônio do agente público.

3 https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1066009/o-que-se-entende-por-improbidade-administrativa

4 **Lei de improbidade administrativa comentada:** aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizada. – 6ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 61-62;

Marcelo Figueiredo[5] sinaliza a respeito do tipo em voga*:*

> (...) No caso, a norma volta-se a colher o agente na situação de ter incorporado ou negociado de qualquer forma, de ter internado em seu patrimônio ou de terceiro bens de qualquer natureza – portanto, moveis, imóveis ou semoventes. Em sua ação deve haver evolução patrimonial não justificada. Preocupa-se com a desproporção, o desequilíbrio, entre suas rendas proventos em geral e a capacidade de adquirir bens. É óbvio que não basta uma análise criteriosa na declaração de renda do agente e de seus familiares ou envolvidos para apurar-se a verdade. Pode haver omissão deliberada de dados, aquisições realizadas por empresas que tenham como titular o agente etc. É necessária ampla investigação a partir dos elementos ofertados. (...)

Em igual norte, a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

> (...) A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei 8429/92, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evolver de forma correlata, sendo indício veemente de enriquecimento ilícito e, *ipso fato*, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em tais casos, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa (...)[6]

O tipo descrito no art. 9º da LIA exige conduta dolosa do agente, inexistindo previsão de penalização para a forma culposa. Contudo, de acordo com o entendimento da Corte Superior, o dispositivo dispensa o dolo específico, bastando a demonstração do dolo genérico, consoante se vê:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AGENTE DE PORTARIA DO QUADRO DE PESSOAL DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDUSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 132, VI, DA LEI 8.112/1990 C/C ART. 9°, VII E 11, *CAPUT*, DA LEI 8.429/1992. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INOCORRÊNCIA. IDENTIFICAÇÃO DO SUBSCRITOR. POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA ANÔNIMA DAR ENSEJO A INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 143 DA LEI 8.112/1990. PRECEDENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE AO RECONHECIMENTO DA VARIAÇÃO A DESCOBERTO E DA COMPROVADA LICITUDE DOS RECURSOS. AUSÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA PATRIMONIAL A FIM DE APURAR VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO DE SERVIDORES PÚBLICOS. DECRETO 5.483/2005. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO TEOR DO RELATÓRIO FINAL DO PAD. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> (...) 4. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor, competindo, a este, por outro lado, o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

5 **Probidade Administrativa:** Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6ª Ed atual. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 89-90;
6 GARCIA, Emerson. ALVEZ, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 6ª edição – São Paulo:Saraiva, 2011, p. 397

Precedentes.

5. A prática do Ato de Improbidade Administrativa previsto nos arts. 9°, VII, e 11, da Lei 8.429/1992, dispensa a prova do dolo específico, bastando o dolo genérico, que, nos casos de variação patrimonial a descoberto resta evidenciado pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, bem como que a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Precedentes: MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção do STJ, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015; AgRg no REsp 1400571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma do STJ, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015.

6. *In casu*, tendo a Comissão Processante concluído pela existência de variação patrimonial a descoberto, considerando as elevadas movimentações financeiras na conta-corrente do impetrante entre os anos de 2006 a 2010, decorrentes de diversos depósitos bancários não identificados, totalizando R$ 17.713,00 (dezessete mil, setecentos e treze reais) no ano de 2006, R$ 20.709,05 (vinte mil, setecentos e nove reais e cinco centavos) no ano de 2007, R$ 23.901,36 (vinte e três mil, novecentos e um reais e trinta e seis centavos) no ano de 2008, R$ 34.903,00 (trinta e quatro mil, novecentos e três reais) no ano de 2009 e R$ 21.115,00 (vinte e um mil, cento e quinze reais) no ano de 2010, perfazendo um montante global de R$ 118.000,00 (cento e dezoito mil reais), o que corresponderia a 42% das entradas em sua conta-corrente, revelando movimentações financeiras muito superiores aos rendimentos mensais por ele auferidos no exercício de suas atividades funcionais, em torno de R$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais) bruto, sem que fosse possível identificar a fonte de recursos, e que o impetrante não teria logrado demonstrar a origem lícita dos recursos questionados decorreriam de atividades como corretor de imóveis ou da venda parcelada de um veículo automotor, a revisão de tais conclusões, a fim de reconhecer a possível licitude dos recursos e a inexistência de variação patrimonial a descoberto, exigem provas pré-constituídas em tal sentido, o que não restou observado nos autos, deixando o impetrante a trazer a baila provas documentais nesse sentido, limitando-se, em verdade, a reiterar as alegações de que os depósitos não identificados decorreriam de suas atividades como corretor de imóveis, sem, contudo, sequer identificar os respectivos depositantes ou comprovar o efetivo exercício da referida profissão, de modo que patente é a necessidade de dilação probatória, o que não é possível na via estreita do mandado de segurança.

(...) 11. Segurança denegada, ressalvada a via ordinária para o exame da alegada inexistência de variação patrimonial a descoberto.

(MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/10/2016, DJe 01/12/2016)

E mais: em que pese a existência de divergência doutrinária a respeito da temática, é pacífico perante a Corte Especial que ônus da prova no que se refere à origem do aumento patrimonial ou da renda do agente público compete ao Ministério Público em razão do princípio da inocência.

Por sua vez, demonstrada a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente no exercício do cargo público, recai sobre o denunciado o ônus de provar a licitude da aquisição.

Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE RENDA E PATRIMÔNIO. ART. 9º, VII, DA LEI 8.429/92. ÔNUS DA PROVA. ACÓRDÃO

RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na apuração do ato de improbidade, previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/92, cabe ao autor da ação o ônus de provar a desproporcionalidade entre a evolução patrimonial e a renda auferida pelo agente, no exercício de cargo público. Uma vez comprovada essa desproporcionalidade, caberá ao réu, por sua vez, o ônus de provar a licititude da aquisição dos bens de valor tido por desproporcional.

II. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, "logrou êxito o MP em demonstrar que há uma incompatibilidade fagrante do patrimônio amealhado pelo Deputado e seus ganhos públicos, de molde a denotar a ilicitude da aquisição patrimonial, não sensibilizando a alegação de que alienou diversos bens ou ser sócio de empresas quando, ainda assim, não justificam a evolução patrimonial e as movimentações financeiras incompatíveis com a renda declarada". Assim, a alteração do entendimento do Tribunal de origem ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.513.451/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 26/06/2015; AgRg no AREsp 597.359/MG, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 22/04/2015; AgRg no AREsp 532.658/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 09/09/2014.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.

(...) 6. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. (...) 10. Segurança denegada" (STJ, MS 18.460/DF, Rel. p/ acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 02/04/2014).

Nesse mesmo sentido: MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016.

Ainda sobre o tema, colhe-se da doutrina:

> Bem da verdade, na ação civil de improbidade administrativa, incumbe ao seu autor provar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e renda em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública.
>
> Não há, na espécie, qualquer previsão legal, explicitamente, de inversão do ônus da prova. E sua adoção, por ser excepcional e afastar a regra processual geral *actori incumbit probatio*, tem que ser expressa e não tácita ou presumida."[7]

7 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Ob. Cit, p. 62.

> Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (artigo 333, II, do CPC). Essa conclusão é robustecida pelo disposto no art. 2º, § 5º da Lei 8.730/1993, segundo o qual, "relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo (...) Acaso fosse exigida a prova dos atos ilícitos que teriam motivado a evolução patrimonial indevida, culminar-se-ia em coroar a perspicácia de ímprobos cujo patrimônio aumenta em progressão geométrica e que possuem atividade extremamente diversificada, o que inviabilizaria a identificação do momento e da forma em que se operou o ilícito deflagrador de tal prosperidade.[8]

No caso telado, a prova produzida não deixa dúvidas de que o aumento de patrimônio durante o lapso temporal no exercício da função pública é incompatível com os valores auferidos pelo requerido.

Conforme se vê do Termo de Constatação de f. 87/89, foi realizada a transcrição do diálogo entre o vice-prefeito à época, Sr. Marcos Viel, o prefeito, Sr. Luiz Carlos Simões, acompanhados pelo vereador Jodson Wathiere, de onde se extrai:

> Luis C. Simões afirma sua pretensão em afastar do cargo de prefeito (prevendo sua reeleição) para futura candidatura à deputado estadual, ocasião em que o outro interlocutor, Sr. Marcos Viel, vice-prefeito, teria que sustentar parte de sua campanha até dezembro de 2006, solicitando a este último "...manter os compromissos...", "...manter o Abimael em qualquer lugar, mantenha o salário...", "...mas eu queria dar uma lista de 10 a 15 nomes de pessoas que eu queria que você mantesse, até por questões de dividas, de amizades...", "... até o final do ano você vai ter que me pagar meu salário líquido que é de sete mil e não sei o que, mais cinco mil por mês..."
>
> - Em um segundo trecho da conversa o prefeito Luiz C. Simões confirma um acordo financeiro com a pessoa de alcunha "Cearasão", em troca de apoio político, bem como confirma já ter "...feito um caixa...", além de ter crédito com os próprios fornecedores ...referindo-se à campanha eleitoral deste ano de 2004.
>
> - Em trecho seguinte, é mencionada a existência de verba de gabinete de R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais), dos quais R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), seriam desviados para a campanha, "...você tem aprender isso...", "...isso é tudo malandragem...", "... se não fizer assim não vai pra frente...".
>
> - Em conversas posteriores é afirmado que tal verba de gabinete seria umas das principais fontes do "caixa" para a campanha.
>
> - Posteriormente há gravação de conversa do vice-prefeito com dois empresários contratados pela prefeitura, sendo um José Bezerra Filho (Projetando Arquitetura, empresa de Coxim/MS) mencionando a prestação de serviços de pavimentação asfáltica, afirmando o superfaturamento das obras, com destinação de parte dos valores para a campanha.

O interesse do apelante em desviar dinheiro público e, por consequência, aumentar seu patrimônio foi corroborado por meio dos documentos abaixo relacionados que efetivamente comprovam as aquisições vultosas realizadas, *ex vi*:

Contrato de compromisso de Compra e venda de Imóvel rural efetuado em 13.08.2001, equivalente a compra de terra no valor maior de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) (f. 94/98).

8 GARCIA, 2011, Ob.Cit., p. 399

Escritura Pública do Cartório do 1.º Ofício de Registro de imóveis da Circunscrição da Comarca de Coxim/MS, compra de um apartamento, matrícula 18.321, ficha 01, efetuada em 21.11.2001, no valor de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). (f. 101/102).

Escritura Pública do Serviço de Registro Público e Tabelionato de Protesto de Títulos, compra de um lote, matrícula 4543, ficha 01, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), efetuada em 12.12.1995 (f. 120/121).

Escritura Pública 1.º Ofício de Registro Público e de Protesto de Títulos Cambiais, transferência de uma gleba de terra, matrícula 2349, ficha 01, área de 988,629ha, não consta o valor, na data de 27.11.1997 (f. 126/129).

Arrendamento pelo período de 05 anos, com início em 01.07.1997 e término em 30.06.2002, no valor de R$ 1.250,00 (mil, duzentos e cinquenta reais) (f. 138/139).

Contrato de exploração pecuária em parceria com área de 3.500ha destinada a compra de bovinos de cria, recria e engorda, realizado em 31.07.1997 (f. 140/141).

Contrato particular de compromisso de compra e venda de instalações comerciais no valor de R$ 166.650,00 (cento e sessenta e seis mil e seiscentos e cinquenta reais), em que figuraram como vendedores o apelante e sua filha (f. 142/144).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2004, em que não há qualquer quantia de entrada (R$ 0,00), constando, porém, como valor de saída R$ 276.092,65 (duzentos e setenta e seis mil, noventa e dois reais e sessenta e cinco centavos) (f. 152/156).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2003, sem qualquer valor de entrada ou saída (R$ 0,00) (f. 152/153).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2002, sem valor total de entrada (R$ 0,00) e com total de saída de R$ 3.558.377,95 (três milhões, quinhentos cinquenta e oito mil, trezentos e setenta e sete reais e noventa e cinco centavos) (f. 157/159).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2001, sem valor total de entrada (R$ 0,00) e total de saída de R$ 858.514,32 (oitocentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e quatorze reais e trinta e dois centavos) (f. 160/162).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2000, valor total de entrada R$ 203.069,72 (duzentos e três mil, sessenta e nove reais e setenta e dois centavos), valor total de saída R$ 655.118,86 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, cento e dezoito reais e oitenta e seis centavos) (f. 163/165).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 1999, valor total de entrada R$ 615.499,58 (seiscentos e quinze mil, quatrocentos e noventa e nove reais e cinquenta e oito centavos), valor total de saída R$ 680.150,47 (seiscentos e oitenta mil, cento e cinquenta reais e quarenta e sete centavos) (f. 166/168);

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano de 2003, valor total de entrada R$ 0,00, valor total de saída R$ 680.150,47 (seiscentos e oitenta mil, cento e cinquenta reais e quarenta e sete centavos) (f. 166/170).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2002, valor total de entrada R$ 155.520,00 (cento e cinquenta e cinco mil e quinhentos e vinte reais), valor total de saída R$ 81.587,00 (oitenta e um mil e quinhentos e oitenta e sete reais) (f. 171/173).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano de 2001, valor total de entrada R$ 178.068,00 (cento e setenta e oito mil e sessenta e oito reais), valor total de partida R$ 204.607,00 (duzentos e quatro mil e seiscentos e sete reais) (f. 174/177).

Declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa, ano 2000, valor total de entrada R$ 14.500,00 (quatorze mil e quinhentos reais), valor total de saída R$ 49.100,00 (quarenta e nove mil reais).

Confrontando a declaração anual de produtor rural, produção e comercialização agrícola e extrativa do ano de 1999 onde constou total de entrada a quantia de R$ 615.499,58 e de saída R$ 680.150,47 (f. 166/168), com a do ano de 2002, onde não há indicação de qualquer ingresso, mas apenas somatória de egresso de R$ 3.558.377,95 (f. 157/159), resta evidente a discrepância alegada.

Ainda, da análise das Declarações Anuais de Produtor Rural do apelante, denota-se que para o ano de 2001 existe uma incompatibilidade desproporcional, eis que em uma consta como entrada R$ 0,00 e partida R$858.514,32, enquanto que para outra há informação de introdução do valor de R$ 178.068,00 e saída R$ 204.607,00.

Outrossim, se comparada a declaração anual de produtor rural, produção e comercialização da pecuária, do ano de 2000, em que consta como entrada a importância de R$ 14.500,00 e de saída de R$ 49.100,00 (f. 140/180), com a do ano de 2001, inexplicavelmente neste (2001) os valores elevaram-se para R$ 178.068,00 de entrada e R$ 204.607,00 o total de saída (f. 174/177).

Também se mostra incompatível o fato do apelante, durante o período de sua investidura como Prefeito de Sonora-MS (2001 a 2004), ter adquirido uma fazenda no Município de Itiquira/MT, avaliada em R$ 1.312.566,21 (um milhão, trezentos e dozes reais, quinhentos e sessenta e seis reais e vinte e um centavos, conforme auto de avaliação de f. 431v.º), e um apartamento no Município de Coxim/MS, pelo preço de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), recebendo apenas os rendimentos da Prefeitura.

Necessário ressaltar que embora o apelante tenha alegado desde o primeiro momento que auferia outros rendimentos para justificar o grande aumento de seu patrimônio durante o período em que foi prefeito do Município de Sonora, tal afirmação não foi comprovada, ônus que lhe competia nos termos do inciso II do art. 333, do CPC.

Portanto, embora o apelante tenha anexado aos autos cópia da matrícula de outra propriedade rural (f. 140/157), contratos de parcerias agrícolas com respectivos aditivos e Declarações Anuais de Produtor Rural – DAP's (f. 158/192), a fim de comprovar que supostamente teria outras fontes de renda enquanto exercia a função de Chefe do Executivo, tais não foram suficientes para dar lastro às suas movimentações bancárias e justificar a aquisição de dois bens imóveis – a fazenda no município de Itiquira/MT e o apartamento em Coxim/MS – cuja soma dos valores é desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à renda percebida como agente público.

Ademais, urge ressaltar que referidos documentos apresentados pelo apelante não comprovaram a renda líquida que obtinha com tais atividades enquanto era Chefe do Executivo, eis que apenas indicam receitas, sem constar despesas com insumos com os alegados arrendamentos e parcerias. Basta ver que de acordo com o extrato emitido pela IAGRO (f. 246/260), o rebanho era devidamente vacinado, sendo certo que o requerido omitiu suas despesas numa tentativa de aparentar manutenção da renda.

Não bastasse o fato de que o conjunto probatório deixa extreme de dúvidas a discrepância de aumento patrimonial ocorrido com a investidura do apelante como chefe do poder executivo do município de Sonora/MS, o artigo 13 da Lei 8.429/92 estabelece que "a posse e o exercício de agente público ficam

condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõe o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente", documento não apresentado pelo apelante.

Inclusive, há nos autos ofício emitido pelo Gabinete do Prefeito de Sonora-MS, em 29 de julho de 2015, informando que não há nos arquivos da Prefeitura a declaração de bens do apelante quando da sua posse (f. 1491).

Tais situações tornam clara a intenção do apelante de aumentar seu patrimônio através de recursos público obtidos ilicitamente, o que demonstra ter agido com dolo ao adquirir tanto a fazenda de Itiquira-MT quanto o apartamento na cidade de Coxim-MS.

Ademais, de acordo com o depoimento prestado pela testemunha Marcos Viel, gravado em CD (f. 1.374), o apelante não tinha lastro patrimonial para adquirir a fazenda no Município de Itiquira/MT e o apartamento em Coxim/MS quando assumiu o cargo de Chefe do Executivo de Sonara, consoante se infere do trecho abaixo transcrito:

> Juiz: (...), esse Luiz Carlos Simões, como o senhor sabe, ele foi prefeito do Município de Sonora, Mato Grosso do Sul, e quando no exercício do mandato, pelo que narra aqui a exordial do Ministério Público, ele tramou um diálogo com o senhor, que à época era vice-prefeito, parece que tinha mais uma pessoa junto, e em alguns momentos ele teria dito que iria sair, deixar o senhor assumir, mais teria um acordo financeiro com um tal de Cerasão, para apoio politico, para fazer um caixa dois lá com fornecedores, existia uma verba de gabinete de R$ 600.000,00, dos quais R$ 300.000,00 seria destinados para campanha. Isso são os fatos que estão sendo apurados lá são esses.
>
> E, aqui narra que ele teria adquirido bens acima das possibilidades financeiras dele, mais precisamente uma fazenda no município de Itiquira, com 4.276ha e mais um apartamento em Coxim. Essa fazenda ele teria colocado em nome de uma pessoa, que segundo o Ministério Público era testa de ferro dele, que era Francisco de Assis Dutra Barreto (...). O senhor morou em Sonora?
>
> Testemunha: Morei.
>
> Juiz: O senhor foi vice-prefeito?
>
> Testemunha: Isso.
>
> Juiz: Esse prefeito ele foi só uma vez ou ele foi reeleito?
>
> Testemunha: Ele foi uma vez e quando eu fui vice-prefeito dele, ele foi a segunda vez.
>
> Eu era vice-prefeito dele mas eu me afastei da política, daí eu estava na minha propriedade e sentindo a necessidade de se reeleger se deslocou por duas vezes, me fale a memória são 8, 9, 10 anos. Duas vezes para tentar me convencer a ir junto com ele de novo, candidato. Talvez tenha falado algumas coisas de acerto, mas de cabeça não me lembro. Eu tinha consciência que ele tinha uma propriedade lá em Itiquira, não sei em nome de quem que estava, eu sei que inclusive era uma propriedade bruta e, eles pegaram, junto, eu acho que era sócio desse Assis, que é conhecido meu. Esse Assis hoje mora em Campo Verde.
>
> Juiz: Mas ele era Sócio?
>
> Testemunha: Eu acredito que era meio cada um. Financeiramente o meu prefeito, nós entramos sem condição financeira eu e ele. Assim, ele não tinha condições de comprar aquilo lá. Não sei como ele comprou, as vezes ele comprou a prazo e o Assis não, o Assis

já era comerciante estabelecido na região, ali na nossa cidade. Acabou indo embora, por outros casos. Mas da fazenda, eu não sei como ele comprou, mas ele era proprietário. A única coisa que ele veio me chamar, estava um vereador junto e a gente gravou, mas não me lembro. Faz nove anos, eu não me lembro mais o que tem na gravação de cabeça.

Juiz: Ele teria dita, segundo consta na inicial, que ele iria se afastar para se candidatar a deputado (...).

Testemunha: Ele só me chamou, porque sentiu que tendo eu junto dele, ele teria condição de se reeleger, ele foi um bom prefeito, fora essas partes. Ele misturou, assim não tenho como provar, mas a gente vê os gastos da pessoa, ele só tinha o salário de prefeito, era R$ 8.000,00, R$ 9.000,00, eu até tinha mais condições financeira que ele na época, mas de cabeça não lembro, assim não tenho como provar.

Até teve uma segunda parte da fita, que vieram empreiteiros que mexiam com ele, tentar me convencer, falaram até quanto que ele ganhava, assim, mas eu não fui, eu assumi um compromisso com a minha família que iria me afastar.

(...)

Juiz: E ele não tinha mesmo condições realmente de comprar essa fazenda?

Testemunha: Mas nunca, mas nunca! Assim, não quero falar mal, mas nunca. Ele ficou com dívida da campanha. Lá não se gasta dinheiro como aqui na campanha, o município é pobre. Ele era empregado da usina, daí se elegeu prefeito, tinha uma casa só, um carro para andar.

A fazenda, que nos padrões de hoje, seria um, e outra, ele comprou, desmatou, que custa dinheiro, fez cerca e colocou gado dentro. Não lembro de cabeça se estava no nome dele ou no nome de alguém, mas seria uns sete ou oito milhões hoje uma fazenda dessa, cinco, para ser mais barato, seis, sete milhões, não teria condições nenhuma. Mas talvez ele comprou a prazo, isso eu não sei. As vezes deu uma entrada.

A fim de corroborar tais afirmações supracitadas, o Sr. Francisco, pessoa que constou no contrato de compra e venda da fazenda em Itiquira-MT como sócio do apelante, quando ouvido em juízo, afirmou que o requerido não tinha vasto patrimônio quando se engajou na política e tampouco considerável condição financeira para justificar o aumento patrimonial que teve, *ex vi:*

MP: Quando o senhor vendeu ele fazia o que lá em Sonora?

Depoente: Ele era prefeito na época.

MP: E o senhor conhecia ele antes de ser prefeito?

Depoente: Já conhecia sim.

MP: Ele era uma pessoa de muitas posses?

Depoente: Quando eu o conheci ele era funcionário da Usina.

MP: Ele era funcionário?

Depoente: Era funcionário.

MP: Daí quando ele foi prefeito ele comprou dois mil hectares do senhor?

> Depoente: Sim, comprou dois mil hectares.
>
> Juiz: O senhor disse que ele era funcionário da usina, mas o que ele era? Era diretor?
>
> Depoente: Era diretor na parte financeira da Usina.
>
> Juiz: Lembra se ele tinha muitos imóveis na cidade, tinha empresas?
>
> Depoente: Não, ele era funcionário de tinha casa, tinha uns terrenos e um salário bom. Depois que ele foi Prefeito, não me lembro bem se foi pela segunda vez (...)
>
> Juiz: Ele teve um aumento de renda? Foi sentido pela população?
>
> Depoente: Teve bem. Foi sentido sim.
>
> Juiz: Todo mundo percebeu que ele estava aumentando as posses?
>
> Depoente: Teve sim. Todo mundo notou que ele estava aumentando as posses depois de assumir a Prefeitura.
>
> Juiz: Como foi o recebimento do valor da fazenda?
>
> Depoente: Foi parcelado em quatro anos.

Como se vê, os documentos acostados aos autos somados aos depoimentos das testemunhas ouvidas pelo juízo comprovam o desequilíbrio entre a evolução patrimonial e os seus proventos.

Assim, logrou êxito o Ministério Público Estadual em demonstrar que há uma incompatibilidade flagrante do patrimônio amealhado pelo requerido e seus ganhos no período em que foi Prefeito do Município de Sonora/MS, de molde a denotar a ilicitude da aquisição patrimonial.

Quanto à penalidade a ser imposta, a redação do artigo 12, I, da LIA, em vigor quando da propositura da demanda, assim dispunha:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
>
> I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

A pluralidade de sanções trazida por cada inciso do artigo em comento pode ser aplicada cumulativamente ou não, consoante se vê:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PENALIDADES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 12 DA LEI 8.429/92. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. EXCESSO NÃO DEMONSTRADO. ARESTO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

> (...) 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão de que não há impedimento à aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da LIA, bastando que a dosimetria respeite os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.
>
> 4. Não há desproporcionalidade nas sanções aplicadas. Aresto em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ.
>
> 5. Agravo Regimental conhecido parcialmente, mas não provido.
>
> (AgRg no AREsp 790.561/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 30/05/2016)

No caso telado, o juízo singular condenou o requerido nas seguintes penalidades:

> Considerando os atos em prejuízo ao erário, na forma do inciso I do art. 12 da Lei 8.429/92 aplico ao requerente as seguintes penalidades civis:
>
> a) perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio (os quais encontram-se sequestrados);
>
> b) suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos, dado o aproveitamento do exercício de cargo público para lograr proveito pessoal;
>
> c) multa civil, que reverterá ao ente lesado (Município de Sonora), em valor igual ao do acréscimo patrimonial logrado ilicitamente, equivalendo, portanto, ao valor da perda dos bens acrescidos (item 'a');
>
> d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos ou benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.
>
> Por fim, fica mantida a indisponibilidade dos bens imóveis sequestrados, já que servirá como garantia para a restituição aos cofres públicos (perda dos bens) e, se o caso, pagamento da multa civil.

Longe de ser desproporcional, a penalidade aplicada atentou para as particularidades dos autos, respeitando a finalidade da lei de garantir a boa administração da coisa pública.

Dito isso, como todos os requisitos necessários para configurar o ato de improbidade por enriquecimento ilícito (art. 9º, VII da Lei n.º 8.429/92) restaram presentes e comprovados nos autos, impositiva a confirmação da sanção imposta que bem observou aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na espécie.

Por fim, sabe-se que, no sistema de persuasão racional adotado no processo civil brasileiro, o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações e disposições normativas invocadas pelas partes, bastando menção às regras e fundamentos jurídicos que levaram à decisão de uma ou outra forma. Assim, dou por devidamente prequestionados todos os dispositivos constitucionais, legais e infralegais suscitados pelas partes no curso do processo, a fim de evitar a oposição de aclaratórios com intuito prequestionador.

Registro, por entender oportuno, que eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC.

Ex positis, nego provimento ao recurso.

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. Nélio Stábile

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. Nélio Stábile.

Campo Grande, 06 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0802682-69.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REGISTRO DE NOME DE PESSOA FÍSICA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – AÇÃO MOVIDA CONTRA O ARQUIVISTA – NOTIFICAÇÃO ENVIADA PARA O ENDEREÇO INCORRETO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE ENDEREÇO CONSTANTE DA CORRESPONDÊNCIA TENHA SIDO FORNECIDO PELO SUPOSTO CREDOR – DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO – DANO *IN RE IPSA* – REDUÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS RECURSAIS FIXADOS EM FAVOR DO RECORRENTE – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Da exegese do art. 43, § 2º, do CDC, extrai-se que a prévia notificação ao consumidor, quanto à abertura de registro negativo em seu nome, é obrigatória, sendo que o descumprimento da norma pelo arquivista ou mantenedor do arquivo de consumo autoriza ao consumidor a busca pela reparação pelos danos decorrentes do apontamento feito às avessas da lei. Precedentes do c. STJ.

A falta de notificação do suposto devedor, por envio de correspondência a endereço incorreto, determina a responsabilidade do arquivista pelo dano que vier a causar àquele, salvo se comprovar que tal informação fora fornecida pelo associado/credor. Não se desincumbindo desse ônus, surge o dever de indenizar, tratando-se, na hipótese, de dano *in re ipsa*.

O *quantum* da indenização por dano moral deve ser fixado tendo em vista as peculiaridades da demanda, a condição das partes e em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, atendendo, ainda, à dupla finalidade da verba preventiva/repressiva.

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, 28 de março de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Boa Vista Serviços S/A, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos de ação de indenização por danos morais, movida por Maria Lucia da Silva, que julgou procedente o pedido, condenando a apelante ao pagamento de danos morais no valor de R$ 15.000,00 e nos ônus da sucumbência.

Alega, em síntese, que:

Cumpriu corretamente o que determinam as normas que regem suas atividades, uma vez que expediu notificação à autora, no endereço fornecido pelo associado/credor, não havendo lei que determine que ela verifique sobre a veracidade das informações disponibilizadas pelos credores, em especial o endereço para notificação, já que tão somente arquiva a informação que lhe são repassadas pelos associados, limitando-se sua responsabilidade à notificação prévia.

Caso não seja esse o entendimento, pede que o valor fixado para os danos morais seja adequado à realidade dos fatos discutidos nesta demanda, uma vez que a indenização fixada na sentença atacada, provocará o enriquecimento sem causa da apelada, restando violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pede provimento do recurso, a inversão do ônus da sucumbência e a condenação da apelada nos honorários recursais.

Em contrarrazões, a apelada rebate os argumentos da recorrente e pede o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Boa Vista Serviços S/A, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos de ação de indenização por danos morais, movida por Maria Lucia da Silva, que julgou procedente o pedido, condenando a apelante ao pagamento de danos morais no valor de R$ 15.000,00 e nos ônus da sucumbência.

Alega, em síntese, que:

Cumpriu corretamente o que determinam as normas que regem suas atividades, uma vez que expediu notificação à autora, no endereço fornecido pelo associado/credor, não havendo lei que determine que ela verifique sobre a veracidade das informações disponibilizadas pelos credores, em especial o endereço para notificação, já que tão somente arquiva a informação que lhe são repassadas pelos associados, limitando-se sua responsabilidade à notificação prévia.

Caso não seja esse o entendimento, pede que o valor fixado para os danos morais seja adequado à realidade dos fatos discutidos nesta demanda, uma vez que a indenização fixada na sentença atacada, provocará o enriquecimento sem causa da apelada, restando violados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pede provimento do recurso, a inversão do ônus da sucumbência e a condenação da apelada nos honorários recursais.

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso no efeito suspensivo (art. 1.012, CPC/2015).

Conforme se extrai dos autos, a autora ajuizou ação de indenização por dano moral em face da apelante, afirmando que teve seu nome negativado no SCPC indevidamente pela empresa Vivo, uma vez que há mais de dois anos não possui qualquer relação jurídica com referida empresa, contra quem ajuizou ação autônoma.

Aduziu, na inicial, que sua insurgência tem por fundamento a ausência de sua notificação prévia, por parte da requerida, dando-lhe ciência de que seu nome seria inscrito no banco de dados da empresa, além de outras informações acerca do valor do débito e a sua origem.

Como não atendeu a tal exigência legal, prosseguiu a autora, deve a requerida responder pelo dano que lhe ocasionou, já que poderia, antes de ver seu nome negativado, ter adotado medidas aptas a impedir tal ato restritivo.

O magistrado singular julgou procedente o pedido, por entender presentes os requisitos ensejadores do dever de indenizar, tendo em vista que a apelante não teria se desincumbido de seu ônus de demonstrar que a notificação prévia foi enviada no endereço indicado pelo credor, eximindo-se de tal responsabilidade.

Nesse viés, dispõe o artigo 43, § 2º, do CDC sobre a necessidade de prévia notificação do devedor:

> A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

Assim, a prévia comunicação é requisito essencial para a legitimidade do cadastro e, uma vez não efetivada ou não realizada regularmente, ele não pode ser mantido e enseja o cancelamento e o dever de indenizar, por representar uma ilegalidade.

Para James Eduardo Oliveira a norma em comento "visa a um só tempo cientificar o consumidor de que seu de que seu nome está inserido em lista que potencialmente o retira do campo creditício e permitir que ele demonstre o equívoco da inclusão ou da informação obtida pelo órgão gestor. Está-se, portanto, diante de direito subjetivo do consumidor textualmente consagrado na lei de regência e que por isso não pode ser postergado nem negligenciado em nenhuma circunstância, cabendo às entidades que atuam no setor de catalogação de dados dos consumidores agir com estrita observância do dever legal em consideração".[1]

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula 359, *verbatim:*

Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição. (Súmula 359)

A comprovação do envio da notificação compete à entidade arquivista que divulga a inscrição, seja em virtude da regra geral do ônus da prova (art. 373, II, do CPC) ou da regra de inversão em favor do consumidor hipossuficiente, prevista no artigo 6º do CDC.

Não obstante isso, a comunicação exigida pela norma legal antes referida não impõe a formalidade da expedição de aviso de recebimento AR, bastando a remessa da notificação ao consumidor, a teor da Súmula 404 do STJ, *in verbis:*

> É dispensável o aviso de recebimento - AR - na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros.

In casu, no entanto, conforme se aufere do documento de f. 66-67, a notificação mencionada foi enviada Maria Silva, com endereço à Av. C Macario S. Oliveira, n. 1048, Centro, Alto Taquari MT, ou seja, em localidade diversa daquela em que reside a autora, conforme documentos juntados às f. 23.

O Juízo *a quo* oportunizou às partes a especificação das provas que pretendiam produzir, sendo que a autora pediu o julgamento antecipado da lide, enquanto a recorrente manteve-se inerte.

Assim, conforme considerou o magistrado *a quo*, caberia à recorrente trazer elementos aptos a ilidir os argumentos lançados pela recorrida, mas de tal ônus não se desincumbiu, já que não comprovou, embora tenha alegado, que o endereço constante da correspondência juntada às f. 67, lhe fora repassado pelo associado/credor, o que justificaria, em princípio, o afastamento de seu dever de indenizar.

1 OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de defesa do consumidor: anotado e comentado.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 477-478.

Como assim não procedeu, deixando de produzir tal prova, imprescindível a confirmar suas alegações de que agira de acordo com os ditames legais, adotando todas as medidas necessárias para resguardar a lisura de seus atos, não resta dúvida quanto sua responsabilidade pelos danos ocasionados à autora e o consequente dever de indenizar.

Ta determina que quanto a essa questão deve ser mantida a decisão de primeiro grau.

Do *quantum* indenizatório.

Afirma o recorrente, ainda, que o valor fixado para a indenização por danos morais deve ser reduzido, porque não se observou as peculiaridades da demanda, violando com isso a proporcionalidade e a razoabilidade.

A dificuldade na mensuração do valor da indenização por dano extrapatrimonial exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso, estabelecer critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, e extensão do dano e seus efeitos, levando em consideração a valorização do bem jurídico atingido, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.

A respeito do tema, discorre Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra Responsabilidade Civil:

> O fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Não havendo base financeira ou econômica própria e objetiva, o *quantum* da reparação dos danos morais é aleatório, devendo ser fixado com moderação em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado.

Acerca do valor da indenização, Carlos Alberto Bittar (*in* Reparação Civil por Danos Morais) explica que:

> (...) diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126).

Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-as, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado, a reparação devida no caso concreto.

Para a quantificação dessa compensação, não existe uma regulamentação específica, ou um critério que imponha valores. A reparação do dano moral não tutela tão somente o interesse particular, mas também todo o meio social, porquanto, a partir do momento que se pune uma pessoa por violação previamente estabelecida em lei, tal sanção passa a tutelar repressivamente o caso concreto e preventivamente em relação aos demais membros da sociedade.

Não bastasse tanto, é cediço que a fixação do dano moral tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento, cabendo ao juiz, por seu prudente arbítrio, e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização. Para o causador do dano, o valor da indenização tem de ser relevante, atentando-se à sua capacidade econômica. E para a vítima, não pode esse valor ser desproporcional ao seu sofrimento (nem para menos, nem para mais).

Nesse sentido, Cavalieri Filho discorre sobre o tema, mais uma vez com rara acuidade jurídica, afirmando que:

> Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. 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. (NETTO, Felipe P. Braga. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva. p. 90.).

Expendidas tais considerações, vejo que no caso, a conduta da recorrente, que determinou o dever de indenizar, decorre do fato de que não adotou as cautelas necessárias, para verificar se endereço da suposta devedora estava de acordo com aquele indicado pelo associado, já que não comprovou que tal era o que constava do cadastro disponibilizado pelo credor.

Por outro lado, a recorrida é pessoa idosa e analfabeta e teve seu nome manchado pelo registro lançado pela recorrida, sem que fossem adotadas as medidas legais para tanto.

Ponderado tal, observadas ainda as peculiaridades da demanda, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a finalidade preventiva/repressiva da indenização, vejo que o valor fixado na sentença de primeiro grau se mostra excessivo para o fim proposto e não guarda consonância com os precedentes desta Corte, motivo por que reduzo a verba indenizatória para R$ 8.000,00 (oito mil reais), valor que não se mostra nem tão baixo assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais nem tão elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Por todas essas considerações, dou provimento parcial ao recurso, para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 8.000,00 (oito mil reais).

No tocante aos ônus da sucumbência fixados em primeiro grau, fica mantida a condenação da recorrente, nos moldes da sentença combatida.

No que pertine aos honorários recursais, diante do provimento parcial do recurso manejado pelo requerido Boa Vista Serviços S/A., e em considerando a disposição contida no § 11 do art. 85, do CPC, condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios recursais de 10% sobre o proveito econômico alcançado com o presente apelo, devendo ser observado o disposto no art. 98, § 3º do *Codex* Processual.

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. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 28 de março de 2017.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1410928-59.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – COMPROVAÇÃO NO PROCESSO DE SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA O RECEBIMENTO DE ADICIONAL PELO CARGO DE DIRETORA DE UNIDADE ESCOLAR DURANTE O PERÍODO EM QUE NÃO EXERCEU A FUNÇÃO – PODER DE AUTOTUTELA DO ESTADO EM REVER SEU ATO ADMINISTRATIVO E CORRIGIR O EQUIVOCO – SÚMULA 473 DO STF – RESTITUIÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS DA GRATIFICAÇÃO INDEVIDA – SEGURANÇA DENEGADA

O fato de a impetrante alegar que houve a responsabilidade do Estado no pagamento dos vencimentos dos funcionários cedidos ao Município não se refere ao direito de receber um adicional por função não exercida, visto que a gratificação de cargo de direção de unidade escolar somente é permitida se restar comprovado o devido exercício.

Aplicação da Súmula 473 do STF: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Verificando a Administração Pública que o servidor estadual recebeu parcela de adicional de forma equivoca, ou seja, o que não tinha direito, a medida que se deve é a restituição para evitar o enriquecimento sem causa.

Não se cabe analisar a ocorrência de suposta conduta de má fé ou de boa fé por parte da impetrante, e sim de determinar à devolução da gratificação de adicional de função não exercida, sob pena de enriquecimento indevido por receber do erário público quantia permitida na legislação, mas não realizada a contraprestação do cargo.

Inexiste ilegalidade no ato administrativo da Secretaria de Estado de Educação (Resolução "P" SED nº 2359, de 22/08/2016) que determinou a restituição aos cofres estaduais dos valores recebidos indevidamente pela impetrante referente ao cargo não exercido no período de 27/12/2011 a 28/02/2015.

A norma permissiva sobre a possibilidade de restituição de valores indevidamente pagos ao servidor público está consubstanciado no artigo 46 da Lei nº 8.112/90.

Segurança denegada.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 24 de abril de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Suely Lopes de Oliveira contra suposto ato coator praticado pelo Secretário(a) de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que o ato coator atacado é aquele que decorre da Resolução n. "P" SED n. 2359, de 22 de agosto de 2016, que determina a devolução dos valores recebidos pela impetrante, como gratificação pela função de diretora escolar no período de dezembro de 2011 a janeiro de 2015, no valor de R$ 135.877,44 (cento e trinta e cinco mil, oitocentos e setenta e sete reais e quarenta e quatro centavos), a serem descontados de sua folha de pagamento, equivalente a 25% da sua remuneração.

Aduz que tal determinação viola seu direito líquido e certo, uma vez que, embora não tenha exercido a função de diretora escolar, no período suso mencionado - sendo ela servidora pública estadual -foi cedida ao Município de Anastácio, por meio de convênio de cedência de servidores (Convênio de cooperação mútua SAD/MS), realizado com aquele Município, para exercer outro cargo, mas sem ônus para este, já que continuaria recebendo do Estado.

Entretanto, os valores pagos pelo Ente Público Estadual foram devolvidos a ele mediante desconto na fonte no repasse do ICMS, o que implica que não houve prejuízo ao erário público estadual, independentemente da impetrante ter recebido a gratificação do cargo de Diretora Escolar.

Por outro lado, assevera que caso tivesse que devolver referidos valores ao Estado, este teria que repassá-los ao Município de Anastácio, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento ilícito daquele. Por esse motivo o ato da autoridade coatora é nulo e ilegal.

Pede a concessão de liminar, para que sejam suspensos os efeitos da Resolução "P" SED n. 2359 de 22.08.2016, determinando que a impetrada se abstenha de realizar qualquer desconto em folha de pagamento na remuneração da impetrante, sob pena de multa diária e crime de desobediência.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de f. 107/112.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou as informações manifestando pela denegação da ordem (f. 145/154) em que a Secretaria de Estado de Educação ratificou-as em todos os seus termos (f. 157).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela denegação da segurança (f. 159/166).

VOTO (EM 20/02/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Suely Lopes de Oliveira contra suposto ato coator praticado pelo Secretário(a) de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul.

Em apertada síntese, alega que o ato coator atacado é aquele que decorre da Resolução n. "P" SED n. 2359, de 22 de agosto de 2016, que determina a devolução dos valores recebidos pela impetrante, como

gratificação pela função de diretora escolar no período de dezembro de 2011 a janeiro de 2015, no valor de R$ 135.877,44 (cento e trinta e cinco mil, oitocentos e setenta e sete reais e quarenta e quatro centavos), a serem descontados de sua folha de pagamento, equivalente a 25% da sua remuneração.

Aduz que tal determinação viola seu direito líquido e certo, uma vez que, embora não tenha exercido a função de diretora escolar, no período suso mencionado - sendo ela servidora pública estadual - foi cedida ao Município de Anastácio, por meio de convênio de cedência de servidores (Convênio de cooperação mútua SAD/MS), realizado com aquele Município, para exercer outro cargo, mas sem ônus para este, já que continuaria recebendo do Estado.

Entretanto, os valores pagos pelo Ente Público Estadual foram devolvidos a ele mediante desconto na fonte no repasse do ICMS, o que implica que não houve prejuízo ao erário público estadual, independentemente da impetrante ter recebido a gratificação do cargo de Diretora Escolar.

Por outro lado, assevera que caso tivesse que devolver referidos valores ao Estado, este teria que repassá-los ao Município de Anastácio, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento ilícito daquele. Por esse motivo o ato da autoridade coatora é nulo e ilegal.

Pede a concessão de liminar, para que sejam suspensos os efeitos da Resolução "P" SED n. 2359 de 22.08.2016, determinando que a impetrada se abstenha de realizar qualquer desconto em folha de pagamento na remuneração da impetrante, sob pena de multa diária e crime de desobediência.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de f. 107/112.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou as informações manifestando pela denegação da ordem (f. 145/154) em que a Secretaria de Estado de Educação ratificou-as em todos os seus termos (f. 157).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pela denegação da segurança (f. 159/166).

Passo a análise do pleito.

A ação constitucional de mandado de segurança tem como objeto principal proteger direito líquido e certo, requerendo prova pré-constituída do suposto direito violado.

Assim, o remédio constitucional esculpido no art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público"

Diante dessa norma, trata-se de ação civil de rito sumaríssimo em que qualquer pessoa física ou jurídica pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido certo, não amparado por outro remédio constitucional.

Sobre o remédio constitucional José dos Santos Carvalho Filho[1] elucida seu conceito:

> Mandado de segurança é a ação de fundamento constitucional pela qual se torna possível proteger o direito líquido e certo do interessado contra ato do Poder Público ou de agente de pessoa privada no exercício de função delegada. (...) Domina, porém, o entendimento de que direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano, ou seja, aquela situação que permite ao autor da ação exibir desde logo os elementos de prova que conduzam à certeza e à liquidez dos fatos que amparam o direito. (...) Tem-se,

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28º edição, 2015. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 1071.

> então, que o mandado de segurança serve para a tutela de todas as categorias de direito líquido e certo, à exceção dos que são protegidos pelos referidos remédios específicos. Essa exclusão, aliás, já é definida no texto constitucional.

Logo, se conclui que o direito líquido é aquele que se encontra perfeitamente individualizado e certo, inexistindo dúvidas sobre sua existência.

Nesse sentido, oportuna também a lição doutrinária citada por Hely Lopes Meirelles:

> Mandado de Segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data, seja de que categoria for, e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; art 1º da Lei 12.016, de 7.8.2009). Caso o direito ameaçado ou violado caiba a mais de uma pessoa, qualquer uma delas poderá requer a correção judicial (art. 1º, § 3º, da Lei 12.016/2009).[2]

A impetrante alega ser servidora pública estadual tendo exercido suas funções como diretora de escola até novembro de 2011, quando foi cedida para o Município de Anastácio para ser nomeada em cargo de comissão.

Pelo teor da inicial verifica-se que a questão meritória se refere a suposto ato coator praticada pela autoridade impetrada que determinou a devolução dos valores recebidos indevidamente pela impetrante como gratificação de função de diretora de escola, no período de dezembro de 27/12/2011 a janeiro de 28/02/2015.

É indubitável que a impetrante foi designada para exercer a dita função de confiança como Diretora Escolar a contar de 1º de julho de 2008 na Escola Estadual Teodoro Rondon conforme publicação no Diário Oficial nº 7.244, de 02 de julho de 2008.

Posteriormente, em 27 de dezembro de 2011, consoante Decreto nº 13.339, de 27/12/2011 o Governador do Estado integrou a referida escola estadual à Escola Estadual Maria Correa Dias, publicado no Diário Oficial nº 8.098, de 28/12/2001 com a efeito a partir de 1º de janeiro de 2012 (f. 42):

> DECRETO Nº 13.339, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2011.
>
> O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no exercício da competência que lhe confere o art. 89, incisos VII e IX, da Constituição Estadual,
>
> DECRETA:
>
> Art. 1º Fica a Escola Estadual Teodoro Rondon, a partir de 1º de janeiro de 2012, integrada à Escola Estadual Maria Correa Dias, ambas com sede no Município de Anastácio-MS.
>
> Art. 2º Compete à Secretaria de Estado de Educação:
>
> I- suprir a Escola Estadual Maria Correa Dias com recursos de ordem pessoal e material, necessários ao seu funcionamento, nos moldes das unidades escolares pertencentes à Rede Estadual de Ensino;
>
> II- dar destinação aos arquivos da unidade integrada;

2 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 37º edição, 2016. São Paulo: Malheiros, p. 28-29.

> III- assegurar, no que couber, os atos legais referentes à Escola Estadual Teodoro Rondon.
>
> Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Campo Grande, 27 de dezembro de 2011.

De consequência, observa-se que a servidora foi dispensada da gratificação de função do cargo de Diretora de Escola nos termos da Resolução "P" SED nº 191/15 de 12/02/2015 com efeito retroativo a 27/12/2011, publicado no Diário Oficial nº 8.862, de 13/02/2015 (f. 11):

> RESOLUÇÃO "P" SED n. 191/15, de 12 de fevereiro de 2015. A SECRETÁRIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO, no uso de suas atribuições legais, resolve:
>
> DISPENSAR a servidora Suely Lopes de Oliveira, matrícula n. 52096021, ocupante do cargo de Professor, do Quadro Permanente de Pessoal do Estado de Mato Grosso do Sul, da função gratificada de Diretora, símbolo DAE-E, e de ordenadora de despesas, no âmbito do Regime Financeiro Especial, na Escola Estadual Teodoro Rondon, no município de Anastácio, com validade a contar de 27 de dezembro de 2011, para fim de regularização da vida funcional, em cumprimento ao Decreto n. 13.319, de 27 de dezembro de 2011 (Protocolo n. 29/205741/2015). Campo Grande-MS, 12 de fevereiro de 2015.

Consoante publicação no Diário Oficial nº 8.993, de 28/08/2015 a impetrante foi convocada para comparecimento na Coordenadoria de Pagamentos da Secretaria de Estado de Educação, no prazo de cinco dias, para tratar de assunto relativo à vida funcional (f. 13), tendo sido reiterado o edital de convocação por meio do Diário Oficial nº 8.994, de 31/08/2015 (f. 14).

No documento de f. 28/30 a impetrante ali compareceu em 31/08/2015, quando foi informada do débito com o erário público referente a designação de função gratificada, recebido indevidamente no período de 27/12/2011 a 28/02/2015, no valor de R$ 135.887,44 (cento e trinta e cinco mil, oitocentos e oitenta e sete reais e quarenta e quatro centavos). Retornou em 17/09/2015 solicitando o prazo de quinze dias para apresentar proposta de parcelamento da dívida (f. 31), o que cumpriu, fazendo uma contraproposta de pagamento em parcelas mensais de R$ 300,00 (f. 32).

De consequência, consta o Parecer nº 4287/2015/Assessoria de Assuntos Técnicos-Especializados/SED (Processo nº 29/035197/2015, de 19/11/2015) que opinou pela abertura de processo de sindicância visando apurar possível recebimento indevido de remuneração, bem como verificar as circunstâncias que ocorreram os recebimentos (f. 41/44), havendo o ato de instauração em 23/02/2016 (f. 45) com a edição da Resolução "P" SED nº 307, de 23/02/2016, publicado no Diário Oficial nº 9.111, de 24/02/2016 (f. 46/47).

A comissão de processo de sindicância instituída pela citada resolução processante concluiu no trabalho final:

> Analisando detalhamente os autos, a comissão sindicante constatou que, apesar da integração da Escola Estadual Teodoro Rondon a outra unidade de ensino, a servidora Suely Lopes de Oliveira continuou recebendo incentivo financeiro pelo exercício da função gratificada de diretor escolar, sem que estivesse no exercício dessa função. Dessa forma, entendemos evidente que cabível a restituição aos cofres estaduais dos valores recebidos indevidamente, a título de função gratificada, pelo exercício de direção escolar, da rede estadual, conforme preconizado em nosso estatuto. Portanto, firmamos a sugestão da aplicação da regra contida no artigo 80, parágrafo § 1º, da Lei nº 1.102 de 10 de outubro de 1990, a seguir transcrito: "Art. 80. As reposições e indenizações ao Erário serão previamente comunicadas ao servidor e descontadas em parcelas mensais, em valores

> atualizados, utilizando-se, para esse fim, os mesmos índices e periodicidade aplicáveis aos tributos estaduais. § 1º A reposição será feita em parcelas, cujo valor não exceda 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração ou provento. (f. 100/101).

A Secretária de Estado de Educação acolheu e aprovou o relatório final da comissão sindicante (f. 102/103), conforme Resolução "P"SED nº 2359, de 22/08/2016:

> ACOLHER E APROVAR o relatório final de fls. 199/208, da lavra da comissão sindicante designada para o presente feito, por meio da Resolução "P" SED n;307, de 23 de fevereiro de 2016, publicada no Diário Oficial/MS N. 9.111, de 24 de fevereiro de 2016, página 67 e determinar aplicação da regra contida no artigo 80, parágrafo 1º, da Lei n. 1.102 de 10 de outubro de 1990, para restituição aos cofres estaduais dos valores recebidos indevidamente, a título de função gratificada, consoante planilha de fls. 19 dos autos.

Por corolário devem ser observadas as seguintes situações devidamente comprovadas nos autos:

Primeiro, que inexiste controvérsia a respeito da integração da escola Estadual Teodoro Rondon (local onde a impetrante exercia a função de Diretora de Escola) com a Escola Estadual Maria Correa Dias, ambas no município de Anastácio com efeito a partir de 1º de janeiro de 2012, deixando assim de existir a primeira escola pela incorporação (Decreto nº 13.339, de 27/12/2011, f. 95).

Segundo, por consequência lógica, não havendo a citada unidade de ensino, também não existe a titularidade do cargo de direção escolar.

Terceiro, há comprovação do recebimento da verba adicional de complemento de Direção Escolar no período de dezembro de 2011 a janeiro de 2015 pela impetrante. (f. 17/26).

Quarto, a impetrante não comprovou que continuou desempenhando suas funções como diretora da unidade escolar e nem que houve acordo entre o Estado e o Município de Anastácio/MS para responder pela direção de qualquer outra escola.

A legislação estadual (artigo 75 da Lei Complementar nº 87 de 31/01/2000) que dispõe sobre o Estatuto dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Mato Grosso do Sul dispõe sobre o referido adicional:

> Art. 75. Os Profissionais da Educação Básica eleitos, para a função de Diretor e Diretor-Adjunto não sofrerão prejuízo em seus vencimentos, vantagens e direitos, sendo-lhes assegurado os incentivos financeiros pelo exercício da função e o seu retorno ao cargo e local de origem após o término do mandato.
>
> Art. 76. O Profissional de Educação Básica eleito para a função de Diretor e Diretor-Adjunto receberá remuneração equivalente a quarenta horas semanais, de acordo com o seu nível e classe, acrescido da respectiva gratificação de função. (Redação dada pelo art. 3º da Lei Complementar nº 97, de 26 de dezembro de 2001)

O fato de a impetrante alegar que houve a responsabilidade do Estado no pagamento dos vencimentos dos funcionários cedidos ao Município não se refere ao direito de receber um adicional por função não exercida, visto que a gratificação do cargo de diretor escolar somente é permitida se restar comprovado o efetivo exercício.

Ressalto que no caso a Administração tem o poder-dever de proceder a correção de ato administrativo nas hipóteses em que restar constatada irregularidade.

Nesse sentido, a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:

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

Por sua vez, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal no artigo 53, dispõe que:

> A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados dos direitos adquiridos.

Em razão de tais premissas, sobre o poder de autotutela que a Administração Pública pode rever seus atos, tem-se a lição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, a qual me filio:

> A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários. Não precisa, portanto, a Administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Aliás, não lhe compete apenas sanar as irregularidades; é necessário que também as previna, evitando-se reflexos prejudiciais aos administrados ou ao próprio Estado. Registre-se, ainda, que a autotutela envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1. aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e 2. aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento. A capacidade de autotutela está hoje consagrada, sendo, inclusive, objeto de firme orientação do Supremo Tribunal Federal, que a ela faz referência nas clássicas Súmulas 346 e 473. Em nome, porém, do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações jurídicas, vêm sendo criados limites ao exercício da autotutela pela Administração. Na verdade, a eterna pendência da possibilidade de revisão dos atos administrativos revela-se, em alguns casos, mais nociva do que a sua permanência. Por isso mesmo, a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo federal, consignou que o direito da Administração de anular atos administrativos que tenham irradiado efeitos favoráveis ao destinatário decai em cinco anos, salvo comprovada má-fé (art. 54). Vê-se, portanto, que, depois desse prazo, incabível se torna o exercício de autotutela pela Administração, eis que tal hipótese acarreta, *ex vi legis*, a conversão do fato anterior em situação jurídica legítima.[3]

Desse modo, verificando a Administração Pública que o servidor estadual recebeu parcela de adicional de gratificação indevida, ou seja, o que não tinha direito, a medida que se deve é a restituição para evitar o enriquecimento sem causa. Assim o respeito ao princípio da moralidade administrativa é dever de todos.

No caso aqui não se cabe analisar a ocorrência de conduta de má fé ou de boa fé por parte da impetrante, e sim de determinar à restituição de gratificação de adicional por cargo não exercido, sob pena de receber do erário público quantia não permitida na legislação.

Acrescento que a norma permissiva sobre a possibilidade de restituição de valores indevidamente pagos ao servidor publico está consubstanciado no artigo 46 da Lei nº 8.112/90:

> Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista,

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30º ed., Ed. Atlas, 2016, p. 35-36.

para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

§ 2º Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela.

§ 3º Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição.

Nesse sentido, os entendimentos externados na jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE PELO SERVIDOR PÚBLICO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI 8.112/90. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. 1. "Recebido ou não de boa-fé, indevidamente valores a maior, não importa, deve a parte beneficiada restituí-los, sob pena de se estar autorizando o beneficiário do erro administrativo a amealhar parte do erário público. 2. A restituição dos valores recebidos a maior, deve ser de acordo com os mecanismos administrativos previsto na Lei 8.112/90, que não onere o servidor." (TRF4, MS 2004.04.01.021981-4, Corte Especial, Relator do Acórdão Tadaaqui Hirose, DJ 28/09/2005). 3. No caso, não há nem mesmo como presumir a boa-fé do agravante. Isso porque, quando optou pela Carreira de Perícia Médica da Previdência Social, o agravante renunciou expressamente às parcelas incorporadas à sua remuneração por decisão administrativa e judicial, ficando ciente de que os valores recebidos a tais títulos sofreriam redução proporcional à implantação das Tabelas de Vencimento Básico do novo plano de carreira (art. 7º, §§ 1º, 2º e 4º da MP n.º 166/2004, convertida na Lei n.º 10.876/2004). 4. O agravante continuou a perceber integralmente a VPNI no período de novembro/2004 a dezembro/2006, mesmo tendo ciência de que o recebimento integral da VPNI nesse intervalo era ilegal. 5. Inadmissível a conduta omissiva do agravante, o qual, como servidor público, deveria, no mínimo, consultar a administração acerca da pertinência da continuidade do pagamento integral da VPNI no interregno em questão (art. 116, II, III e XII, da Lei n.º 8.112/1990). 6. Inexistindo fundamentos hábeis a alterar a decisão monocrática, o agravo deve ser improvido. (TRF-4 - AC: 2041 RS 2009.71.08.002041-7, Relator: José Jacomo Gimenes, Data de Julgamento: 29/03/2011. Terceira Turma, Data de Publicação: D.E. 04/04/2011).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO EM DUPLICIDADE. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. DESCONTOS EM FOLHA. PRECEDENTES DA CORTE. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA. PREQUESTIONAMENTO. 1. O pagamento indevido da vantagem pela Administração se deu em função de erro quanto à situação de fato e não em virtude de diversa interpretação legal ou de mudança de critério pela Administração, motivo pelo qual é cabível a reposição dos valores recebidos indevidamente pela servidora. 2. Reformada a sentença, é de ser invertida a sucumbência, condenando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa patrono da parte ré. 3. Embora não tenha ocorrido ofensa aos dispositivos legais e constitucionais mencionados pela parte, dá- se por prequestionada a matéria para evitar embargos de declaração. (TRF-4 - AC: 50251047720124047100 RS 5025104-77.2012.404.7100, Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia, Data de Julgamento: 27/08/2014. Terceira Turma. Data de Publicação: D.E. 28/08/2014).

Como bem asseverou o Procurador Geral de Justiça:

Considerando que, na hipótese, a reposição ao erário não pressupõe dolo ou culpa da parte da impetrante, pois se trata de uma reposição pura e simples pelo fato administrativo, não há qualquer ilegalidade no ato combatido, porquanto a impetrante não poderia ignorar

> a situação real. Com o silêncio proposital faltou, no mínimo com dois deveres: o de lealdade com a instituição a que serve e o de manter conduta compatível com a moralidade administrativa. A verdade é que o silêncio lhe foi muito conveniente, se relevando temerária a sua resistência à restituição, que, acaso mantida, resultaria um enriquecimento sem causa, daí ser-lhe possível interromper o pagamento e, mediante desconto, reaver o que fora pago indevidamente, com correção monetária. (...) Por fim, a alegação de que não houve prejuízo para o erário público estadual não merece prosperar. Durante o período de 2011 a 2015, em que a impetrante foi cedida ao Município de Cassilândia, mediante celebração de convênio de cessão de pessoal, o ente estatal continuou responsável pelo pagamento da remuneração da servidora, mediante desconto na fonte de repasse de ICMS ao Município, o que evidência claramente o prejuízo ao erário público. Portanto, não há que se falar em direito adquirido da servidora ao pagamento indevido, eis que a Administração, ao constatar a erronia, exercendo o seu poder de autotutela, pode e deve reformar o ato administrativo de molde a reparar o erro cometido.

Diante do exposto, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, denego a segurança por inexistência de direito líquido e certo a ser amparado pela impetrante.

Sem custas e honorários.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 24-04-17, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Júlio) e de suas férias, após o Relator denegar a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 24/04/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (3º Vogal)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (4º Vogal)

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 24 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0069776-31.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CADASTRO DE PASSAGEM – VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE DO CONSUMIDOR – REGISTRO DE NATUREZA NEGATIVA – AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO PRÉVIO DO CONSUMIDOR – DANO MORAL COLETIVO – CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO.

O "registro de passagem" malfere os princípios constitucionais da privacidade e intimidade, previstas no artigo 5º, X, da Constituição da República, o artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e, em caso de eventual inviabilização das transações comerciais, também ofende os artigos 6º, IV , e 51, XV , do código alhures e, portanto, deve haver a condenação por dano moral coletivo.

O valor da indenização não pode ser baixo a ponto de se tornar irrelevante para o ofensor e nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. O mais abalizado entendimento doutrinário e jurisprudencial determina sua fixação com o propósito de desestimular ações lesivas da mesma espécie, alicerçando a condenação no princípio da razoabilidade.

Destarte, atendendo aos critérios acima mencionados e considerando principalmente a capacidade econômica das partes, fixo o valor da indenização em R$ 40.000,00, a ser suportadas pelas apeladas.

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 relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul apelou da sentença que rejeitou os pedidos deduzidos na exordial na ação civil pública movida em face da Associação Comercial e Industrial de Campo Grande – ACICG e da Câmara de Dirigentes Lojistas de Campo Grande.

Narra que as apeladas inscrevem no Serviço de Proteção ao Crédito todas as consultas feitas pelos logistas sobre os consumidores que passam em seus estabelecimentos comerciais, que tais registros permanecem arquivados por 90 dias e sem nenhuma comunicação ao consumidor.

Assevera que se um consumidor "`(...) reservar um dia, ou mesmo uma semana, para efetuar compras em variados estabelecimentos comerciais, percorrendo considerável número deles de modo a fazer pesquisa de preços, orçamentos, simulações de tomada de crédito e mesmo negócios efetivos para pagamento a prazo, ao final do período terá o seu nome e seus dados registrados no Serviço de Proteção ao Crédito - SPC tantas vezes quantas tiverem sido as consultas feita ao citado banco de dados." (f. 273-274).

Ressalta que em razão deste cadastro, diversos comércios negam crédito/venda aos comerciantes. Assevera que diante dessa situação, as apeladas devem ser condenadas por dano moral coletivo.

Prequestiona todos os dispositivos legais aduzidos no apelo.

Ao final, pede o provimento do apelo para que seja determinada às apeladas que se abstenham de incluir em seu banco de dados informações relativas ao registro de passagem e a exclusão de todas as existentes, sob pena de multa e, ainda, a indenização por dano moral coletivo.

Contrarrazões às fls. 313-315 e fls. 317-323.

A Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 329-334 opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Ministério Público Estadual (f. 270/287) em face da sentença de f. 255/265 que, nos autos da ação civil coletiva que promove em face de Associação Comercial e Industrial de Campo Grande - ACICG, Câmara de Dirigentes Lojistas de Campo Grande, rejeitou os pedidos contidos na Ação Coletiva de Consumo ajuizada contra a Associação Comercial e Industrial de Campo Grande – ACICG e da Câmara de Dirigentes Lojistas de Campo Grande.

A insurgência do *Parquet* é para que as apeladas se abstenham de incluir em seu banco de dados as informações relativas ao registro de passagem, a exclusão das existentes e a condenação por dano moral coletivo.

O âmago desta demanda consiste em verificar se a prática adotada pelas apeladas, com relação ao cadastro de passagem, é abusiva ou não.

O registro de passagem, em resumo, consiste na anotação das consultas realizadas sobre determinado consumidor, caso tenha procurado ou realizado alguma compra ou negócio. Este registro é mantido em banco de dados gerido pelos serviços de proteção ao crédito.

Essa prática ocorre, segundo justificativa dos comerciantes, a fim de aferir possível endividamento do consumidor ou a prática de golpes. Por outro lado, tal apontamento é feito sem a permissão/consentimento do usuário.

Então, com esse registro de passagem dos consumidores, o comerciante (*latu sensu*) decide se irá conceder ou recusar o crédito, isto é, após análise do perfil deste, ainda que inexista anotação de natureza negativa.

Preceitua o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor que o consumidor "terá acesso *às* informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.". E, ainda, em seu § 2º que "A **abertura de cadastro**, ficha, registro e dados pessoais e de consumo **deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele**." (g.n.)

Isso porque, tal cadastro configura ofensa à privacidade e intimidade do consumidor, porque as informações são armazenadas sem autorização e prévia comunicação deste. Além disso, até mesmo o inadimplente tem o direito de ser comunicado do registro de seu nome no cadastro de devedores, diferentemente do que acontece neste cadastro, senão vejamos:

> **A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastro de devedores tem o direito de ser informado do fato. A falta dessa comunicação poderá acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados** (REsp 285401/s P, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, 4a T., j. 19/04/2001, DJU 11/06/2001, p. 232)(g.n.)

Do mesmo modo é no cadastro positivo, regulado pela Lei n. 12.414/11, que trata de um banco de dados com informações de adimplemento, para formação de histórico de crédito, que também prevê em seu artigo 4º o consentimento prévio do potencial cadastrado.

No mesmo sentido:

> Na hipótese, o registro e a divulgação a terceiros de meras passagens do consumidor por estabelecimentos diversos, a ponto de ser possível se esboçarem a rotina e os hábitos individuais, violam, à evidência, o direito à privacidade. (BESSA, Leonardo Roscoe. O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito. São Paulo: RT, 2003 p. 258-259)

É notório ainda que esse cadastro de passagem desrespeita não somente a privacidade do consumidor, mas também aflige os princípios da boa-fé e do equilíbrio entre as partes.

Posto que um consumidor que vai em alguns comércios e, mesmo não tendo realizado nenhum negócio, somente em razão de ter seu nome consultado, os demais comerciantes poderão presumir a sua má-fé, o que, por conseguinte, pode levar ao consumidor ter seu eventual crédito negado, só com base nessas informações.

Tal conduta gera, como consequência, a desestimulação da prática de orçar preços, já que deixa o consumidor inseguro diante da possibilidade de ter seu crédito negado em futura aquisição, em razão de várias consultas em seu nome.

Por consequência, o § 3º do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor também acaba sendo desrespeitado, porque a ausência de conhecimento pelo consumidor sobre "cadastro de passagens" impede, por corolário lógico, o pedido de retificação e de inexatidões eventualmente anotadas.

Por oportuno, vejamos julgados de Cortes Estaduais:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Cadastro voltado a informar aos concedentes de crédito consultas efetuadas em relação a determinado número de CPF/CNPJ. Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos morais coletivos,objetivando a condenação da gestora do cadastro a eliminar de seu banco de dados o denominado "cadastro de passagens" ou de "registro de consultas", com a consequente abstenção de repasse a seus clientes de dados relacionados às consultas efetuadas em relação ao número de CPF/CNPJ dos consumidores. Sentença de improcedência "Cadastro de passagens" ou de "consultas anteriores". **Produto que pode levar o consulente a conclusão equivocada sobre o consumidor. Ausência de comunicação a este acerca da inclusão de suas supostas práticas comerciais em referido cadastro. Consequente impossibilidade prática de pedido de retificação das inexatidões constantes Ofensa aos *§§* 1º, 2º e 3º do artigo 43do Código de Defesa do Consumidor Afronta ao direito à privacidade e ao princípio da boa-fé objetiva Supressão do cadastro e, consequentemente, da divulgação dos dados a ele relacionados. Admissibilidade Prática que acarreta consequências desabonadoras**

> **aos consumidores que ficam sujeitos à negação de crédito**. Danos morais coletivos caracterizados. Indenização devida. Sentença reformada. Apelação provida (TJSP. Apelação Cível n. 0020215-42.2010.8.12.0003. Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan. Dje: 17/01/2013)(g.n.)
>
> RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO REJEITADAS - PREJUDICIAL DE MÉRITO - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - MÉRITO - BANCO DE DADOS DE CONSUMO - ANOTAÇÃO DE PASSAGEM - **REGISTRO POSITIVO - OFENSA À GARANTIA FUNDAMENTAL DE PRIVACIDADE - ART. 5º, X, CF - PRESUNÇÃO DE ENDIVIDAMENTO - NEGATIVA DE CRÉDITO** - PRÁTICA ABUSIVA - RECURSO IMPROVIDO. A possibilidade jurídica do pedido existe sempre que não seja vedada a pretensão no ordenamento jurídico. Não havendo veto legal, há possibilidade jurídica à imagem do que ocorre na hipótese dos autos. O Ministério Público, ao pleitear a adequação dos serviços disponibilizados pela apelante às disposições da legislação aplicável, justifica sua pretensão na necessidade de proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a norma insculpida no Código de Defesa do Consumidor, restando, pois, evidente o interesse público da demanda. A incidência da regra inserida no artigo 27 do CDC refere-se tão somente a pretensão de reparação por danos causados por fato do produto ou serviço, não se aplicando em sede de Ação Civil Pública em que se busca tutelar direito da coletividade. **O registro de informações positivas sobre "passagens" dos consumidores pelos estabelecimentos comerciais, sem autorização destes, constitui prática arbitrária pelos bancos de dados de consumo, violando garantia constitucional de privacidade, assegurada pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. A negativa de crédito ao consumidor pela simples presunção de endividamento com base em "cadastro de passagem", é medida ilegal e abusiva**. (TJMT. Ap 40712/2011, Des. José Tadeu Cury, Terceira Câmara Cível, Julgado em 25/10/2011, Publicado no DJE 09/11/2011) (g.n.)

Diante disso, constata-se que este "registro de passagem" malfere os princípios constitucionais da privacidade e intimidade, previstos no artigo 5º, X, da Constituição da República, o artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor e, em caso de eventual inviabilização das transações comerciais, também ofende os artigos 6º, IV , e 51, XV , do código alhures e, portanto, deve haver a condenação por dano moral coletivo.

Consoante bem apontado pela Procuradoria-Geral de Justiça à f. 333, "No caso, não houve apenas transgressão à norma vigente, mas injusta violação a uma garantia constitucional, o que denota a gravidade da ofensa, caracterizando, assim, o dano moral coletivo."

O valor da indenização não pode ser baixo a ponto de se tornar irrelevante para o ofensor e nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. O mais abalizado entendimento doutrinário e jurisprudencial determina sua fixação com o propósito de desestimular ações lesivas da mesma espécie, alicerçando a condenação no princípio da razoabilidade.

Com efeito, atendendo-se ao trinômio reparação-punição-proporcionalidade, é preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada.

Esse é, aliás, o entendimento assente no Tribunal da Cidadania:

> [...] 1. **Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a**

> **gravidade do ato ilícito e do dano causado**. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação. 3. Nesse contexto, mostra-se adequada a fixação pelas instâncias ordinárias da reparação em 950 salários mínimos, a serem rateados entre os autores, não sendo necessária a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais, salvo quanto à indexação" (STJ. REsp 1.300.187/MS. Quarta Turma. Relator Ministro Raul Araújo. Publicação DJE 28.5.2012) (grifo nosso).

Destarte, atendendo aos critérios acima mencionados e considerando principalmente a capacidade econômica das partes, fixo o valor da indenização em R$ 40.000,00, a ser suportadas pelas apeladas.

Dispositivo

Posto isso, dou provimento ao recurso, para reformar a sentença e, com isso, acolher os pedidos iniciais, para determinar que as apeladas se abstenham de registrar, manter e divulgar "registro de passagens" no banco de dados Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), bem como a exclusão de todas as existentes, sob pena de multa de R$ 500,00 para cada registro. Ainda, a condenação por dano moral coletivo no importe de R$ 40.000,00, com incidência dos juros de mora desde a citação (art. 405, CC) e atualizada a partir da publicação do acórdão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0805174-90.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LANÇAMENTO EQUIVOCADO PELO MUNICÍPIO PARA COBRANÇA DE IPTU – TERRENO DESAPROPRIADO PARA FIM DE UTILIDADE PÚBLICA PELA PRÓPRIA MUNICIPALIDADE – DANO MORAL *IN RE IPSA* – NEGLIGÊNCIA DA PREFEITURA EM NÃO REGULARIZAR A SITUAÇÃO DO BEM IMÓVEL APÓS ANOS DEPOIS DA DESAPROPRIAÇÃO – ADSTRIÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – AFASTA-SE A EXCLUDENTE DE ILICITUDE QUANDO A PARTE PASSA ANO A ANO DIRIGINDO-SE AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA SOLUCIONAR A QUESTÃO – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A responsabilidade do agente público é objetiva e resulta da falta de diligência em regularizar a situação de imóvel desapropriado para utilidade pública pela própria municipalidade.

Não se justifica a alegação de que a negligência seria da contribuinte uma vez que se passaram vários anos em que ela teve que se dirigir ao órgão competente para excluir o lançamento de IPTU sobre imóvel desapropriado pela própria Municipalidade.

Mantém-se os honorários advocatícios, pois fixados de acordo com o art. 85, § 2º, do CPC. Tratando-se de recurso interposto sob a égide do novo Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na origem, nos termos do § 11 do artigo 85.

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, 2 de maio de 2017.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação interposta por Município de Campo Grande em face da sentença de f. 155/159 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada que promove em face de Maura Barbosa de Oliveira, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando-lhe ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor a ser corrigido desde o evento danoso, com juros de mora desde a citação.

Sustenta o apelante em seu recurso (f. 162/168) que, embora a demanda tenha sido proposta em razão da existência da cobrança indevida de IPTU, o dano moral deve ser afastado porque "por meio do processo administrativo n º 92758/2009-69, houve o reconhecimento da desapropriação e a determinação do cancelamento dos lançamentos de IPTU" (f. 165).

Alega que a apelada foi notificada em 06/08/2012 a comparecer à prefeitura para regularizar a situação de desapropriação junto ao Município, de modo que pudesse ser encaminhado ao Cartório de Registro de Imóveis todos os documentos necessários para escriturar o devido registro em nome da Prefeitura e evitar qualquer transtorno como o narrado nos autos, mas esta não o fez, agindo, ela sim, com desídia, e não o Município.

Aduz, por fim, que o abalo moral é inexistente por não ter havido execução fiscal e ter ocorrido o pronto cancelamento quando o apelante soube do equívoco na cobrança.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença combatida.

Contrarrazões às f. 174/178.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Município de Campo Grande em face da sentença de f. 155/159 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada que promove em face de Maura Barbosa de Oliveira, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando-lhe ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor a ser corrigido desde o evento danoso, com juros de mora desde a citação.

Sustenta o apelante em seu recurso (f. 162/168) que, embora a demanda tenha sido proposta em razão da existência da cobrança indevida de IPTU, o dano moral deve ser afastado porque "por meio do processo administrativo nº 92758/2009-69, houve o reconhecimento da desapropriação e a determinação do cancelamento dos lançamentos de IPTU" (f. 165).

Alega que a apelada foi notificada em 06/08/2012 a comparecer à prefeitura para regularizar a situação de desapropriação junto ao Município, de modo que pudesse ser encaminhado ao Cartório de Registro de Imóveis todos os documentos necessários para escriturar o devido registro em nome da Prefeitura e evitar qualquer transtorno como o narrado nos autos, mas esta não o fez, agindo, ela sim, com desídia, e não o Município.

Aduz, por fim, que o abalo moral é inexistente por não ter havido execução fiscal e ter ocorrido o pronto cancelamento quando o apelante soube do equívoco na cobrança.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença combatida.

Contrarrazões às f. 174/178.

É o relatório. Passo ao julgamento.

Pois bem.

A questão posta à apreciação deste Tribunal de Justiça cinge-se ao dever do Município de Campo Grande de indenizar a apelada por ter cobrado equivocadamente por meio de lançamentos indevidos, IPTU´s de imóvel cuja propriedade não mais lhe pertencia, por já ter ocorrido a desapropriação.

Observa-se que fora comprovado nos autos o engano praticado por agentes do ente público, mostrando-se evidente o constrangimento sofrido pela autora/apelada ao ser cobrada por dívida indevida, além de ter seu nome exposto como má pagadora.

Alega a apelante que a apelada fora notificada em 2012 para apresentar os documentos necessários a providenciar a devida regularização do imóvel juntos ao Cartório de Registro de Imóveis e que tal negligência é que teria dado causa à cobrança indevida. Ou seja, os fatos teriam decorrido da desídia da própria apelada e não no Município, segundo, segundo argumentos apostos no recurso de apelação ora em análise. Mas tais assertivas não representam a verdade.

Veja-se que desde meados do ano de 1989 a apelada vem tentando regularizar a situação junto ao órgão competente, conforme se denota dos documentos de f. 23 (datado de 03/04/1989); f. 26 (protocolo datado de 08/02/2008), onde consta cancelamento de IPTU do imóvel do ano de 2008; f. 27 (datado de 19/12/2009).

O documento de f. 28, que notifica a apelada para providenciar a imediata "providência quanto à transferência do imóvel ao patrimônio público municipal (escritura pública)", não exime a apelante de qualquer responsabilidade. Ao contrário, tenho que tal notificação mostra-se até mesmo representativa de mais uma circunstância vexatória, que obviamente também soma causa ao dano moral, gerando consequentemente, a obrigação de indenizar.

Extrai-se dos autos, afinal, que o próprio município admitiu a cobrança indevida, o que ensejou a dispensa da produção de provas, circunscrevendo-se a controvérsia apenas quanto ao cabimento ou não da indenização por danos morais.

Esclarece-se que a responsabilidade, no caso, é objetiva do ente público, por conduta praticada por um agente público a seu serviço, por sua vez, a responsabilidade objetiva, resultado de um acentuado processo evolutivo, incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, passando a conferir maior benefício ao lesado, por estar dispensado de provar alguns elementos (dolo/culpa) que dificultam o surgimento do direito à reparação dos prejuízos.

Preceitua o art. 37, § 6º, da 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:
>
> § 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.

Assim, de acordo com o preceito constitucional, a responsabilidade do Estado em face da conduta de seu agente, nessa qualidade, será objetiva, porquanto o dolo ou a culpa do agente só deverá ser analisado em eventual ação regressiva, a ser proposta pelo Estado em face do causador do dano.

Para a configuração desse tipo de responsabilidade bastam, portanto, três pressupostos: a) conduta atribuída ao Poder Público; b) dano e c) nexo causal.

Noutras palavras, equivale dizer que, estando o fato concreto subsumido dentro dos requisitos do dispositivo constitucional citado, a responsabilidade civil do Estado será objetiva, a qual se realiza com a presença da conduta, do dano e do nexo causal.

No caso, o lançamento equivocado do IPTU foi reconhecido pelo apelante, que apenas ressalvou que não existindo ajuizamento da execução fiscal correspondente ao referido lançamento, não se configura motivo suficiente a ensejar indenização por dano moral.

Em verdade, tal assertiva não pode ser tida por correta, uma vez que, admitido o erro, tem-se que a conduta lesiva encontra-se evidenciada, sendo sua existência questão incontroversa.

Com efeito, cumpre dizer que na órbita do dano moral puro a ofensa decorre do ato praticado pelo ofensor, independentemente de comprovação de prejuízo material ou mesmo do sofrimento, visto que a obrigação de reparar o dano é proveniente da ofensa à honra subjetiva, que é presumida. O dano moral, nesses casos, é chamado *in re ipsa,* pois decorre da mera existência do fato, não sendo exigível a demonstração de prejuízo.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AJUIZAMENTO INDEVIDO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – DÉBITO PAGO ANTECEDENTEMENTE – DANO MORAL PRESUMIDO – ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – ALEGAÇÕES GENÉRICAS – SÚMULA 284/STF – TESES NÃO PREQUESTIONADAS – SÚMULA 282/STF – VERBA HONORÁRIA – REVISÃO: SÚMULA 7/STJ.
>
> (...) 4. O ajuizamento indevido de execução fiscal poderá justificar o pedido de ressarcimento de danos morais, quando ficar provado ter ocorrido abalo moral. Precedentes que dizem respeito à inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito e a protestos indevidos de título aplicados por analogia. 5. A revisão do *quantum* fixado a título de verba honorária esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido. (STJ. REsp 773470/PR. Rel. Min. Eliana Calmon. Data do Julgamento 15/02/2007).

Segundo o Código Civil, o direito à indenização só passa a existir se estiverem presentes três requisitos. Diz o diploma civilista, em seu art. 186, 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".

Entrementes, apenas para esclarecer a ausência de culpa por parte da apelada, não há como passar sem registro os elementos para exclusão da responsabilidade: a culpa exclusiva da vítima e a ocorrência de caso fortuito e força maior, hipóteses essas em que se vislumbraria a quebra do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Compulsando os autos, verifiquei que todas as provas produzidas levam à conclusão de que o próprio apelante, e apenas ele, quem deu causa ao dano.

Vale dizer, reiterando o que acima já foi dito, os danos suportados pela apelada decorreram da conduta omissiva da Municipalidade, afastando-se por completo a alegação da excludente de responsabilidade anteriormente alegada.

Ao contrário do que tenta fazer crer a apelante, o que se denota dos autos, repita-se, é que o lançamento do IPTU não se deu por negligência da apelada, que passou vários anos tendo que se dirigir ao órgão competente para solicitar o cancelamento do lançamento do tributo, mas sim da Prefeitura, que somente em 2012 a notificou para promover à escritura pública do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis, o que fez ainda sem qualquer explicação, quando a parte apelada acreditava que já estava livre de qualquer obrigação, uma vez que o imóvel já havia sido desapropriado há muito tempo.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a anulação da decisão recorrida ou a modificação da conclusão do juízo *a quo*.

Assim, tendo em vista a sucumbência na demanda e também no recurso intentado perante esta Corte, diante da nova regra processual, deve o apelante arcar com os honorários recursais. Destarte, considerando os critérios descritos nos incisos I a IV do artigo 85 do NCPC, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, tenho que se mostra-se justa a fixação dos honorários recursais em 8% (oito por cento) sobre o valor atualizado da causa, elevando-se a verba honorária para o total de 18% (dezoito por cento).

Pelo exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Por conseguinte, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC, majoro a verba honorária fixada em favor do patrono da autora para 18% (dezoito por cento) sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 02 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0804367-33.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS – EXTINÇÃO UNILATERAL DO CURSO SUPERIOR – RELAÇÃO DE CONSUMO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO – DANOS MORAIS – DEVIDOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A extinção abrupta de curso superior decorrente da insuficiência de alunos, com flagrante prejuízo ao aluno contratante, configura dano moral e material a ser indenizado.

Configurada a conduta culposa da universidade, o prejuízo material e imaterial e o nexo de causalidade entre ambos, e sopesadas as particularidades que envolveram os fatos, bem como suas consequências, a indenização deve ser fixada no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação interposto por Joziele Barbosa de Jesus em face da sentença de f. 87/101 que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que promove em face de Anhanguera Educacional Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a requerida ao pagamento da importância de R$ 468,29 com correção monetária pelo IGPM/FGV desde o desembolso e juros de mora de 12% ao ano desde a citação.

Sustenta que fez a inscrição no curso de Serviço Social, oferecido pelo recorrida, pagou pela matrícula, mas o curso foi cancelado por não ter apresentado número de alunos suficientes.

Alega que a falha na prestação do serviço por parte da recorrida, frustrando a expectativa de realização de seu sonho, bastam para configurar o dano moral.

Aduz que deve ser fixado dano moral de acordo com a peculiaridades do caso, sugerindo que o montante de R$ 20.000,00 seria suficiente a ressarcir seu abalo moral.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença, condenando a requerida ao pagamento de danos morais, bem como em honorários recursais.

Contrarrazões às f. 119/126.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposto por Joziele Barbosa de Jesus em face da sentença de f. 87/101 que, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais que promove em face de Anhanguera Educacional Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a requerida ao pagamento da importância de R$ 468,29 com correção monetária pelo IGPM/FGV desde o desembolso e juros de mora de 12% ao ano desde a citação.

Sustenta que fez a inscrição no curso de Serviço Social, oferecido pelo recorrida, pagou pela matrícula, mas o curso foi cancelado por não ter apresentado número de alunos suficientes.

Alega que a falha na prestação do serviço por parte da recorrida, frustrando a expectativa de realização de seu sonho, bastam para configurar o dano moral.

Aduz que deve ser fixado dano moral de acordo com a peculiaridades do caso, sugerindo que o montante de R$ 20.000,00 seria suficiente a ressarcir seu abalo moral.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a sentença, condenando a requerida ao pagamento de danos morais, bem como em honorários recursais.

Contrarrazões às f. 119/126.

É o relatório. Passo ao julgamento.

A questão posta em debate envolve relação de consumo, onde a recorrente realizou contrato de prestação de serviço com a recorrida para cursar Serviço Social, porém, após o pagamento da mensalidade do primeiro mês, embora constasse que as aulas teriam início em 01/04/2013, o curso foi encerrado, impossibilitando à recorrente que ingressasse na faculdade como havia planejado.

Segundo provas coligidas aos autos, tem-se que restaram demonstrados os fatos constitutivos do direito da recorrente, vez que realmente se matriculou no Curso de Serviço Social (fls. 12-22) junto à recorrida; não houve a formação da Turma para o Curso de Serviço Social em razão da insuficiência de alunos, fato este que foi confessado pela própria apelante (f. 30), restando esta questão incontroversa (art. 344, II, CPC).

Com efeito, prevê o Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos *à* prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Da narrativa dos fatos e provas constantes dos autos, é possível concluir que houve má prestação de serviço pela empresa fornecedora dos serviços, o que indubitavelmente enseja o dever de reparação pelos danos daí advindos, especialmente o dano moral e material.

A jurisprudência é assente nesse sentido, senão vejamos:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - EXTINÇÃO UNILATERAL DO CURSO SUPERIOR - RELAÇÃO DE CONSUMO - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO DEVIDA - *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO - DANOS MATERIAIS - PREJUÍZO NÃO COMPROVADO - INDENIZAÇÃO – APELAÇÃO CÍVEL – UNIVERSIDADE – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ENCERRAMENTO ABRUPTO DA TURMA MATUTINA POR ATO UNILATERAL DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO – DANO MORAL A SER INDENIZADO – VALOR QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – REDUÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **A previsão contratual de aglutinação ou subdivisão de turmas, considerando o número real de alunos, por si só não autorizava o encerramento abrupto da turma matutina do Curso de Turismo (5º semestre – 3º ano), sem o assentimento dos interessados. Consequentemente, diante da impossibilidade da autora transferir-se para a turma do noturno, restaram frustradas suas expectativas, gerando danos de natureza material e moral**. 2. Considerando o grau de culpa da instituição apelante, assim como as características da autora, tenho que o valor de R$ 13.500,00 ultrapassou os limites do razoável e da proporcionalidade, razão pela qual entendo que deva ser reduzido para R$ 10.000,00, quantia esta capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que a instituição de ensino torne-se reincidente. (...) (2 0382306-62.2008.8.12.0001, Apelação, Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Comarca: Campo Grande, Órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data do julgamento: 14/06/2012) (g.n.)

E ainda,

> RESPONSABILIDADE CIVIL - ENSINO PARTICULAR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - EXTINÇÃO ABRUPTA E INOPINADA DE CURSO DE GRADUAÇÃO - INSUFICIÊNCIA DE ALUNOS - DANO MORAL - A extinção de curso superior decorrente da insuficiência de alunos configura exercício regular de direito, desde que tomadas as medidas adequadas para superar o contratempo imposto aos alunos/consumidores e que a cessação se dê com a antecedência necessária para que providências como a rematrícula em novo curso ou ingresso em nova instituição se opere com tranqüilidade. **Conseqüentemente, o fechamento abrupto e de inopino por parte da instituição contratada, com flagrante prejuízo aos alunos contratantes, configura dano moral a ser indenizado**." (TJRO - AC 00120050045058 - 1ª C.Cív. - Rel. Moreira Chagas - J. 29.07.2008). (g.n.)

Sendo assim, não demonstrando a recorrida a existência de fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito da recorrente, deve responder pelos danos materiais e morais causados à consumidor (recorrente).

Quantum indenizatório

Considerando que o *quantum* indenizatório a ser fixado à título de danos morais, este deve ser compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Pois bem. Como é cediço, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais 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 na jurisprudência, doutrina e ao critério equitativo do Juiz.

Carlos Roberto Gonçalves[1], consigna os principais fatores a serem considerados:

> 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.

Portanto, esses são os critérios comuns adotados pela doutrina e jurisprudência. Logo, a quantificação da indenização deve levar em consideração os critérios da razoabilidade, observando as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências.

Assim, o valor não pode ser tão baixo a ponto de não alcançar a sua finalidade preventiva e punitiva, de modo a impedir que a conduta venha a ser novamente praticada, e que o causador do dano sinta uma perda significativa em seu patrimônio.

In casu, trata-se de danos morais ocasionados pelo encerramento abrupto e inopino do curso de Serviço Social, após a recorrente ter feito sua matrícula e pago a primeira mensalidade.

Entendo que a parte recorrida deve ser condenada, sim, ao pagamento de indenização por danos morais, pois estes restaram evidentes no caso dos autos. Tal valor deve ser arbitrado de modo a atingir sua dupla finalidade, a da obrigação de reparar, e compensar os danos sofridos pelo requerente.

Desse modo, tenho que o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) serve como suficiente e razoável para punir a requerida.

Daí porque, levando em consideração o ocorrido, a intensidade do dano, a duração do sofrimento, a repercussão e consequências, bem como as condições pessoais das partes, estou certo de que a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) mostra-se razoável, dentro das circunstâncias do fato e sua repercussão, não sendo gerador de enriquecimento sem causa e também capaz de servir de alerta a requerida quanto aos cuidados que deve ter nas relações contratuais com seus alunos.

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE CARGO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECURSO ADESIVO DO AUTOR – SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO SEM MOTIVAÇÃO POR PORTARIA – MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ARBITRADA EM 10 VEZES O SALÁRIO BRUTO PERCEBIDO À ÉPOCA DO FATO – RECURSO IMPROVIDO. Para definição do valor do dano moral, *é* preciso levar em conta as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, devendo, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade. O valor da indenização por dano moral sujeita ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, observando as circunstâncias do caso concreto, a fim de que seja compatível para amenizar a dor e dissuadir o ofensor, sem enriquecer ou empobrecer os envolvidos". (Apelação Cível nº 2006.001861-0/0000-00 – Jardim. Terceira Turma Cível. Relator Des. Hamilton Carli. Julgamento 15.3.2006).

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume IV: **Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 384.

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C REPARAÇÃO DE DANOS – ALTERAÇÃO DO PEDIDO APÓS CONTESTAÇÃO – VEDAÇÃO – MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – DUPLICATAS LEVADAS A APONTAMENTO NO CARTÓRIO DE PROTESTO – COMPRA DE PRODUTOS NÃO REALIZADA PELA AUTORA – DANO MORAL CARACTERIZADO – VALOR FIXADO QUE NÃO ATENDE O BINÔMIO REPARAÇÃO/PUNIÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL. [...] O valor da indenização deve atender o binômio reparação/punição, amenizando o abalo moral experimentado pela vítima e ao mesmo tempo provocar efeitos no patrimônio do réu a fim de desencorajá-lo a praticar condutas semelhantes (Apelação Cível nº 2006.019375-0/0000-00 – Amambai. Segunda Turma Cível. Relator Des. Luiz Carlos Santini. Julgamento 12.12.2006).

Por fim, considerando a sucumbência da requerida na demanda, após a interposição do apelo intentando pela autora perante esta Corte, diante da nova regra processual, deve a requerida/recorrida arcar com os honorários integralmente.

Outrossim, diante da nova regra processual, devem ser fixados honorários recursais em quantia razoável e proporcional para que os honorários não configurem benefício mais vantajoso do que o próprio direito perseguido na demanda.

Em atenção aos critérios descritos nos incisos I e IV do artigo 85, § 2º, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, tenho que se mostra justa a fixação dos honorários recursais em 5% do valor da condenação.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso para condenar a requerida Anhanguera Educacional Ltda. ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R$ 15.000,00. Fixo os honorários recursais em 5% em favor do advogado da parte recorrente, de modo que os honorários ficam elevados para o percentual de 15% sobre o valor da condenação.

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. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0803080-17.2015.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DE MÉDICO EM UNIDADE BÁSICA DE SAÚDE – TRÊS DIAS – DESCONTO NA REMUNERAÇÃO – AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA GERENTE DE NÚCLEO DAS UNIDADES DE SAÚDE APÓS SOLICITAÇÃO DE TIME DE FUTEBOL – MERA IRREGULARIDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PARTICIPAÇÃO DO ENTÃO PREFEITO NA AUTORIZAÇÃO DA FALTA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTO NO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.492/1992 – CORRETA REJEIÇÃO DA INICIAL – ART. 17, § 8º DA LEI Nº 8.492/1992 - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Nos termos do § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, é possível a rejeição da inicial, na fase preambular, quando demonstrada a inexistência de ato de improbidade administrativa.

A ausência injustificada por motivos pessoais, para acompanhar time de futebol, ou por qualquer outro motivo, implica na perda da remuneração respectiva, realizado no caso concreto.

A ausência do médico por três dias na Unidade Básica de Saúde, sem a devida substituição, não acarreta prejuízo expressivo aos pacientes atendidos pela citada unidade ao ponto de configurar violação aos princípios da supremacia do interesse público e da moralidade. Evidencia mera irregularidade.

O objetivo precípuo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador desonesto, e não sancionar o gestor sem habilidade ou preparo para os trâmites administrativos, bem como o incompetente que pratica mera irregularidade.

Inexistem indícios mínimos de participação do então prefeito no suposto ato de improbidade administrativa. A eventual proximidade das partes não é suficiente para concluir pela interferência na decisão de autorização da falta do médico com o objetivo de beneficiar o time de futebol.

A rejeição da petição inicial por inexistência do ato de improbidade administrativa devidamente demonstrada é possível e não viola o princípio do *in dubio pro societate*.

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 contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 2 de maio de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra decisão de 1° Grau que indeferiu a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de Leandro Peres de Matos, Letícia Geromini Marques e Antônio Gomes de Souza Filho.

Aduz que Letícia Geromini Marques – cunhada do prefeito Leandro Peres de Matos[1], foi nomeada para gerente de Núcleo das Unidades de Saúde e, visando satisfazer interesses particulares do prefeito, autorizou que o médico Antônio Gomes de Souza Filho, contratado do Município, se ausentasse da Unidade Básica de Saúde Padre Antônio Koreman nos dias 16.04.2013, 14.05.2013 e 15.05.2013, para acompanhar o Clube Esportivo Naviraiense – na condição de médico membro da comissão técnica.

Registra a fundamentação utilizada pelo juízo *a quo* na rejeição da petição inicial, consistente na inexistência de dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito dos apelados, em razão dos descontos efetuados na remuneração do servidor pelas referidas faltas.

Afirma que busca a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, pela violação de princípios da administração pública, em especial supremacia do interesse público sobre o privado e moralidade administrativa, cuja tipificação dispensa apuração de efetivo dano ao erário.

Descreve que a opção do médico de não exercer suas funções no Programa de Saúde da Família para prestar serviços ao clube de futebol preferido afasta-se por completo da conduta esperada do servidor público zeloso e probo.

Apresenta inconformismo sobre trecho da argumentação lançada pelo magistrado *a quo* acerca da ausência de ilegalidade nas condutas dos apelados.

Destaca que a aplicação do art. 17, § 8º da Lei nº 8.492/1992 deve ser feita com extrema cautela pois para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa vigora o princípio do *in dubio pro societate*.

Narra que apenas remarcar as consultas anteriormente agendadas para os dias das faltas não é suficiente para impedir o recebimento da inicial, nem diminuir a responsabilidade do médico Antônio e da gerente Letícia.

Sobre o apelado Leandro Peres de Matos, o *Parquet* informa que a prova oral produzida no Inquérito Civil nº 23/2013 aponta pela não contribuição deste para os atos de ausência temporária do médico.

Relata a nomeação realizada por Leandro, na qualidade de Prefeito de Naviraí, da noiva de seu irmão, Letícia, para o cargo público de Gerente de Núcleo das Unidades de Saúde, responsável pela autorização das faltas do médico Antônio para acompanhar clube esportivo.

Conclui que Leandro Peres de Matos vincula-se aos atos de improbidade administrativa em tela, no mínimo, por força do disposto no art. 3° da Lei nº 8429/1992.

1 Conforme registrado na inicial (f. 1/10), na época dos fatos, a requerida Letícia Geromini Marques era namorada de Murilo Matos, irmão do requerido Leandro Peres de Matos. O casal realizou cerimônia de casamento no final do ano de 2014.

Requer o conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, com a reforma da sentença e recebimento da inicial.

Contrarrazões às f. 328/337 e 338/343.

Recurso recebido no efeito devolutivo e suspensivo – decisão monocrática (f. 348).

Manifestação do *Parquet* de Segunda Instância pelo provimento do recurso (f. 353/358).

Declaração de suspeição por foro íntimo (f. 364).

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão de 1º Grau que indeferiu a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de Leandro Peres de Matos, Letícia Geromini Marques e Antônio Gomes de Souza Filho.

Da lei processual aplicável

Ressalta-se, inicialmente, que o presente recurso deve ser julgado nos moldes do CPC/2015. A respeito, transcrevo esclarecedora lição:

> Na doutrina há entendimento de que o recurso deve ser regrado pela lei vigorante no dia da publicação da decisão. (Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier; José Miguel Garcia Media. Breves comentários à nova sistemática processual civil, 2. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 291-292). (...)
>
> Abram-se parênteses para explicar que publicação da decisão não se confunde com publicação no Diário de Justiça, pois o que se dá nesse último caso é a intimação. Publicação ocorre quando a decisão se torna pública. Na primeira instância, a decisão torna-se pública quando o juiz a entrega ao escrivão ou a profere em audiência na presença das partes.
>
> Nos tribunais, a decisão torna-se pública no momento em que o presidente do órgão julgador anuncia o resultado do julgamento (CRAMER, Ronaldo. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.362).

Não obstante a existência de posicionamentos em outros sentidos, esta Câmara Cível entende que deve ser observada a lei em vigor na data da publicação em cartório para o processamento e julgamento dos recursos.

Oportuno registrar teor do Enunciado Administrativo nº 3 do Superior Tribunal de Justiça:

> Enunciado administrativo n. 3 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Assim, considerando que a sentença recorrida foi publicada em cartório em 10 de agosto de 2016 (f. 302), ou seja, após a entrada em vigor da Lei n.º 13.105/2015 (com vigência a partir de 18.03.2016), o presente recurso deve ser julgado em conformidade com as regras processuais previstas no CPC/2015.

Admissibilidade recursal

Em conformidade com o que preceitua o artigo 1.010, § 3º do CPC/2015[2], passo ao juízo de admissibilidade do recurso.

A apelação preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos, estando tempestiva. Preparo dispensado, nos termos do art. 1.007, § 1º do CPC/2015.

Passo à análise das razões recursais.

Os argumentos apresentados pelo *Parquet* não possuem o condão de alterar a rejeição da petição inicial.

O exame minucioso dos autos denota inexistência de ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)

O Ministério Público assevera que configura ato de improbidade administrativa a falta de três dias de expediente do médico Antônio, para acompanhar time de futebol, na condição de médico membro da comissão técnica e a respectiva autorização das faltas realizada pela gerente Letícia, após solicitação do Clube Esportivo Naviraiense (ofícios f. 43/44).

Primeiramente, é mister destacar que improbidade administrativa se caracteriza pela conduta imoral qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública.

Sobre os atos de improbidade administrativa, importante reproduzir as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

> A Lei nº 8.429/1992 agrupou os atos de improbidade em três categorias distintas, considerando os valores jurídicos afetados pela conduta suscetíveis de tutela:
>
> (1ª) atos de improbidade que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); (2ª) atos de improbidade que causem prejuízo ao erário (art. 10); (3ª) atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) (...)
>
> Quanto ao elemento subjetivo das condutas, antecipamos que algumas delas reclamam exclusivamente o dolo, ao passo que outras admitem a tipicidade também em virtude de culpa – tema de que nos ocuparemos adiante. Entretanto, é sempre indispensável a presença dos elementos subjetivos dolo ou culpa: sem eles ocorreria a responsabilidade objetiva, não admissível em nosso sistema jurídico. Desse modo, não se pode imputar conduta de improbidade a quem não tenha agido por mobilização dolosa ou culposa (...)
>
> (Manual de Direito Administrativo, 26ª ed., 2013, Editora Atlhas, p. 1082/1083)

Assim, se o ato descrito na petição inicial não se amolda perfeitamente ao conteúdo dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/1992, inexiste ato de improbidade administrativa.

Nos autos em epígrafe, o Ministério Público registra que a falta do médico Antônio, autorizada pela Gerente de Núcleo das Unidades de Saúde Letícia, configura ato de improbidade descrito no art. 11

2 "Art. 1.010. (...) § 3.º Após as formalidades previstas nos §§ 1.º e 2.º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade."

do mencionado diploma legal, pois viola princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e princípio da moralidade administrativa.

Não obstante argumentação apresentada pelo *Parquet,* a sentença (f. 297/301) corretamente rejeitou a inicial, pois o contexto fático detalhado no presente feito não configura ato de improbidade administrativa.

Conforme registrado na petição inicial (f. 1/10) e nas razões recursais (f. 308/326), as viagens do médico Antônio para acompanhar o Clube Esportivo Naviraiense totalizaram 3 (três) faltas injustificadas, número insuficiente para caracterizar inassiduidade habitual.

A ausência injustificada por motivos pessoais, para acompanhar time de futebol, ou por qualquer outro motivo, implica na perda da remuneração respectiva. Os documentos do processo demonstram que foi realizado o devido desconto do médico Antônio.

Igualmente, as consultas agendadas na Unidade Básica de Saúde Padre Antônio Koreman para os dias nos quais ocorreram as faltas do médico foram devidamente remarcadas.

Esporadicamente não é expressamente proibido que o servidor público ou o empregado celetista se ausente do local de trabalho por motivos pessoais, com a consequente redução proporcional da remuneração.

Noutro giro, importante mencionar que a vistoria realizada por membro do *Parquet* na Unidade de Saúde Padre Antônio Koreman no dia 16 de maio de 2013 (f. 24/25) evidencia que durante as viagens de Antônio a aludida unidade ficou desprovida de profissional médico.

Apesar da ausência do médico, o interesse público não sofreu prejuízos expressivos ao ponto de configurar violação ao princípio da supremacia do interesse público e da moralidade, pois, repiso, as consultas marcadas para os dias das faltas foram realizadas em momento posterior.

Diferentemente do alegado pelo Ministério Público, a leitura do documento de f. 173 isoladamente não permite concluir que houve um aumento do número de atendimentos nos dias 17 e 18 de abril do ano de 2013 em decorrência da falta do dia 16.04.2013, pois o referido documento não informa o número usual de atendimentos diários da unidade.

Nessa esteira, imperioso destacar que a Unidade Básica de Saúde - Programa de Saúde da Família não atende casos de maior gravidade e complexidade, conforme teor da Portaria nº 2.488/2011 do Ministério da Saúde[3]. Assim, ainda que o médico estivesse presente, pela função e estrutura da unidade, esta não seria destinatária de casos urgentes, os quais seriam direcionados para o Hospital de Naviraí.

Caso algum paciente da Unidade de Saúde Padre Antônio Koreman precisasse de encaminhamento urgente durante ausência do médico Antônio, mencionado ato poderia ser praticado por enfermeiro, conforme atribuições específicas do enfermeiro previstas na citada Portaria nº 2.488/2011, *in verbis:*

> (...) II - realizar consulta de enfermagem, procedimentos, atividades em grupo e conforme protocolos ou outras normativas técnicas estabelecidas pelo gestor federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, observadas as disposições legais da profissão, solicitar exames complementares, prescrever medicações e encaminhar, quando necessário, usuários a outros serviços; (...)

A ausência de médico, autorizada pela superior hierárquica, devidamente descontada na remuneração e com consultas dos pacientes remarcadas, evidencia mera irregularidade em razão de inexistência de substituição do médico.

3 Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>. Acesso em: 12.04.2017

Nessa esteira, não está demonstrada violação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e ao princípio da moralidade administrativa e consequente ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

Imperioso ressaltar que o objetivo precípuo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador desonesto, e não sancionar o gestor sem habilidade ou preparo para os trâmites administrativos, bem como o incompetente que pratica mera irregularidade.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento sobre inexistência de ato de improbidade administrativa nos casos de mera irregularidade:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. TRANSFERÊNCIA, DE OFÍCIO, PARA UNIVERSIDADE PÚBLICA FEDERAL. IRREGULARIDADES. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...)
>
> 4. **Ademais, a decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92.**
>
> 5. Recurso Especial não conhecido.
>
> (REsp 1512831/MG; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Ministro Herman Benjamin; Data do Julgamento: 13.12.2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 19.12.2016) *destaquei

Igualmente, inexistem indícios mínimos de participação do então prefeito Leandro Peres de Matos no suposto ato de improbidade administrativa.

Eventual proximidade do citado apelado com os outros apelados elencados nos autos em epígrafe, é cunhado de Letícia e torcedor do Clube Esportivo Naviraiense como Antônio, não é suficiente para concluir pela interferência na decisão de autorização de falta do médico com o objetivo de beneficiar o time de futebol.

Oportuno ressaltar que o próprio *Parquet* reconhece nas razões de apelação (f. 308/326), que a prova oral produzida no Inquérito Civil nº 23/2013 (f. 11/2012) aponta pela não contribuição de Leandro para os atos de ausência temporária discutidos no presente feito.

A sentença apelada rejeitou a petição inicial com fundamento no § 8º do art. 17 da Lei 8.429/1992.

> § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

Sobre o mencionado momento processual, Waldo Fazzio Junior esclarece:

> O indeferimento, com juízo de mérito, ocorre quando há convicção do juiz sobre a inexistência do ato de improbidade ou quando é improcedente a ação. Na primeira hipótese, pela leitura da inicial e da manifestação do requerido, o juiz se convence de que se trata de pretensão infundada, porque o ato apontado como ímprobo não se enquadra nas hipóteses previstas na legislação. No outro caso, há improcedência cabal tendo em vista a causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos do pedido). (...)

> A teor do art. 17, §§ 7º e 8º, da Lei 8.429/92, na ação de improbidade administrativa, na fase preambular, o juiz pode julgar o mérito da ação, vale dizer, se há ou não ato de improbidade administrativa. Rejeitar a exordial significa julgar improcedente o pedido do autor, porque convencido da inexistência de ato previsto na Lei n. 8.429/92.
>
> (Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2008, p. 325-326).

É plenamente cabível a rejeição da ação quando o magistrado *a quo* demonstra convencimento da inexistência de ato de improbidade administrativa, não sendo caso de mera "insuficiência probatória", que acarretaria a necessidade de recebimento da inicial com posterior instrução processual.

Oportuno ressaltar que o juízo de admissibilidade previsto no art. 17, § 8º da Lei 8.429/1992 cumpre a função de filtro das lides, para evitar tramitação de demandas que não possuem indícios de autoria e materialidade de atos de improbidade administrativa.

A sentença (f. 297/301) reconheceu a inexistência de ato de improbidade administrativa, *in verbis:*

> Portando, da análise da narrativa constante na petição inicial, bem como aos documentos a ela anexados, não vislumbro a existência de atos de improbidade praticados pelos Réus, devendo ser rejeitada a presente demanda.

A rejeição da petição inicial por inexistência do ato de improbidade administrativa devidamente demonstrada nos autos em sede de cognição sumária é possível e não viola o princípio do *in dubio pro societate.*

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECEBIMENTO DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICAS DE ATOS ÍMPROBOS. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E BASEADA EM CONSISTENTE ARCABOUÇO PROBATÓRIO**. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA PREJUDICADA.
>
> (...)
>
> 3. O Juízo de primeiro grau rejeitou a ação de improbidade, com fundamento no art. 17, § 8°, da Lei 8.429/1992, cuja sentença foi confirmada pelo Tribunal de origem.
>
> 4. Pelo teor do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Assim, havendo a presença de indícios razoáveis da prática de atos ímprobos, a ação deverá ser recebida. Porquanto, nesse momento processual, vigora o princípio *in dubio pro societate*.
>
> 5. **Todavia, no caso dos autos, ficou efetivamente demonstrada, com base no conjunto fático probatórios, a inexistência de ato ímprobo, conforme se evidencia dos excertos que reproduzo (fl. 525, e-STJ): "não se enquadrando o ato descrito na petição inicial como ímprobo, ou seja, típico, em face das hipóteses do art. 11, *caput* da Lei n° 8.429/92, não há sustentação jurídica suficiente para justificar o prosseguimento da presente ação de improbidade administrativa, o que impõe a manutenção da sentença singular".**
>
> 6. Reformar o acórdão que concluiu pela inexistência de indícios mínimos de cometimento de atos ímprobos demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

> 7. **O recorrente, portanto, na hipótese, não demonstrou as circunstâncias necessárias para sustentar a instauração da ação de improbidade em relação ao recorrido, tendo em vista que as instâncias ordinárias, amparadas nas provas dos autos, consideraram não haver indícios de atuação dolosa ou culposa, o que obsta o recebimento da inicial.**
>
> (...).
>
> Agravo interno improvido.
>
> (AgInt no REsp 1600403 / GO; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Ministro Humberto Martins; Data do Julgamento: 23.08.2016; Data da Publicação/Fonte: DJe 31.08.2016) *destaquei

Ante todo o exposto, conheço o presente recurso de apelação e nego provimento, para manter a sentença de f. 297/301.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 02 de maio de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0805976-54.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO ESTADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO – ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR PARA DIPERSÃO DE AGLOMERADO E MULTIDÃO – DISPARO DE BALAS DE BORRACHA – PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ARTIGO 186, DO CC – ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO CONSISTENTE EM EXCESSO OU ABUSO DO PODER – OBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS DESCRITOS NO MANUAL DE CONTROLE DE DISTÚRBIOS CIVIS – AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

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 as provas produzidas nos autos convergem para a conclusão de que a Polícia Militar agiu dentro dos limites de legalidade quando de sua atuação em ação de dispersão de aglomerado e multidão, sem que tenha havido qualquer excesso ou abuso de poder, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado, porquanto os policiais agiram no exercício regular do direito.

Com o provimento do recurso de apelação, é devida a redistribuição da sucumbência, na forma do artigo 85, *caput* e §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO AUTOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – RECURSO PREJUDICADO.

O provimento do recurso interposto pelo requerido, com a reforma da sentença para julgar improcedente a pretensão inaugural, prejudica a análise do apelo do autor no qual se objetivava majoração do valor indenizatório e dos honorários de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso de Estado de Mato Grosso do Sul e julgar prejudicado o apelo de José Guilherme Mônaco de Oliveira, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de abril de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

José Guilherme Mônaco de Oliveira e Estado de Mato Grosso do Sul interpuseram recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande nos autos da ação de indenização por danos morais e estéticos proposta pelo primeiro em desfavor do segundo.

No recurso interposto por José Guilherme Mônaco Oliveira (f. 727-735) foi defendido que deve ser majorado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais e estéticos.

Asseverou que foi agredido fisicamente pelos policiais, sendo atingido a queima roupa por um disparo de arma de fogo, sofrendo trauma psicológico e sequelas físicas.

Pretendeu, ainda, a majoração do valor dos honorários de sucumbência.

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de majorar a indenização por danos estéticos para R$ 35.000,00 e os danos morais para R$ 30.000,00; majorar os honorários de sucumbência para 20%, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC/2015.

O Estado apresentou contraminuta (f. 767-771) defendendo o desprovimento do recurso.

No apelo manejado pelo Estado de Mato Grosso do Sul (f. 736-754) foi alegada a ausência do dever de indenizar, uma vez que não é possível atribuir ato ilícito aos agentes públicos envolvidos na fatídica situação narrada na petição inicial.

Asseverou que o contexto probatório aportado aos autos comprova que os agentes públicos agiram no exercício regular do poder de polícia a eles conferido, inexistindo prova de que tenham se exacerbado na forma de agir.

Mencionou que o inquérito policial concluiu não ter havido qualquer transgressão da disciplina militar ou a prática de tipo penal pelos policiais envolvidos.

Enfatizou a necessidade de redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais e estéticos.

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença apelada, julgando improcedente a pretensão inaugural ou reduzindo as indenizações.

Em contraminuta (f. 757-762), o requerente defendeu o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por José Guilherme Mônaco de Oliveira e Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da comarca de Campo Grande nos autos da ação de indenização por danos morais e estéticos proposta pelo primeiro em desfavor do segundo.

Considerações iniciais

Inicialmente, para a melhor compreensão da controvérsia dos autos, faz-se mister tecer algumas considerações sobre os fatos que deram ensejo à demanda.

Conforme relatado na petição inicial, em 06.07.2012, dia em que acontecia uma partida de futebol referente à final do Campeonato Libertadores da América disputada entre os times brasileiro e argentino, Corinthians e Boca Júnior, o autor estava na Avenida Afonso Pena, esquina com a Rua Rio Grande do Sul, próximo à conveniência Cerv Já com seus amigos.

Afirmou que após o apito final do jogo, o Corinthians foi consagrado campeão, iniciando-se as comemorações que se concentraram naquela região. Também destacou que em determinado momento iniciou-se um tumulto, razão pela qual a polícia militar passou a fazer investidas contra a multidão, atirando com balas de borracha e bombas de efeito moral, sendo que um dos disparos atingiu o lado direito do tórax do autor, sendo que toda a situação por ele enfrentada lhe causou danos morais e estéticos. Assim, pediu a condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 e por danos estéticos no importe de R$ 35.000,00.

Após instrução processual, inclusive com a oitiva de testemunhas, o feito foi julgado parcialmente procedente em sentença assim fundamentada (f. 716-721):

> (...)
>
> Posto isso concluo que a quantia de R$ 5.000,00 para danos estéticos e R$ 5.000,00 para danos morais atende, satisfatoriamente, aos interesses do requerente e representa sanção ao requerido.
>
> Dispositivo
>
> Ante o exposto, julgo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC, procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos no importe de R$ 10.000,00, os quais deverão ser corrigidos monetariamente a partir da sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a partir do evento danoso 06/07/2012 (Súmula 54 do STJ).
>
> Para fins de correção monetária, remuneração do capital e compensação da mora atinente ao débito referido nesta sentença, deverão ser utilizados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.
>
> O requerido arcará com os honorários advocatícios da parte adversa os quais fixo em 10% do valor da condenação nos termos do artigo 85, § 3º, I do CPC.
>
> Sem custas por isenção legal.
>
> (...).

Inconformadas, ambas as partes recorreram.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise do recurso manejado pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

O requerido alegou a ausência do dever de indenizar, uma vez que não é possível atribuir ato ilícito aos agentes públicos envolvidos na fatídica situação narrada na petição inicial; que o contexto probatório

aportado aos autos comprova que os agentes públicos agiram no exercício regular do poder de polícia a eles conferido, inexistindo prova de que tenham se exacerbado na forma de agir; que o inquérito policial concluiu não ter havido qualquer transgressão da disciplina militar ou a prática de tipo penal pelos policiais envolvidos; a necessidade de redução do valor arbitrado a título de indenização por danos morais e estéticos.

Pois bem. Desde já deve ser ressaltado que 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.

Ademais, 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 e estéticos teriam sido causados pela suposta atuação negligente de policiais militares que efetuaram disparos com balas de borracha e lançaram bombas de efeito moral, atingindo o autor em seu tórax, o qual sofreu lesão corporal leve. 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.

Na hipótese em exame, ao contrário do que ficou decidido pelo magistrado sentenciante, não restou evidenciada a conduta ilícita praticada pelos policiais militares na ação de dispersão de multidão realizada

no dia 06.07.2012. Na realidade, ficou suficientemente comprovado que os agentes da polícia militar atuaram no estrito cumprimento do dever legal, sem praticar qualquer excesso ou abuso.

As provas testemunhais confirmam que após o encerramento da partida final do Campeonato Libertadores da América, ocorreu um tumulto nas imediações da conveniência Cerv Já, localizada na Avenida Afonso Pena esquina com a Rua Rio Grande do Sul, uma vez que os torcedores invadiam a avenida quando o semáforo fechava, e demoravam para sair quando o sinal abria, atrapalhando a circulação de veículos e pessoas naquele local.

Sendo assim, houve a necessidade de intervenção da polícia militar para a dispersão da multidão e retomada da circulação normal de carros e pessoas.

Inclusive, no inquérito policial militar instaurado para apuração de possíveis irregularidades ocorridas durante a ação, conclui-se que (f. 661):

> Após acurada das peças, ouvir a termo testemunhas e os possíveis autores concluo, SMJ que os policiais agiram no estrito cumprimento do dever legal no que tange ao uso do elastômero e agentes químicos utilizados na ação de CDC ocorrida no cruzamento da Av. Afonso Pena com a rua Rio Grande do Sul.
>
> Assim não se vislumbra, no referido ato, indícios de transgressão da disciplina. Em relação aos indícios do cometimento de crime, verifica-se estarem os mesmos presentes no crime de Lesão Corporal, porém, de acordo com o apurado, vislumbra-se, a presença de circunstâncias excludente de ilicitude do fato, tipificados no art. 23 do CPB.

Ora, é certo que os policiais envolvidos nesta operação agiram no estrito cumprimento do dever legal, sem qualquer excesso ou abuso de poder. Vale lembrar que a Polícia Militar tem a missão constitucional de garantir a segurança pública e a preservação da ordem pública por meio de um policiamento ostensivo, devendo exercer tal tarefa de forma segura.

Inclusive, a doutrina aponta que conquanto "investido da função de preservar a segurança e manter a ordem social, o policial, portando arma de fogo, natural instrumento perigoso, seja por entrega ou autorização do Estado, não está autorizado ao manuseio disparatado ou imprudente da mesma; de sua má utilização, resultando danos para os particulares, resulta para o ente público a obrigação de indenizar" (CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 414-415).

Por essas razões, os policiais militares possuem um procedimento padrão que deve ser observado nos casos de necessária intervenção para controle de aglomerados e multidões. Referido procedimento está minuciosamente descrito no Manual de Controle de Distúrbios Civis (f. 598-605).

A propósito, conforme se denota do boletim de ocorrência n.º 366/2012 (f. 112-116), a noite em que ocorreram os fatos narrados pelo autor foi marcada por diversos tumultos causados pelos torcedores, havendo a invasão de vias públicas, arremessos de garrafas e latas de cerveja contra os policiais que tentavam conter os agressores etc, forçando a polícia militar a adotar ações mais rígidas para que fosse restabelecida a ordem pública.

Referido documento relatou o seguinte:

> (...) Que por volta das 22:00h após o término do jogo, os torcedores, se deslocaram de local organizado pela prefeitura, e passaram a se concentrar na Conveniência denominada CERV-JÁ. Que durante a aglomeração, os torcedores tomaram a via pública, impedindo que os veículos trafegassem normalmente pela via, dando início a um engarrafamento, e ainda quando alguns veículos tentavam passar, eram impedidos pelos torcedores, que

> colocaram caixas de termicas no centro da via, bem como atiram objetos no interior dos veículos, desta forma desestabilizando a ordem no local. Que o Ten Rocha, agrupou, as equipes Rotac, Roca e Rocam, tomando posicionamento, de pelotão de controle de distúrbios civis, e utilizando-se da doutrina empregada para esse fim, deslocou ao centro, e passou a dar a Voz de dispersão, a qual não foi acatada, pelo multidão, que passou a atirar garrafas de vidro, latas de cerveja e copos com pedras. Que novamente o Tenente na função de comandante de pelotão de choque, deu nova ordem de dispersão, novamente não acatada, momento em que posicionou o pelotão, e inicio, a dispersão da multidão que continuou a jogar latas e garrafas contra o pelotão. Durante o uso da força, foi utilizado, os equipamentos de emprego não letal, disparos de espingarda calibre 12, com munições de impacto controlado o AM403, espargidores de Oleoresina de capsaicina (GL-108), Granadas de efeito moral (GL-304 e GB-704), Granada de luz e som (GL-307 e GB-707), Granada de Gás lacrimogêneo (GL-309), todas foram utilizadas dentro das especificações do fabricante bem como respeitado as distâncias de segurança. Que durante a dispersão as equipes foram identificando alguns dos indivíduos que estavam arremessando as garrafas, latas e copos, bem como alguns que estavam proferindo palavras a fim de menosprezar o trabalho de todos os policiais que ali atuavam. (...) Que após o término da dispersão foi liberado o trafego nas vias apresentou a esta equipe as pessoas de Clelia da Cruz Silva, José Guilherme Mônaco de Oliveira e Maria Gabriela de Campos Leite, informando que haviam sido lesionadas na mão direita, peito direito e perna esquerda, respectivamente. Que imediatamente solicitamos via CIOPS as equipes dos Bombeiros. Comparecendo ao loca a UR 38, comandada pelo Sgt Eduardo Lopes, que prestaram os primeiros socorros, as vítimas e as conduziram para a Santa Casa Local. (...) (*sic*.).

Ora, é cristalino que a atuação da Polícia Militar observou todas as fases descritas no manual de Controle de Distúrbios Civis (f. 598-605), utilizando, inicialmente, da ordem de dispersão e, não sendo obtido o fim almejado, passou-se ao emprego de agentes químicos, munições explosivas e munições de impacto controlado.

Registre-se que é uma obrigação da polícia militar adotar cautelas redobradas no emprego da força em atividades de segurança pública, mormente quando se emprega armamento, seja letal seja o não letal, porquanto potencialmente perigosos à incolumidade física.

No entanto, não há qualquer indício de que a atuação tenha ocorrido de forma imprudente, desprovida de cautela, tampouco de maneira excessiva.

Inclusive, no depoimento prestado pelo policial Gustavo Gonçalves Cardoso (f. 693) ficou confirmada a legalidade da atuação da polícia militar, *verbis*:

> (...) eu pertencia ao CIG COE e recebemos na data indicada uma ordem de serviço para ir até a Avenida Afonso Pena, em frente a conveniência Cerv Já; havia um jogo de campeonato de vulto, salvo engano com o corinthians jogando; havia um grande tumulto de pessoas, que estavam interditando a Avenida Afonso Pena na faixa bairro/centro; essas pessoas impediram o fluxo do transito e interditaram a via; essas pessoas não atendera ordem verbal dos policiais para liberar a Avenida; o proprietário da conveniência havia colocado grades de metal no alinhamento da calçado com a Avenida para que as pessoa NÃO entrassem na via públicas mas essas pessoas desencaixaram as grades umas das outras e foram para a Avenida; pedimos inúmeras vezes para essas pessoas liberarem a Avenida, alertando inclusive que iriam Os deter pessoas; ainda assim não liberaram e essa "lenga lenga" durou cerca de uma hora; para resolver o problema do trânsito, interditamos esse trecho dessa faixa da Avenida Afonso Pena , desviando o fluxo dos veículos; assim que tomamos essa providencia as pessoas passaram a interditar a outra faixa da Afonso Pena, sentido centro/Parque dos Poderes, demonstrando intenção de tumultuar mesmo o local; determinei que fosse formada uma linha, um pelotão de choque para então liberar a

> Avenida; no local havia policiais de transito, mas não sei se eles chegaram antes ou depois dos policiais do CIGCOE; depois que fizemos essa intervenção as pessoas aos poucos foram liberando aquela faixa da Avenida Afonso Pena e se concentraram no canteiro central e na faixa da Avenida sentido Parque dos Poderes/centro; nos policiais ficamos no canteiro central para impedir nova invasão da outra faixa da Afonso Pena, a partir de certo momento começamos a ser alvos de pedra, latinhas e garrafas de vidros arremessadas por essas pessoas, que também se aproximavam; passamos a atuar então como pelotão de choque; disparamos balas de elastômero nas pessoas que ofereciam risco para a tropa; foram lançadas também granadas para dispersar a multidão, primeiro contendo pó inócuo e depois granadas com substancia lacrimogênea; (...). Dada a palavra à Procuradora do Estado: não sei precisar quantas pessoa haviam, mas eram muitas já que ocupavam toda a Avenida Afonso Pena em frente a conveniência Cerv Já, bem como os espaços dentro do estabelecimento; além disso uma parte da Rua Rio Grande do Sul também era ocupada; poderia ter cerca de 3 mil pessoas; esse número ou contingente de policiais, CIG-COE, policiais de trânsito e cavalaria, não seriam acionados se houvesse poucas pessoas, se houvesse umas 30 pessoas como perguntado; quando haja cerca de 30 pessoas basta uma guarnição do tático ou à época do CIG-COE, normalmente composta por 4 policiais para contem essas pessoas; a policia militar já tinha uma operação programa para essa data, em razão do jogo, sendo que a conveniência Cerv ***Já era um foco secundário, sendo o foco primário a praça do Rádio Clube onde havia um telão***; por fim a conveniência tornou-se o foco principal da atuação da polícia em razão do tumulto; cerca de 15 a 20 pessoas foram detidas naquela noite, por desobediência a ordem, desacato, tentativa de lesão corporal, as consequências do tumulto; salvo engano também houve danos a veículos; esse local, conveniência Cerv já, já foi local de inúmeras ocorrências desse tipo; eu mesmo já «fechei» o estabelecimento várias vezes; sempre conferimos o horário de funcionamento já que o estabelecimento costuma desrespeitar; nesse dia também descumpriu o horário de funcionamento previsto no alvará; as pessoas que são atingidas por balas de elastômero normalmente são detidas e encaminhadas autoridade policial; como o batalhão de choque atua para dispersar multidões ou tumultos, pode ocorrer de alguma pessoa ser atingidas em que estivesse praticando qualquer ato contra a polícia; de qualquer forma, todas as pessoas atingidas estavam no local e não teriam sido atingidas se estivessem para trás da tropa de choque; a guarnição não chega atirando a esmo. Dada a palavra ao Advogado do Requerente: durante a realização do jogo havia policiamento no local; eu mesmo cheguei ao local antes do início e lá permaneci durante todo o jogo; embora não seja comum o batalhão de choque atuar de forma antecipada, porque a chegada do pelotão de choque muitas vezes já é suficiente para afastar as pessoas, só pelo temor que causa pelo possível emprego de força; o policiamento rotineiro da cidade também ocorreu naquela noite; não há emprego de arma com bala de elastômero contra grupo pequeno de pessoas que não esteja em atitude de agressão e ou que esteja afastada da multidão ou do tumulto; como já disse, a atuação como pelotão de choque ocorreu para liberar a Avenida Afonso Pena ao trânsito de veículos e pessoas, bem como para dispersar a multidão. (...) – destacado.

Portanto, o autor somente foi atingido pela bala de borracha porque estava em meio ao tumulto que a polícia tentava conter, não havendo qualquer justificativa para a imposição de penalidade civil ao Estado em razão de uma atuação regular da polícia.

Aliás, em casos análogos, assim já decidiu os Tribunais pátrios:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMANDANTE QUE SE ENCONTRAVA EM VIA PÚBLICA, EM ATITUDE SUSPEITA. ABORDAGEM POR POLICIAL MILITAR À PAISANA. RECUSA DO AUTOR EM IDENTIFICAR-SE. COMPARECIMENTO AO LOCAL DE VIATURA DA BRIGADA MILITAR VISANDO ESCLARECER A SITUAÇÃO E IDENTIFICAR OS

INDIVÍDUOS SUSPEITOS. FALHA DO SERVIÇO INDEMONSTRADA. POLICIAIS MILITARES QUE ATUARAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. AUSÊNCIA DE EXCESSO, ABUSO OU ARBITRARIEDADE NA ATUAÇÃO DELES.

O Estado responde objetivamente, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados por seus agentes no exercício da função ou em razão dela. Incidência do art. 37, § 6º, da CF.

A conduta irregular, desarrazoada ou exorbitante do servidor público faz presumir a sua má escolha para a missão que lhe foi confiada pelo ente de direito público.

Do conjunto probatório não se extrai qualquer evidência de conduta ilegal ou abusiva dos policiais militares, abordado em via pública em atitude suspeita.

Atuação policial que não extrapolou o estrito cumprimento do dever legal. Sentença de improcedência da ação confirmada. Apelo Desprovido" (TJRS; Apelação Cível n.º 70056516479, Nona Câmara Cível, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/08/2014) – destacado.

Apelação cível. Responsabilidade civil. Pedido de indenização por danos morais. Preliminar de intempestividade afastada. O prazo recursal começa a correr a contar da ciência inequívoca da decisão. Desnecessidade de aguardar a publicação da sentença. Princípio da celeridade processual. Ação movida contra o Estado em virtude da atuação da Brigada Militar em tumulto generalizado. A atuação policial foi regular e no cumprimento de dever legal. Inexistência do dever de indenizar. Exercício regular do poder polícia. Inocorrência de abuso de direito. Ainda que a responsabilidade do Estado repouse na teoria objetiva, prescindindo do elemento culpa, a caracterização do dever de indenizar do ente público exige, necessariamente, a comprovação não apenas do evento danoso, como também da existência da conduta e do nexo de causalidade entre ambos, o que não ocorreu na espécie, visto que a atuação dos agentes policiais foi pautada pela estrita legalidade. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Apelo do Estado provido. Apelo do autor prejudicado, por maioria, vencido o Presidente, que negava provimento a ambos os recursos (TJRS; Apelação Cível n.º 70060022902, Sexta Câmara Cível, Julgado em 28/08/2014) – destacado.

Portanto, frise-se, se o autor foi atingido por um disparo de bala de borracha, tal fatalidade não deve ser de responsabilidade estatal, mormente porque a atuação policial ocorreu dentro dos limites da legalidade, sem qualquer abuso ou excesso que justifique a imposição do dever de indenizar.

Sendo assim, o recurso interposto pelo Estado deve ser provido, para o fim de reformar a sentença apelada, julgando improcedente a pretensão inaugural.

Honorários de sucumbência

Diante do provimento do recurso interposto pelo Estado, com a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais, é necessária a modificação da forma de distribuição dos ônus da sucumbência, porquanto o artigo 85, do CPC/2015 estabelece que "A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor".

Com relação aos honorários advocatícios, sua fixação deve ser feita em conformidade com o que estabelece o artigo 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

Portanto, analisando o trabalho desenvolvido em grau recursal pelo patrono do requerido (Estado), além do provimento do recurso por ele manejado, bem como atento às diretrizes estabelecidas nos incisos

acima referidos, tenho que a verba honorária em favor do patrono do requerido deve ser fixada em 15% sobre o valor atualizado da causa.

Recurso interposto pelo autor

Por sua vez, o autor, José Guilherme Mônaco Oliveira, defendeu que: deve ser majorado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais e estéticos; foi agredido fisicamente pelos policiais, sendo atingido a queima roupa por um disparo de arma de fogo, sofrendo trauma psicológico e sequelas físicas; deve ser majorado o valor dos honorários de sucumbência.

Diante do provimento do recurso manejado pelo Estado, julgando improcedente os pedidos iniciais, fica prejudicada a análise do apelo interposto pelo autor, no qual objetivava-se a majoração do *quantum* indenizatório e dos honorários de sucumbência.

Portanto, o recurso deve ser julgado prejudicado.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento para o fim de reformar a sentença apelada, julgando improcedente a pretensão inaugural. Alcançado este desiderato, condeno o requerente ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência, os quais arbitro em 15% sobre o valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC/2015, ficando suspensa sua exigibilidade conforme artigo 98, § 3º, do CPC/2015.

Por sua vez, julgo prejudicado o apelo interposto por José Guilherme Mônaco de Oliveira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso de Estado de Mato Grosso do Sul e julgaram prejudicado o apelo de José Guilherme Mônaco de Oliveira, 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, 18 de abril de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0806445-63.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA QUE, NA VERDADE, SE REFERE À IRRESIGNAÇÃO QUANTO A EXCLUSÃO DE UM DOS RÉUS DO PÓLO PASSIVO – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO AFIXAÇÃO DE *OUTDOOR* E DISTRIBUIÇÃO DE PANFLETOS NO MUNICÍPIO ONDE OS AUTORES SÃO VEREADORES – INEXISTÊNCIA DE CARÁTER INFORMATIVO – DIZERES OFENSIVOS À HONRA – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

Não obstante a corré Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes trazer nas razões do apelo um tópico referente à sua ilegitimidade passiva *ad causam,* o que a recorrente pretende, a rigor, é o reconhecimento "(...) como parte legítima para compor o polo passivo e também arcar com o pagamento da indenização o sindicado ADUEMS, juntamente com os outros dois sindicatos ADUF e SIMTED, a adimplir com a respectiva obrigação, de forma equivalente entre os réus, sem que haja favorecimento para um deles (...)". Preliminar afastada.

Muito embora o sindicato apelante (SIMTED) busque conferir conotação informativa aos termos do que foi divulgado nos panfletos e *outdoors*, o certo é que de sua leitura verifica-se exatamente o oposto, ou seja, exposição eminentemente sensacionalista, com o propósito de macular a imagem dos autores, tanto que não se extraem das publicações as informações que o sindicato alega que queria repassar à sociedade. Dano moral configurado.

Valor de reparação mantido, porquanto arbitrado em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso de Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados - Seção Sindical da Andes, nos termos do voto do relator. Por igual *quorum*, negar provimento ao apelo de Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação - Simted, nos termos do voto do 1º Vogal, após o relator retificar seu voto.

Campo Grande, 9 de maio de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS – SIMTED e Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes apelam da sentença proferida pelo juiz da 2ª vara cível da comarca de Dourados que, nos autos da ação de obrigação de não fazer cumulada com reparação de danos morais ajuizada por Aguilera de Souza, Alberto Alves dos Santos, Alcirio Zanata, Aparecido Medeiros da Silva, Cirilo Ramão Ruis Cardoso, Idenor Machado, Juarez de Oliveira, Madson Roberto Pereira Valente, Marcelo Pereira Mourão, Maurício Roberto Lemes Soares, Nelson Mauro Sodário de Oliveira, Pedro Alves de Lima e Sérgio Nogueira, confirmando a liminar deferida *initio litis,* condenou-os, solidariamente, ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais para cada um dos autores.

Em suas razões, Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS – SIMTED alega, em síntese, que sua atitude não excedeu os limites do seu direito à livre manifestação do pensamento; os dizeres externados pela categoria por meio de *outdoors* e panfletos não caracterizam afronta à dignidade dos apelados, bem como não o foram de forma leviana ou gratuita, já que alicerçados em fatos verdadeiros, ocorridos durante a tramitação do projeto que instituiu o Plano Municipal de Educação - PME na câmara municipal de vereadores; as expressões "traíra" e "os traidores do povo que passaram a mão na educação" identifica que os vereadores vetaram estratégias e metas do Plano Municipal de Educação, que assegurariam a qualidade da educação básica e superior, bem como a valorização dos trabalhadores em educação; não se trata de injúria, cunho pejorativo ou sensacionalismo, já que os réus, seus representados e a sociedade douradense sentiram-se traídos; imputar-lhe atos de injúria, sensacionalismo, veiculação de críticas, opiniões exorbitantes e desproporcionais é coadunar com a perpetuação de grave injustiça à categoria da educação; o único objetivo das publicações foi o de noticiar à população douradense o ocorrido; os três sindicatos que constam como autores nos *outdoors* reuniram-se e decidiram denunciar o descaso e desrespeito dos vereadores com a sociedade douradense; as manifestações postas nos *outdoors* e panfletos estão fundadas no agir contraditório dos edis e amparadas em fatos verdadeiros; e que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais se revela exagerado e desproporcional aos fatos narrados. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial; sucessivamente, requer seja o valor fixado a título de indenização por danos morais reduzido (f. 419-431).

Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes, por sua vez, alega, preliminarmente, que não é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação, assim como a ADUEMS, cuja ilegitimidade foi reconhecida. No mérito, aduz que o valor da indenização deve ser dividido igualitariamente entre todos os sindicatos. Pede provimento do recurso para, reconhecendo sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, seja o feito extinto em relação a si; sucessivamente, requer que o valor da indenização arbitrada a título de danos morais seja distribuído de forma isonômica entre os três sindicatos originariamente constantes do polo passivo (f. 445-451).

Contrarrazões às f. 462-465.

Foi determinado à corré Seção Sindical dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados (Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes) que efetuasse o recolhimento do preparo recursal em dobro, sob pena de deserção (f. 475-476) e ela assim o fez (f. 477-479).

VOTO (EM 07/03/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS - SIMTED e Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes apelam da sentença proferida pelo juiz da 2ª vara cível da comarca de Dourados que, nos autos da ação de obrigação de não fazer

cumulada com reparação de danos morais ajuizada por Aguilera de Souza, Alberto Alves dos Santos, Alcirio Zanata, Aparecido Medeiros da Silva, Cirilo Ramão Ruis Cardoso, Idenor Machado, Juarez de Oliveira, Madson Roberto Pereira Valente, Marcelo Pereira Mourão, Maurício Roberto Lemes Soares, Nelson Mauro Sodário de Oliveira, Pedro Alves de Lima e Sérgio Nogueira, confirmando a liminar deferida *initio litis,* condenou-os, solidariamente, ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais para cada um dos autores.

Em suas razões, Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS - SIMTED alega que sua atitude não excedeu os limites do seu direito à livre manifestação do pensamento; os dizeres externados pela categoria por meio de *outdoors* e panfletos não caracterizam afronta à dignidade dos apelados, bem como não o foram de forma leviana ou gratuita, já que alicerçados em fatos verdadeiros, ocorridos durante a tramitação do projeto que instituiu o Plano Municipal de Educação - PME na câmara municipal de vereadores; as expressões "traíra" e "os traidores do povo que passaram a mão na educação" nada mais identifica que os vereadores vetaram estratégias e metas do Plano Municipal de Educação, que assegurariam a qualidade da educação básica e superior, bem como a valorização dos trabalhadores em educação; não se trata de injúria, cunho pejorativo ou sensacionalismo, já que os réus, seus representados e a sociedade douradense sentiram-se traídos; imputar-lhe atos de injúria, sensacionalismo, veiculação de críticas, opiniões exorbitantes e desproporcionais é coadunar com a perpetuação de grave injustiça à categoria da educação; o único objetivo das publicações foi o de noticiar à população douradense o ocorrido; os três sindicatos que constam como autores nos *outdoors* reuniram-se e decidiram denunciar o descaso e desrespeito dos vereadores com a sociedade douradense; as manifestações postas nos *outdoors* e panfletos estão fundadas no agir contraditório dos edis e amparadas em fatos verdadeiros; e que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais se revela exagerado e desproporcional aos fatos narrados. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial; sucessivamente, requer seja o valor fixado a título de indenização por danos morais reduzido (f. 419-431).

Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes, por sua vez, alega preliminarmente que não é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação, assim como a ADUEMS, cuja ilegitimidade foi reconhecida. No mérito, aduz que o valor da indenização deve ser dividido igualitariamente entre todos os sindicatos. Pede provimento do recurso para, reconhecendo sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, seja o feito extinto em relação a si; sucessivamente, requer que o valor de reparação moral seja distribuído de forma isonômica entre os três sindicatos originariamente constantes do polo passivo (f. 445-451).

Passo à análise das matérias devolvidas a este Tribunal para discussão em ambos os recursos, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de ilegitimidade passiva arguida nas razões do apelo interposto pela Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes.

Não obstante a corré Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes alegar que:

> (...) "nada mais fez do que se unir a classe e lutar pelo cumprimento das leis que guiam a educação no brasil, bem como pela aprovação de um plano municipal de educação mais próximo possível do plano nacional" (f. 448) e que "(...) se tal ilegitimidade foi aplicada para a ADUEMS, a qual não tem nenhuma relação com o município, a mesma ilegitimidade deveria também ser aplicada para a ADUF, uma vez que esta não tem ligação com o órgão municipal, ou seja, se trata de sindicato federal para os servidores federais" (f. 448), o que ela pretende, de fato, é o reconhecimento "(...) como parte legítima para compor o polo passivo e também arcar com o pagamento da indenização o sindicado

> ADUEMS, juntamente com os outros dois sindicatos ADUF e SIMTED, a adimplir com a respectiva obrigação, de forma equivalente entre os réus, sem que haja favorecimento para um deles" (...) (f. 450).

Pois bem. Vê-se da decisão de f. 379-380 que a exclusão da corré Seção Sindical dos Docentes da Fundação Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - ADUEMS do polo passivo da presente ação não se deu em razão do reconhecimento da ilegitimidade passiva dela, mas em decorrência de um acordo celebrado com os autores.

Não se sustentam, neste ponto, as razões trazidas pela corré Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes no recurso de apelação por ela interposto.

Desta forma, afasto a preliminar arguida.

Danos morais

A presente ação de indenização tem como suporte fático a afixação de determinado *outdoor* e a distribuição de panfletos no município de Dourados, onde os autores são vereadores, por iniciativa dos réus, com os dizeres "Os traidores do povo que passaram a mão na educação" e "traíras", este último sobre as fotos dos autores estampadas nos aludidos meios de comunicação.

Segundo o corréu Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS - SIMTED, os dizeres externados pela categoria por meio de *outdoors* e panfletos não caracterizam afronta à dignidade dos apelados, bem como não o foram de forma leviana ou gratuita, já que alicerçados em fatos verdadeiros, ocorridos durante a tramitação do projeto que instituiu o Plano Municipal de Educação - PME na câmara municipal de vereadores e que o único objetivo das publicações foi o de noticiar à população douradense o ocorrido.

Pois bem. Louvável seria a atuação dos réus com vistas à proteção dos interesses da população do município de Dourados, não fosse a forma com que se deu a divulgação da suposta vedação pelos autores das estratégias e metas do Plano Municipal de Educação, que assegurariam a qualidade da educação básica e superior, bem como a valorização dos trabalhadores em educação.

Como pontuou o juiz singular:

> (...) Quando se fala em legítima atuação dos Sindicatos não se está referindo apenas às suas manifestações em favor das classes que representam, mas à veiculação de informações de interesse geral e público, seja em razão do conteúdo da notícia, seja por conta da condição pública da pessoa a que esta se reporta, quando, então, sobretudo, deverá ser difundida de forma adequada, moderada e sem oportunismo.
>
> (...)
>
> Note-se então que a atividade informativa e/ou de opinião dos Sindicatos, quando exercida licitamente, de forma responsável, com rigor o objetividade, se traduz sim, tal qual alegam os RR, no exercício regular do direito à liberdade de expressão e à informação, e legitima-lhes a prevalência, numa situação concreta, sobre os direitos fundamentais, dentre os quais a honra, sem que se possa falar em abuso.
>
> (...)
>
> Nesta linha de raciocínio, analisando a documentação colacionada aos autos (fls. 29/31), na esteira dos ensinamentos doutrinários supra transcritos, entendo que o Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação – SIMTED e a Seção Sindical dos Docentes

> da Fundação da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – ADUEMS, ao veicularem propagandas estampadas com as imagens de cada um dos Autores, atribuindo-lhes a prática de conduta delituosa ("Os traidores do povo que passaram a mão na educação") e o adjetivo chulo e pejorativo de "TRAÍRA", em letras destacadas e garrafais, sem nem ao menos esclarecer à população a razão e/ou os fatos que ensejaram a afronta, excederam os limites de seu direito à livre manifestação do pensamento, maculando visivelmente a honra subjetiva dos vereadores, fato este suficiente para ensejar a reparação pretendida.
>
> Note-se, *in casu, n*ão se tratou de publicidade com caráter de informação e/ou de mera crítica contundente à atuação dos vereadores, veiculada com o escopo de informar e/ou defender/atender os interesses de seus sindicalizados, mas sim de um ato grosseiro, desrespeitoso e acintoso à dignidade dos Autores.
>
> (...) (f. 403-406).

Muito embora o sindicato apelante (SIMTED) busque conferir conotação informativa aos termos do que foi divulgado por meio dos panfletos e *outdoor* indicados nos autos, o certo é que de sua leitura verifica-se exatamente o oposto, ou seja, exposição eminentemente sensacionalista, com o propósito de macular a imagem dos autores, tanto que não se extraem das publicações as informações que os réus alegam que queriam repassar à sociedade.

Sou um defensor da livre manifestação do pensamento, desde que feita com sabedoria e respeito, sem palavras sórdidas, chulas ou vulgar, enfim sem assacadilhas. Até na dura crítica a livre manifestação do pensamento deve se pautar na ética e na verdade real.

Sérgio Cavalieri Filho[1], sobre o tema "liberdade de expressão", leciona:

> É o direito de expor livremente uma opinião, um pensamento, uma ideia, seja ela política, religiosa, artística, filosófica ou científica. A liberdade de expressão nada tem a ver com fatos, com acontecimentos ou com dados ocorridos. Tudo se passa no mundo das ideias, sem qualquer compromisso com a veracidade e a imparcialidade. Por liberdade de expressão, dizem os autores, entende-se que qualquer pessoa tem o direito de expor livremente suas ideias, os seus pensamentos as suas convicções, respeitada, a toda evidência, a inviolabilidade da privacidade de outrem. Não posso dizer o que quiser sobre a vida privada de outrem porque a própria Constituição não permite.

Alexandre de Moraes[2], por sua vez, ensina:

> (...) A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo.
>
> (...)
>
> Obviamente que, assim como os demais Direitos Fundamentais, o exercício da liberdade de expressão não é absoluto, sofrendo restrições perante a análise de compatibilidade e razoabilidade com o conjunto das previsões constitucionais, entre elas, a proibição ao racismo e qualquer forma de preconceito, a proteção à criança e adolescente, além da possibilidade de indenização por danos morais e à imagem, consagrando ao ofendido a total reparabilidade em virtude de prejuízos sofridos".

1 Disponível em http://www.editorajc.com.br/2007/07/a-protecao-da-privacidade-e-a-responsabilidade-civil/. Acesso no dia 02/03/2017, às 15:05 horas.

2 **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 129-130.

Como se vê, esbarram os direitos à liberdade de expressão e informação nos limites impostos pelo direito à honra, ambos consagrados constitucionalmente, sendo "(...) a relatividade desses direitos que estabelece o ponto de equilíbrio e estabelece as balizas e limites além dos quais se ingressa no campo do abuso do poder, convertendo o ato legítimo no antecedente em ilegítimo no conseqüente pelo desbordamento do seu exercício, ingressando-se, a partir de então, no campo da responsabilidade penal ou civil e nascendo, então, a obrigação de reparar e o direito de obter essa reparação"[3].

Por não vislumbrar qualquer indício de caráter informativo nas divulgações feitas pelos réus, eivadas, pelo contrário, de manifesto desrespeito, dando a ideia de que os autores, desvirtuando interesses legítimos da área da educação, traíram aqueles (interesses) da população douradense, hei por bem manter a sentença que os condenou ao pagamento de indenização por danos morais.

Quantum indenizatório

O apelante Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS - SIMTED requer a redução do *quantum* fixado a título de reparação moral, por entender que o valor arbitrado pelo juízo singular afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O direito da personalidade é extremamente propício à discussão, em razão de distinguir a individualidade de uma pessoa, até mesmo a jurídica, a características de padrões determinantes.

Diante destas premissas, tem-se como certo que o afetamento da individualidade, do âmago, não tem padrão: o que é ofensivo a uns, não é a outros. Não há padrão na análise da inviolabilidade dos direitos de personalidade.

No caso em apreço, os autores absorveram a divulgação feita pelos réus como agressiva, desonrosa, ofensiva a sua pessoa, diferentemente da visão dos réus, para quem a matéria teve a função precípua de informar a população.

Os argumentos dos réus não me convenceram no sentido de que a publicação indicada na petição inicial estivesse restrita ao dever informativo, já que sua leitura inviabiliza assim concluir.

Trata-se de ponto crítico para o julgador a fixação dos danos morais. Sempre é ele controvertido pelos litigantes. O ofendido sempre quer mais e o ofensor menos.

O art. 944 do Código Civil empreende a seguinte postura: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Trata-se do princípio *restituo in integrum*.

Difícil medir o valor da dor moral dada a subjetividade, de modo que, na busca de equalizar a questão, tem-se procurado a dosimetria nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, na capacidade econômico-financeira dos envolvidos.

Sobre o arbitramento do dano moral, merece destaque os ensinamentos do professor Sergio Cavalieri Filho[4]:

> 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

3 STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil**, São Paulo: RT, 2004, p. 1.742.

4 **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2008. p. 93.

> dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano**.** Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.

A respeito do tema, oportuno lembrar, ainda, a lição de Maria Helena Diniz[5]:

> Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por eqüidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

Tais critérios também são observados pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> No que tange ao *quantum* indenizatório, desnecessária a excepcionalíssima intervenção deste STJ, mormente quando evidenciado que o arbitramento do valor da compensação por danos morais e estéticos foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso e, assim, possível modificação do respectivo *quantum* indenizatório requer o revolvimento de provas, o que é inadmitido em sede de recurso especial, ante o impedimento da Súmula 7/STJ. (STJ -AgRg no AREsp 548.900/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016).

Na espécie, não obstante o sobrelevo do conteúdo da divulgação perpetrada pelos réus, excessivo nas tintas, com adjetivações de agudeza desmedidas, tenho que o valor arbitrado a título de danos morais para cada um dos autores, mormente considerando o número dos litisconsortes ativos (13), merece redução.

Tenho que o valor de reparação de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos autores, atende satisfatoriamente o caso concreto, promovendo-se, desta forma, o desestímulo dos réus na reiteração da conduta abusiva, bem como a compensação devida às vítimas, respeitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Referidos valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGP-M/FGV a contar da data da publicação do acórdão e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do evento danoso (Súmula 54, STJ).

Posto isso, conheço de ambos os recursos. Nego provimento ao recurso da corré Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados Seção Sindical da Andes. Em contrapartida, dou parcial provimento ao recurso do corréu Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS - SIMTED para fixar o valor de reparação moral em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos

5 **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5. ed. 7 v. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 78/79.

autores, cujo valor deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV a contar da data da publicação do acórdão e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da data do evento danoso (Súmula 54, STJ). Considerando que "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca" (Súmula 326, STJ), ainda que tenha havido o parcial provimento do apelo interposto pelo Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação de Dourados/MS - SIMTED, aos réus incumbirá o pagamento integral das verbas sucumbenciais, motivo pelo qual deixo de aplicar o disposto no § 11 do artigo 85 do CPC.

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso de Associação dos Docentes da Universidade Federal da Grande Dourados - Seção Sindical da Andes, nos termos do voto do relator. Em relação ao apelo de Sindicato Municipal dos Trabalhadores Em Educação - SIMTED, a conclusão de julgamento foi adiada para a sessão de 21/03/2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Júlio), após o relator dar-lhe parcial provimento. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 09/05/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria debatida, mais precisamente quanto pedido de redução da indenização por danos morais.

E, em que pese o brilhantismo dos ensinamentos prestados pelo e. relator, hei por bem divergir de sua decisão de reduzir o dano moral de R$ 15.000,00 para R$ 10.000,00.

Isso porque, muito embora o número expressivo de litisconsortes ativos nos autos (13), o fato é que restou devidamente comprovada que a propaganda realizada pelos réus atingiu diretamente a honra dos autores, vez que tornou-se pública por meio da rede mundial de computadores, panfletos e *outdoors*, atingindo um número incalculável de pessoas e com repercussão e impacto ainda maiores.

Desta feita, divirjo do e. relator apenas para manter a indenização arbitrada na r. sentença. Assim, nego provimento a ambos os recursos de apelação interpostos, mantendo a determinação do e. relator quanto ao ônus de sucumbência.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o 1º Vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Após ouvir o voto do 1º vogal, hei por bem acompanhá-lo no que toca à manutenção do valor da condenação imposta aos réus pelo juiz singular.

Como ressaltou o eminente vogal "(...) muito embora o número expressivo de litisconsortes ativos nos autos (13), o fato é que restou devidamente comprovada que a propaganda realizada pelos réus atingiu diretamente a honra dos autores, vez que tornou-se pública por meio da rede mundial de computadores, panfletos e *outdoors*, atingindo um número incalculável de pessoas e com repercussão e impacto ainda maiores".

Com efeito, o grau de malferimento à honra dos autores, ora apelados, pessoas públicas, representantes da população douradense, levado a cabo pelas palavras e expressões utilizadas pelos réus, manifestamente desrespeitosas, como defendido, permite concluir pela razoabilidade e proporcionalidade do valor arbitrado pelo juízo singular.

Assim, acompanho o voto proferido pelo 1º vogal.

Posto isso, conheço e nego provimento a ambos os recursos. Nos termos do § 11 do artigo 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, totalizando 12% (doze por cento).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recuso de Associação dos docentes da Universidade Federal da Grande Dourados - Seção Sindical da Andes, nos termos do voto do relator. Por igual quórum, negaram provimento ao apelo de Sindicato Municipal dos Trabalhadores em Educação - SIMTED, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator retificar seu voto.

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, 09 de maio de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800572-10.2014.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO – SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – CONTATO TELEFÔNICO COM CONSUMIDOR COM OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE ADESÃO A PLANO PÓS-PAGO COM ADVERTÊNCIA DE FIDELIZAÇÃO E OFERECIMENTO DE APARELHO CELULAR GRATUITO – MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE POR PARTE DO CONSUMIDOR – NÃO COMPARECIMENTO DO PREPOSTO DA EMPRESA DE TELEFONIA NA DATA CONVENCIONADA – MODIFICAÇÃO REALIZADA – CONHECIMENTO DO CONSUMIDOR QUANDO BUSCOU A LOJA DA EMPRESA PARA MUDANÇA DE PLANO – CONTRATO COM ASSINATURA FALSA – AJUIZAMENTO DA AÇÃO *INCONTINENTI* À SÚPLICA DO CONSUMIDOR JUNTO A EMPRESA – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – AUSÊNCIA DE RELATO NA INICIAL DE EXPOSIÇÃO CONSTRANGEDORA POR PARTE DA EMPRESA – RECURSO PROVIDO.

Ocorre dano moral quando há 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.

Não existindo no relato dos fatos constitutivos do direito do autor qualquer situação lesiva no seu âmago, pelo fato de ter a empresa operadora de telefonia celular modificado plano com base em contrato cuja firma lançada é falsa, afasta-se danos morais, pois evidente tratar-se de situação causadora de aborrecimento, sem, contudo, trazer em si ofensa ao direito de personalidade, mesmo porque, tão logo constatada a irregularidade e sem dar tempo à empresa para regularizar a situação, ajuizou a demanda para estancar qualquer efeitos decorrentes do contrato 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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Americel - Claro S/A apela da sentença que lhe condenou a indenizar moralmente Fábio Lopes de Paula com o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme pedido por este formulado na ação declaratória de nulidade de ato jurídico c/c indenização.

Alega não ser devida a indenização porque o fato narrado na inicial pelo apelado não se enquadra na hipótese de dano moral presumido, tanto que assentado na jurisprudência ... que a mera cobrança/ mero descumprimento contratual não pode ser elevada a uma situação que acarreta danos aos direitos personalíssimos da parte apelada, ainda mais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) (f. 156).

Caso seja mantida a condenação pede a redução do valor arbitrado, por não estar de acordo com princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Contrarrazões às f. 171-176.

VOTO (EM 04/04/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Relatou o autor na inicial a titularidade da linha de telefone móvel mantida pela ré, daí porque, no mês de agosto de 2013 foi contatado, via telefone, por uma pessoa que se identificava como agente ou representante da empresa, oferecendo-lhe adesão a planos de serviços pós-pago - SMP, cuja situação preservava a manutenção do plano já utilizado, agraciava-lhe com troca de aparelho celular, impondo, por outro lado, fidelização por 1 (um) ano ao plano e aos serviços da ré.

Como acenou favoravelmente para a proposta, acertaram dia e hora para as tratativas e assinatura do respectivo contrato, o que não ocorreu.

Todavia, com o propósito de minimizar custos, no mês de março/2014 procurou a loja da ré em Campo Grande e lá foi surpreendido com apresentação de contrato firmado em 09.08.2013 de manutenção do plano em uso, fidelização e recebimento do novo aparelho celular da marca e modelo Samsung Galaxy Acy, nº de série 352346056682900, oportunidade em que impugnou a contratação porque as tratativas não haviam sido feitas e a assinatura não partiu de seu punho, cuja falsidade é constatável a olho nu.

Neste instante a ré afirmou que iria tomar providências necessárias para torná-lo sem efeito e que lhe comunicaria, sem, contudo, fazê-lo, até o ajuizamento da ação (19.03.2014).

A ré apresentou defesa (f. 17-29).

O exame grafotécnico realizado na assinatura constante do contrato (f. 12) concluiu pela sua inautenticidade (f. 108-114), daí porque entendeu o juiz pela procedência dos pedidos formulados pelo autor, declarando a inexistência da relação jurídica, condenado a ré a indenizar o autor com a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

Daí o recurso, no qual alega que não há se falar em danos morais porque a situação em si não tem o condão de causar danos anímicos, mas mero aborrecimento e que o valor arbitrado macula princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre os danos morais fundamentou o juiz:

> (...) Como se sabe, a empresa ré responde objetivamente pelos danos causados aos seus clientes na prestação de serviços, nos termos do art. 6º, inc. VI c/c art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não havendo, por isso, que se perquirir acerca da conduta culposa, eis que considerada presumida pelo legislador infraconstitucional.
>
> O Código Civil determina àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral,

fica obrigado a repará-lo (arts. 186 c/c 927) e, no caso em exame, restou configurado dano moral passível de reparação pecuniária, por violação a atributo da personalidade, prescindindo-se da prova do prejuízo, uma vez que o simples fato da violação caracteriza o dano, independentemente da comprovação, em concreto, de qualquer situação vexatória vivenciada pela vítima.

O dano moral, no caso em apreço, decorre da simples ocorrência do fato lesivo que impôs constrangimento ao autor. A prestação de um serviço não contratado, gera dano moral, pelos transtornos causados ao cliente.

Assim, para caracterização da responsabilidade civil do ofensor, não necessita a parte ofendida comprovar o efetivo dano moral. Este se verifica por força do simples fato da violação. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona o prof. Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra Responsabilidade Civil, 7ª edição, p. 552:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta....

Na mesma obra, página 553, o professor cita o seguinte julgado:

Responsabilidade civil - Dano moral - Comprovação pelo ofendido – Desnecessidade - Existência do ato ilícito apto a ocasionar sofrimento íntimo - Suficiência Prova negativa a cargo do ofensor – Verba devida – Recurso provido" (JTJ, Lex, 216:191).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, *in verbis*:

Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido. (TJ-MS. Apelação Cível. Proc. 1000.064522-5. Rel. Des. Hamilton Carli. J. 23/06/2003).

Esta é a hipótese dos autos, sendo desnecessária a produção de provas acerca do dano sofrido pelo autor em razão dos transtornos decorrentes de ser obrigado a utilizar um serviço que não contratou.

Embora se saiba que os valores morais de alguém não podem ser medidos em pecúnia, essa tem sido a forma encontrada de se aliviar os efeitos dessas ocorrências.

Mesmo que assim não fosse, é incontroverso nos autos que o autor ficou impossibilitado de mudar de plano por conta de uma fidelização imposta pela empresa e com a qual não aderiu, sendo esse um evidente constrangimento imposto ao consumidor que é passível de indenização por dano moral. (f. 143-144).

Como visto, o dano moral reconhecido pelo juiz está fundado no constrangimento sofrido pelo apelado em decorrência da prestação de serviços não contratados e por isso ficou inviabilizado de aderir a outro de melhor conveniência.

No entanto, em que pese a inexistência da contratação dada a falsidade da assinatura no documento correspondente, não vislumbro a situação como causa para sancionar a apelante com indenização anímica em prol do apelado, porque, no caso, não houve qualquer agressão à dignidade da pessoa.

O apelado se dirigiu a uma loja da apelante, nesta capital, na busca de adequar plano de telefonia condizente com suas necessidades no transcurso do mês de março/2014, propondo a ação *incontinenti*, no dia 20.03.2014, o que deixa evidente que sequer deu tempo para a apelante agir no desfazimento da contratação, se é que assim não procedeu neste interregno, caracterizando, deste modo, situação que não extrapola mero aborrecimento, tanto que sequer questionou excessividade no valor das faturas no período de 09.08.2013, data em que presumivelmente houve a adequação do plano de telefonia móvel, até março/2014, quando supostamente tomou ciência da modificação do plano anterior através de contrato falso.

Da mesma forma, em nenhum momento o nome do autor foi exposto ao ridículo ou execração pública.

Aliás, verifica-se da inicial ter o apelado dito que quando buscou a loja da apelante foi informado da mudança do plano, da fidelização e que havia, inclusive, recebido um novo aparelho celular da marca e modelo Samsung Galaxy Acy, nº de série 352346056682900 (f. 2). Na continuidade da exposição, insurgiu-se quanto a contratação e a fidelização. Quedou-se omisso quanto ao recebimento do aparelho celular. O silêncio neste particular gera perplexidade.

A lição de Sergio Carvalieri Filho[1] neste assunto merece ser levada em consideração, veja-se:

> (...) 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.

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.[2]

A reparação moral 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.

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. ..."[3] desde que a lesão traga reflexos consistentes, o que não é o caso em apreço.

1 **Programa de Responsabilidade Civil**, 11ª ed., São Paulo: Atlas, p. 111.
2 **Tratado da Responsabilidade Civil,** 7ª ed., São Paulo: RT, p. 1001, p. 359.
3 Ob. cit., p. 359.

Admitir que a má prestação dos serviços de telefonia tenha comprometido a honra, a boa imagem da apelada é desnortear-se do propósito dos danos morais, mesmo porque, como dito, em momento algum o nome do autor foi exposto à execração pública.

Sobre o tema em análise veja-se precedentes:

> 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).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – PARCELA COBRADA EM MONTANTE SUPERIOR AO CONTRATADO - DANO MORAL - NÃO CONFIGURADO - MERO ABORRECIMENTO - RECURSO DESPROVIDO. A simples cobrança de valor superior ao contratado, sem a efetiva demonstração de efetivo prejuízo, não é capaz de gerar dano moral ao correntista. (TJMS, Apelação Nº 0809975-49.2013.8.12.0001, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, j. 27 de janeiro de 2015 3ª Câmara Cível).
>
> (...) DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – VALOR IRRISÓRIO – ARBITRADOS POR EQUIDADE – RECURSO PROVIDO EM PARTE. O inadimplemento contratual, por si só, mostra-se insuficiente para gerar o direito à indenização por danos morais. A condenação só é imposta em situações excepcionalíssimas, demonstrado o dano efetivamente ocorrido. (...). (TJMS, Apelação Nº 0805878-69.2014.8.12.0001, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j. 16 de dezembro de 2014 2ª Câmara Cível).

Afasto, assim, os danos morais.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para afastar os danos morais, mantida apenas a declaração de inexistência de relação jurídica constante da sentença, admitida pela ré.

Em decorrência do provimento do recurso, a sucumbência passa a ser recíproca, em condição de igualdade. Assim, cada parte arcará com 50% das custas processuais, obrigação suspensa em relação ao autor, por ser beneficiário da gratuidade da justiça. Fixo os honorários advocatícios do patrono de cada parte em R$ 800,00 (oitocentos reais), também suspensa a cobrança em relação ao autor, pelo mesmo motivo (gratuidade da justiça).

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 25/04/2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 25/04/2017)

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

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Americel S/A, inconformada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na presente Ação declaratória de nulidade de ato jurídico, c/c indenização por danos morais, promovida por Fábio Lopes de Paula, interpôs recurso de apelação. Sustenta, para tanto, a ausência de provas quanto ao dano moral; que não se trata na hipótese de dano moral puro; que sequer houve a inscrição do nome do autor nos órgãos de restrição; que, conforme entendimento firmado pelo STJ, não há dano moral em caso de suposta cobrança indevida e que o valor fixado a título de danos morais restou exagerado.

O relator deu provimento ao recurso, ao fundamento de que ainda que demonstrada a falsidade do documento que teria ensejado na contratação de novo plano da linha celular, não restou demonstrado fundado constrangimento a justificar a indenização pleiteada.

Com efeito, muito embora a falsificação da assinatura do autor seja incontroversa, até porque foi comprovada por meio de perícia judicial, tal fato por si só realmente não justifica a indenização por dano moral. Frise-se que antes de tomar conhecimento da irregularidade, o recorrido vinha utilizando-se de sua linha telefônica sem qualquer intercorrência. Sequer houve alusão aos valores que estariam sido cobrados.

Daí que, após a descoberta do ato ilícito, cabia ao autor comprovar que de alguma forma ficou impedido de exercitar plenamente qualquer ato da vida civil; que houve inserção indevida do seu nome nos órgãos de restrição ao crédito, ou ainda, que lhe causou tamanho sofrimento que excederia o mero incômodo.

Vale destacar que sobre os fatos que não caracterizam o dano moral e o dever de indenizar, comenta Antônio Jeová Santos[4]:

> O mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrente de alguma circunstância, como exemplificados aqui, e que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em sociedade, não servem para que sejam concedidas indenizações.

Oportuna ainda a lição de Arnaldo Rizzardo[5] sobre o dano moral:

> o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranqüilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos. Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, 'os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito', que 'devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos etc.

No caso em tela, não restam dúvidas de que os dissabores experimentados pelo autor não ultrapassaram os limites a serem experimentados por qualquer pessoa nas mesmas condições.

Diante do exposto, acompanhando o ilustre Relator, conheço e dou provimento ao recurso para o fim de afastar a condenação em danos morais. Consequentemente, cada parte arcará com 50% da sucumbência.

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

Acompanho o voto do Relator.

4 **Dano moral indenizável**. 3ª edição. São Paulo: editora Método, 2001.

5 *In* **Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246.

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. 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, 25 de abril de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800087-76.2016.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – DÍVIDA ORIGINÁRIA CONTRAÍDA EM 2009 – NOVAÇÃO EM 2012 – AJUIZAMENTO DA AÇÃO EM FEVEREIRO/2016 – EXTINÇÃO DA DÍVIDA PELA PRESCRIÇÃO AFASTADA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – INCISO I DO § 5º DO ART. 206 DO CÓDIGO CIVIL – ANOTAÇÃO NO ÓRGÃO RESTRITIVO DE CRÉDITO CONTEMPORÂNEO COM A INADIMPLÊNCIA – PRESCRIÇÃO DA ANOTAÇÃO IGUALMENTE AFASTADA – MESMO PRAZO PRESCRICIONAL DA DÍVIDA – § 5º, ART. 43, CDC – NEGATIVAÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DANO MORAL INEXISTENTE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não há se falar em inexistência da dívida pela prescrição porque, segundo o inciso I do § 5º do at. 206 do Código Civil, a exigibilidade de cobrança de dívida por instrumento particular ocorre em 5 anos, prazo não transcorrido entre o vencimento e o ingresso da ação.

Dispõe o § 5º do art. 43 do CDC que consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de proteção ao Crédito, quaisquer informações que possa impedir ou dificultar novo acesso aos fornecedores. Não transcorrido o prazo prescricional da dívida não se há falar em prescrição da anotação no cadastro restritivo de crédito.

Não há dano moral pela inserção do nome do inadimplente nos órgãos restritivos de crédito, cujo procedimento pelo credor nada mais é do que exercício regular de direito.

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, 9 de maio de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Andréia Rodrigues da Silva apela da sentença que julgou improcedentes pedidos de declaração de inexistência de débito e indenização moral, formulados em ação ordinária ajuizada contra Banco Bradesco S.A.

Alega não só a prescrição como a inexistência da dívida, porque data do ano de 2010 e, diferentemente do alegado pelo apelado, jamais realizou qualquer espécie de compromisso de quitá-la em razão de tê-lo

feito na época oportuna, não servindo os documentos de f. 135-136 para afirmar o contrário, tanto que gerados no dia 05.07.2016, ou seja, dois dias após a contestação.

Salienta a evidência dos danos morais pelo fato de ser compelida a ingressar com ação para solucionar a pendência e retirar, por inclusão indevida, seu nome do órgão restritivo de crédito, daí ter requerido a inversão do ônus da prova dada sua hipossuficiência frente a instituição financeira.

Sem contrarrazões, embora intimado o apelado para apresentá-las (f. 206).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Andréia Rodrigues da Silva apela da sentença que julgou improcedentes pedidos de declaração de inexistência de débito e indenização moral, formulados em ação ordinária ajuizada contra Banco Bradesco S.A.

Alega não só a prescrição como a inexistência da dívida, porque data do ano de 2010 e, diferentemente do alegado pelo apelado, jamais realizou qualquer espécie de compromisso de quitá-la em razão de tê-lo feito na época oportuna, não servindo os documentos de f. 135-136 para afirmar o contrário, tanto que gerados no dia 05.07.2016, ou seja, dois dias após a contestação.

Salienta a evidência dos danos morais pelo fato de ser compelida a ingressar com ação para solucionar a pendência e retirar, por inclusão indevida, seu nome do órgão restritivo de crédito, daí ter requerido a inversão do ônus da prova dada sua hipossuficiência frente a instituição financeira.

Segundo a autora, estaria o Banco Bradesco S/A cobrando-lhe dívida paga e, senão paga prescrita, tendo, para forçar o pagamento indevido, lançado o nome ... no rol dos maus pagadores (SERASA) (f. 201). Também narrou ter contratado serviços do apelado aproximadamente no ano 2010 e em seguida inutilizou o cartão, após a quitação da fatura. No entanto, no ano de 2016, ao tentar abrir conta salário no Banco do Brasil teve o cadastro recusado em razão de seu nome estar inserido no SPC. Embora indevida, mas dada a urgência da abertura da conta bancária, procurou o Bradesco para tentar pagar a dívida de R$ 149,55 (cento e quarenta e nove reais e cinquenta e cinco centavos). Foi surpreendida com a impossibilidade de fazê-lo porque tanto o responsável local como os do auto-atendimento não conseguiram ... levantar nenhuma forma de pagamento, pois não sabe o número do antigo cartão, e, também não souberam informar (f. 2).

Na contestação (f. 25-40) o banco negou todos os fatos e atos ilícitos apontados pela reclamante como sendo de sua autoria, uma vez que jamais praticou qualquer ato ilícito capaz de gerar indenização por danos morais, ou mesmo cobrou-lhe valores que não são devidos, reclamando, em verdade o pagamento por ela não cumprido, razão que ensejou a restrição em seus dados (f. 26).

Após a contestação o banco volta a se manifestar (f. 64-69) pela improcedência dos pedidos, com alegação da adesão ... ao cartão Private Label nº 6280**** ****2013, emitido pelo parceiro Comper Card, conforme proposta de adesão devidamente firmada pela autora (f. 65) e que a sua utilização gerou débito de R$ 14,71 (catorze reais e setenta e um centavos) em 10.04.2009 relativo a cobrança de anuidade e que em razão da inadimplência por tempo considerável avolumou-se, não só pela geração da mesma taxa nos anos subsequentes como pela incidência de multa, juros de mora e encargos de financiamento.

Registrou ser o débito de conhecimento da autora, tanto que ... em 13/11/2012 realizou um acordo junto ao requerido, sendo a dívida parcelada em 03 (três) vezes de R$ 47,15 (quarenta e sete reais e quinze

centavos) (f. 66). Como também não as honrou teve o cartão cancelado em 12.03.2013 e a cessação do envio das faturas uma vez que em tais casos a quitação só pode ser realizada junto ao departamento de cobrança.

Para provar o alegado juntou os documentos de f. 70-175.

Aos argumentos do banco a autora reagiu (f. 183-188) com prescrição quinquenal do apontamento com base no § 1º do art. 43 do CDC; a não comprovação da remessa do aviso de abertura do cadastro restritivo, daí o apontamento indevido, a prática do ato ilícito, o dano moral e o dever de indenizá-la.

Concluída a fase instrutório-probatória adveio sentença de improcedência da pretensão da autora (f. 189-196), com a seguinte fundamentação:

> (...) Da Declaração de Inexistência do Débito
>
> Compulsando os autos, verifica-se que a requerente contratou serviço de cartão de crédito do banco requerido, e não realizou pagamentos das faturas com vencimento em 10/04/2009 até 10/04/2010, essas faturas demonstram que não houve compra com cartão crédito, porém a simples inutilização do cartão não afastou a cobrança de tarifa de manutenção de conta, o que resultou em um débito total de R$ 213,76 (duzentos e treze reais e setenta e seis centavos).
>
> Posteriormente, após ter seu nome lançado nos órgãos de proteção ao crédito, a requerente celebrou e não cumpriu o acordo extrajudicial com o banco requerido que concedeu desconto e parcelamento do débito pendente (p.135-136), consequentemente seu nome novamente foi inscrito nos órgãos de proteção ao crédito.
>
> Pois bem.
>
> A Resolução 3.518 do Banco Central, vigente à época da cobrança da tarifa de manutenção de conta, possibilitava em seu art. 5º a cobrança de remuneração pela prestação de serviço de cartão de crédito, desde que explicitadas aos usuários as condições de utilização e pagamento.
>
> O regulamento de utilização juntado pelo banco requerido (p. 71-86) traz no capitulo 4 a cláusula que possibilita a cobrança mensal de tarifa de manutenção de conta pelo banco requerido.
>
> A cobrança de tarifa de manutenção de conta tem por objetivo a remuneração do serviço prestado ao usuário, razão pela qual é considerada legitima por estar autorizada pelo Banco Central e efetivamente prevista em contrato.
>
> Dessa forma o pedido de cancelamento do cartão de crédito ensejaria na paralisação da cobrança da aludida tarifa, já a mera inutilização do cartão de crédito não é capaz de afastar a cobrança da tarifa de manutenção de conta. (...).
>
> No caso em tela verifica-se que não há nos autos qualquer comprovação de que efetivamente foi realizado o pedido de cancelamento por parte da requerente, o que resultou na cobrança de tarifa de manutenção de conta nas faturas de 10/04/2009 até a fatura de 10/04/2010 que totalizou débito em R$ 213,76.
>
> Uma vez legítima a cobrança de tarifa de manutenção de conta, o acordo celebrado entre as partes no dia 13/11/2012 que financiou o débito pendente também deve ser considerado legítimo, primeiramente por que as faturas apresentadas pelo banco requerido, não foi alvo de impugnação pela requerente, e não há nos autos qualquer documentação capaz de colocar em dúvida a realização do acordo. (...).

Portanto como não houve impugnação específica pela requerente quanto à realização de acordo, e como não há nos autos qualquer comprovação de pagamento por parte da requerente, não se pode afirmar que o débito inscrito nos órgãos de proteção ao crédito é inexistente.

Da Prescrição Quinquenal

Em que pese a arguição de prescrição do débito apontada pela requerente, verifica-se que foi celebrado acordo que financiou as faturas em atraso, o que consequentemente resultou na extinção e substituição do débito originário referente às tarifas de manutenção de conta por nova dívida de financiamento, cujo vencimento ocorreu em 10/01/2013.

O acordo celebrado entre as parte caracteriza uma novação objetiva prevista no art. 360, I do Código Civil, que manteve as partes da relação e substituiu o objeto.

Por se tratar de uma nova operação, o prazo prescricional começa a fluir a partir da inadimplência do acordo que resultou na novação da divida. No presente caso ocorreu em 10/01/2013.

Dessa forma considerando a aplicação da prescrição quinquenal, não há que se falar em prescrição do débito, uma vez que seu termo inicial ocorreu em 10/01/2013.

Do Dano Moral

No que tange ao pedido de dano moral, tenho que este também não deve ser acolhido, pois não vislumbro a prática de ato ilícito ou abusivo por parte do banco requerido.

Isso porque, de fato, há dívida vencida e não paga pela requerente, e a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito é legítima e amparada pelo art. 43, §§ 1º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

O banco requerido, portanto, não deu causa a nenhum fato passível de indenização, pois, como explicitado, ao fazer anotar o nome da requerente nos órgãos de proteção ao crédito, estava agindo licitamente, sem qualquer abuso de direito.

Na hipótese, portanto, existe o débito e, consequentemente, é legítima a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, não havendo que se falar em prejuízo moral e quanto menos reparação pecuniária. (...).

No caso vertente, após minuciosa análise do conjunto probatório carreado aos autos, observo que não restou configurada a ocorrência de conduta abusiva por parte do banco requerido.

Assim, considerando que o banco requerido agiu no exercício regular de direito ao inscrever a requerente nos órgãos de proteção ao crédito, não há falar em indenização por dano moral.

Da Notificação Prévia

Argumenta a requerente que não houve notificação prévia ao lançamento da restrição nos órgãos de proteção ao crédito e que o banco requerido teria infringido o art. 43 § 3° da Lei nº 8.078/90 - CDC.

Entretanto a responsabilidade de pela notificação prévia cabe aos órgãos arquivistas, no caso em tela ao SPC e SERASA, conforme súmula 359 do STJ: Cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição

> Portanto não pode o banco requerido ser compelido ao pagamento por indenização por danos morais por eventual ausência de notificação.
>
> Dispositivo.
>
> Ante o exposto, extinguindo o processo com resolução do mérito nos termos do art. 487, I do CPC, julgo totalmente improcedentes os pedidos formulados por Andréia Rodrigues da Silva em face do Banco Bradesco. (f. 190-195).

Daí o recurso da autora.

Passo ao voto propriamente dito.

Apesar da pouca clareza do recurso no tocante à prescrição, estou convicto de o tema estar abordado sobre dois aspectos: prescrição da anotação no órgão restritivo de crédito; e da dívida propriamente dita, em razão da origem em 2010, tanto que alega não dever.

Prescrição do débito

Tomando em consideração a prescrição do débito, vejamos o que consta dos autos. Segundo a apelante relatou na inicial, contratou os serviços da requerida no ano aproximado de 2010, em seguida inutilizou o cartão, após a quitação da fatura (f. 2).

Ao rechaçar a alegação o banco juntou a segunda via da fatura do cartão com vencimento para 10.04.2009, onde efetivamente consta pagamento de R$ 355,39 (trezentos e cinquenta e cinco reais e trinta e nove centavos) realizado no dia 31.03.2009 (f. 91). Como o pagamento ocorreu pós o vencimento, a fatura apontava saldo devedor de R$ 14,71 (catorze reais e setenta e um centavos), o qual não foi pago, daí porque a fatura com vencimento para o dia 10.05.2009 indicava o débito mais a incidência de novos encargos, (correspondente aos juros de mora e de financiamento do período) mais tarifa de manutenção de conta, atingindo o débito de R$ 20,94 (vinte reais e noventa e quatro centavos) (f. 92).

Devido a inadimplência tais encargos foram ganhando proporção, tanto que a fatura com vencimento para 10 de novembro de 2012 apresentou débito de R$ 226,07 (duzentos e vinte e seis reais e sete centavos) (f. 93-134).

A fatura com vencimento para 10 de dezembro de 2012, por outro lado, apresenta um débito de R$ 47,35 (quarenta e sete reais e trinta e cinco centavos) porque nela registra uma negociação da apelante com o apelado em 13.11.2012 para pagamento do débito em 3 parcelas de R$ 47,15 (quarenta e sete reais e quinze centavos), em razão da concessão de abatimento de R$ 100,66 (cem reais e sessenta e seis centavos) vencendo-se a primeira prestação em 10.12.2012 (f. 135).

Como a apelante não honrou a primeira parcela, a fatura do mês de janeiro/2013, exige pagamento de R$ 149,55 (cento e quarenta e nove reais e cinquenta e cinco centavos), ou seja, a integralidade do financiamento mais encargos correspondentes (f. 136). A inadimplência desta fatura é que foi levada a apontamento no SCPC.

Logo, não há se falar em inexistência de débito pela prescrição porquanto o surgimento dele, segundo o documento de f. 135, ocorreu a partir de 10.12.2013, data em que a apelante deixou de cumprir com o pagamento do financiamento levado a efeito em 13.11.2012.

Como a ação foi ajuizada em 23.02.2016 e o inciso I do § 5º do art. 206 do CPC estabelece o prazo de 5 anos para que haja prescrição do débito constantes de instrumento público ou particular, não há falar em inexistência do débito pela prescrição.

Prescrição do apontamento

O mesmo ocorre com a prescrição do apontamento.

Dispõe o § 5º do art. 43 do CDC:

> Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de proteção ao Crédito, quaisquer informações que possa impedir ou dificultar novo acesso aos fornecedores.

Como demonstrado acima, quando do ingresso da ação pela apelante, no dia 23.02.2016, não havia transcorrido o prazo de cobrança, por via de consequência, também não há prescrição do apontamento.

Danos morais

Outro não é o desfecho em relação a pretensão dos danos morais. A negativação do nome da apelante no SPC é legítima.

Ainda que a dívida primitiva date de abril de 2009, em novembro de 2012 a apelante contraiu outra para extinguir a anterior.

Trata-se do instituto da novação previsto no art. 360 do Código Civil[1], o que ocorreu no caso.

Verifica-se pelo documento de f. 135 a contração de uma nova dívida pela apelante para quitar a anterior, tanto que teve desconto e o remanescente financiou, ajustando a quitação em 3 parcelas de R$ 47,15 (quarenta e sete reais e quinze centavos).

Ao deixar de honrar com o compromisso assumido agiu o apelado no exercício regular do seu direito ao informar o órgão restritivo de crédito a existência do débito. O inc. I do art. 188 do Código Civil garante ao apelado a licitude de sua ação.

É inconsistente o argumento da apelante de não serem os documentos de f. 87 a 163 hábeis à comprovação da dívida porque emitidos contemporaneamente a contestação.

No entanto verifica-se dos autos serem tais documentos ‘boletos de cobrança’.

Estes documentos, conquanto não figure no rol do CPC como título de crédito, é fartamente utilizado no mercado como meio de registro de dívidas.

O Banco Central ao instituí-lo através da Carta-Circular nº 2414/93, o definiu como instrumento para o sistema de integrado de compensação e a sua utilização ... para fins de registro de dívidas em cobrança nas instituições financeiras, relacionadas com operações de compra e venda ou de prestação de serviços, inclusive daquelas atinentes a efeitos em cobrança, tais como duplicatas, notas promissórias, bilhetes ou notas de seguros, de forma a permitir o pagamento da dívida-objeto em instituição financeira distinta da cobradora, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.255/95.

O § 3º do art. 889 do Código Civil ao dispor que o título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, acabou por aperfeiçoá-lo, embora, repita-se, sem o condão de substituir o título de crédito, tanto que o boleto de cobrança tem a serventia de registrar a dívida em cobrança pelas instituições financeiras e possibilitar o pagamento da dívida-objeto já que, como dito, faz ela o registro de uma operação prévia.

1 Art. 360. Dá-se a novação: I - quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir a anterior.

Desta forma, pode o boleto ser emitido a qualquer tempo, pois registra ele os dados da operação primitiva, exatamente o que ocorre com as segundas vias juntadas aos autos que se serviram dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente anteriormente, tanto que em cada um deles anota o vencimento, valor e origem do primitivo.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Elevo, à luz do § 11 do art. 85 do CPC, de 10% para 15% sobre o valor da causa, os honorários devidos pela apelante ao patrono do apelado, suspensa a obrigação por ser a autora beneficiária da gratuidade da justiça, salvo prova em contrário na fase de cumprimento da sentença.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 09 de maio de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800061-26.2016.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONHECIMENTO DE NATUREZA CONSTITUTIVO-CONDENATÓRIA – SEGURO PROAGRO – FINANCIAMENTO AGRÍCOLA – LAVOURA ATINGIDA POR FENÔMENO NATURAL – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO DE INSUMOS PARA O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – LAUDO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E RELATÓRIO DE COMPROVAÇÃO DE PERDA COMPROVANDO O EVENTO INFORMADO PELO AUTOR – DEVER DE INDENIZAR NA FORMA PREVISTA NO ART. 1º DO DECRETO N. 175/1991 – INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR EM CADASTRO DE INADIMPLENTES – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O fato do autor não possuir os comprovantes de aquisição de insumos exigidos para o pagamento da indenização securitária por si só não exclui seu direito ao recebimento do seguro Proagro, diante de relatório técnico de empresa credenciado pelo banco, que atestou as perdas, a boa condução da lavoura e aplicação de insumos.

Na época foi legítima a inscrição do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, porque portava o banco título executivo extrajudicial, pelo que agiu no exercício regular de direito.

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, 30 de maio de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Ilson Leite de Melo apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª vara da comarca de Fátima do Sul nos autos da ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra Banco do Brasil S/A, que julgou improcedente a sua pretensão, além de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, corrigido monetariamente e acrescido de juros moratórios.

Em suas razões (f. 342-354), sustenta a necessidade de reforma da sentença, tendo em vista que durante a relação jurídica agiu pautado na boa-fé e equidade com todos os seus atos, desde o empréstimo, até o último dia em que ocorreu o desastre, realizou a plantação, cuidou da vegetação, utilizou insumos com o objetivo de garantir a nutrição e a proteção das plantas.

Argumenta que não possui as notas fiscais referentes à compra dos insumos, porém há nos autos laudo pericial demonstrando que foram utilizados todos os recursos previstos, de acordo as recomendações técnicas.

Aduz que por se tratar de prestador de serviços, a responsabilidade do agente financeiro é objetiva, devendo suportar os riscos inerentes à sua atividade financeira.

Alega necessidade de indenização pelos danos morais que suportou, tendo em vista a coação que sofreu ao ser obrigado a aditar uma confissão de dívida, além de que, a perda de crédito junto a agentes financeiros decorrentes da negativação de seu nome ultrapassam os limites do mero aborrecimento, configurando o direito de ser reparado moralmente pelo agente financeiro.

Requer seja provido o recurso para que seja declarada inexistente a dívida no valor de R$ 21.163,91 (vinte e um mil, cento e sessenta e três reais e noventa e um centavos), vencida em 15/01/2016, referente ao crédito rural de nº 939.001.58, bem como a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões as f. 356-368.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Ilson Leite de Melo apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª vara da comarca de Fátima do Sul que, nos autos da ação de conhecimento de natureza constitutivo-condenatória ajuizada contra o Banco do Brasil S/A, julgou improcedente a sua pretensão, condenando-o ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, obrigações suspensas por ser o autor beneficiário da gratuidade da justiça.

Em suas razões (f. 342-354), sustenta a necessidade de reforma da sentença, tendo em vista que durante a relação jurídica agiu pautado na boa-fé e equidade com todos os seus atos, desde o empréstimo até o último dia em que ocorreu o sinistro, realizou a plantação, cuidou da vegetação e utilizou insumos com o objetivo de garantir a nutrição e a proteção das plantas.

Argumenta que não possui as notas fiscais referentes à compra dos insumos, porém há nos autos laudo pericial demonstrando que foram utilizados todos os recursos previstos, de acordo com as recomendações técnicas.

Aduz que por se tratar de prestador de serviços, a responsabilidade do agente financeiro é objetiva, devendo suportar os riscos inerentes a sua atividade financeira.

Alega necessidade de indenização pelos danos morais que suportou, tendo em vista a coação que sofreu ao ser obrigado a aditar uma confissão de dívida, além de que a perda de crédito junto ao agentes financeiros decorrentes da negativação de seu nome ultrapassa os limites do mero aborrecimento, devendo ser reparado moralmente pelo banco.

Requer seja provido o recurso para que seja declarada inexistente a dívida no valor de R$ 21.163,91 (vinte e um mil, cento e sessenta e três reais e noventa e um centavos), vencida em 15/01/2016, referente ao crédito rural de nº 939.001.58, bem como a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões às f. 356-368.

Do dever de indenizar

O autor alega que, apesar de não possuir as notas fiscais dos insumos que utilizou, tem consigo laudo pericial demonstrando que todos os recursos necessários para o correto manejo da cultura foram utilizados, sobejando seu direito de receber a indenização securitária prevista no Programa de Garantia da Atividade Agropecuária - PROAGRO.

O juízo singular julgou improcedente a pretensão ao argumento de que não teria o autor seguido as regras do regulamento para o recebimento do seguro PROAGRO. Em outras palavras: não apresentou as notas fiscais necessárias para demonstração de compra dos insumos que seriam ou foram aplicados na lavoura objeto da perda.

O Proagro, conforme regulamentado pelo Decreto n. 175, de 10 de maio de 1991, tem os seguintes objetivos principais:

> Art. 1º Constituem objetivos do Programa de Garantia da Atividade Agropecuária (Proagro):
>
> I – exonerar o produtor rural de obrigações financeiras relativas a operações de crédito rural de custeio, cuja liquidação seja dificultada pela ocorrência de fenômenos naturais, pragas e doenças que atinjam bens, rebanhos e plantações;
>
> II – Indenizar recursos próprios utilizados pelo produtor rural em custeio rural, quando ocorrerem perdas em virtude dos eventos citados no inciso anterior.

O art. 2º do referido decreto dispõe:

> Art. 2º O Proagro cobrirá integral ou parcialmente:
>
> I – os financiamentos de custeio rural
>
> II – os recursos próprios aplicados pelo produtor em custeio rural, vinculados ou não a financiamentos rurais.

Observa-se da referida norma que o programa busca minimizar para o produtor rural os prejuízos advindos da ocorrência de fenômenos inesperados, que comprometam sua plantação e, por consequência, o adimplemento do financiamento contraído perante agentes financeiros, que são os responsáveis pelo pagamento do seguro.

O Proagro foi instituído com o escopo de exonerar o produtor rural de obrigações financeiras relativas às operações de crédito, cujo adimplemento seja dificultado pela ocorrência de fenômenos naturais, pragas, e doenças que atinjam bens, rebanhos, e plantações, sendo custeado por recursos captados da participação dos mutuários de créditos destinados à atividade rural, bem como por verbas do orçamento da União, sob a fiscalização e liberação de recursos pelo Banco Central do Brasil, sendo que o efetivo repasse do valor ocorre por intermédio do agente financeiro, no caso o Banco do Brasil S.A, sendo esse banco, portanto, parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

As operações ligadas ao Proagro estão sujeitas às normas do Manual de Crédito Rural do Banco Central do Brasil, que prevê a necessidade de comprovação das perdas financeiras em caso de requisição securitária, sendo indispensável a demonstração de aquisição regular dos insumos necessários aos tratos da lavoura.

A comprovação da aquisição regular dos insumos necessários aos tratos da lavoura se dá mediante apresentação das notas fiscais dos referidos insumos, conforme disposto na Resolução n. 4.418/2015, que retificou o manual e incluiu a seguinte redação:

> 8 - O beneficiário obriga-se a
>
> e) entregar ao agente os comprovantes de aquisição de insumos utilizados no empreendimento, quando formalizada a comunicação de ocorrência de perdas, observado o disposto no item 9;
>
> 9 - Relativamente aos comprovantes de aquisição de insumos referidos na Alínea e do item 8:
>
> a) admite-se como comprovante:
>
> I - a primeira via de nota fiscal, o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (Danfe) ou o cupom fiscal, emitidos na forma da legislação em vigor, nominal ao beneficiário, com o respectivo número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ou cópia autenticada pelo agente do Proagro ou em cartório;
>
> II - declaração emitida por órgão público, ou entidade por este credenciada, responsável pelo fornecimento de insumos ao beneficiário, com a especificação do tipo, denominação, quantidade e valor dos insumos fornecidos; III - nota fiscal de produtor rural, desde que se trate de insumo com característica de produção rural, produzido pelo emissor na nota;

De ver-se, pois, a necessidade da exibição das notas fiscais de compra dos insumos para constatar que o segurado promoveu manejo correto do cultivo, aplicando os insumos necessários, já que os recursos de crédito disponibilizados foram utilizados para esse fim.

O caso em destaque, no entanto, apresenta uma peculiaridade. Se, de um lado, o autor não apresentou as notas fiscais dos insumos, por outro tem a seu favor um laudo pericial de empresa credenciada pelo réu que atesta a boa condução da lavoura.

Como dito, há nos autos relatório final de comprovação de perdas - RCP (f. 30-33) emitido pela empresa E. J. Assessoria e Assistência Rural Técnica Ltda., credenciada pelo Banco do Brasil, que certificou, dentre outros quesitos avaliados, o seguinte:

> 11.Tipo(s) do evento(s) causador da perda
>
> Vendaval (fortes rajadas de ventos)
>
> 13. Foi possível comprovar com segurança o evento e as perdas ocorridas?
>
> (X) SIM ( ) NÃO
>
> 15. A comunicação das perdas foi indevida? ( ) SIM (X) NÃO
>
> 26. O empreendimento foi conduzido de acordo com o zoneamento agrícola?
>
> (X) Sim ( ) Não
>
> 27. A lavoura foi implantada no local previsto no instrumento de crédito?
>
> (X) SIM ( ) NÃO

> 28. Os recursos previstos (crédito e recursos próprios) foram aplicados corretamente até o evento?
>
> (X) SIM ( ) NÃO.

Portanto, é fato incontroverso que a condição climática (ventos fortes) afetou a lavoura do autor, residindo a controvérsia apenas no fato de que não apresentou as notas fiscais para comprovar a aquisição dos insumos.

Sobre a questão incontroversa, o simples fato de não ter o autor apresentado as notas fiscais que comprovassem a aquisição regular dos insumos não é suficiente para desconstituir o laudo de comprovação de perdas apresentado. Afinal, o laudo indica ter o autor conduzido de forma correta a sua lavoura, não contendo indícios alguns de que não tivesse adquirido os insumos e os aplicados corretamente.

No mencionado relatório técnico há indicação de que a lavoura foi implantada no local previsto e que os recursos de crédito disponíveis ao autor foram aplicados corretamente, corroborando o argumento de que o autor vinha conduzindo corretamente sua lavoura. Logo, qual a importância que teria, para o agente financeiro, a exibição das notas fiscais, quando o próprio agente fiscaliza o produtor rural?

Em caso assemelhado, vide recente julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO PROAGRO. FINANCIAMENTO AGRÍCOLA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INTERMEDIAÇÃO ENTRE O MUTUÁRIO E O BANCO CENTRAL NA CONTRATAÇÃO DO PROAGRO (PROGRAMA DE GARANTIA DA ATIVIDADE AGROPECUÁRIA). SENTENÇA ANULADA. MÉRITO. CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO NESTA INSTÂNCIA. ART. 1.013, § 3º, INC. III, DO NOVO CPC. LAVOURA DE ARROZ ATINGIDA POR FENÔMENO NATURAL. NOTAS FISCAIS DA COMPRA DA SEMENTES EM NOME DO PAI DO AUTOR. IRRELEVÂNCIA. LAUDO DE COMPROVAÇÃO DE PERDAS QUE INFORMA A CULTURA DE ARROZ NA ÁREA PREVISTA NO INSTRUMENTO DE CRÉDITO. PERDA DE MAIS DA METADE DA PRODUÇÃO. LAUDO ELABORADO POR AGENTE DO PROAGRO-BANCO DO BRASIL QUE CONFIRMA OS PREJUÍZOS INFORMADOS PELO AUTOR. DEVER DE INDENIZAR NA FORMA PREVISTA NOS ARTS. 1º E 2º DO DECRETO N. 175/1991. PEDIDO INICIAL PROCEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> A instituição financeira é parte legítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança de indenização de seguro Proagro, pois foi quem contratou com o produtor. Demais disso, se entender de direito, poderá haver a quantia paga mediante ação de regresso contra o Banco Central. (TJSC – A.C nº 0162201-29.1927.8.24.0300 – Rel. Des. Saul Steil, j: 17/11/2016, p: 25/11/2016).

Por fim, o laudo de assistência técnica elaborado pela Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural - Agraer (f. 35), datado de 13/11/2012, ratificou o exposto no relatório de comprovação de perdas, certificando que a lavoura estava implantada no local previsto no instrumento de crédito, bem como o autor a conduzia de acordo com as recomendações técnicas (item 8), além de atestar a ocorrência de perdas estimadas em 80% do cultivo, em decorrência das fortes rajadas de vento.

Nesse contexto, comprovadas as perdas na lavoura, causadas por fenômenos naturais, evidente o dever de indenizar, em decorrência do referido seguro.

Do dano moral

Alega o autor ter suportado danos morais, em decorrência da coação moral que sofreu ao ser obrigado a aditar uma confissão de dívida, apesar de possuir seguro para garantir sua safra, e da inscrição de seu nome em órgãos de proteção ao crédito.

O autor não fez nenhuma prova de ter assinado contratos mediante vício na manifestação de vontade.

Quando da inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes portava o réu, na condição de credor, um título executivo extrajudicial. Logo, ao proceder à inserção do nome do devedor nos referidos cadastros, o fez no exercício regular de um direito, o que não enseja responsabilidade civil a gerar reparação moral.

A propósito:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADA COM TUTELA ANTECIPADA. ATRASO NO PAGAMENTO DE DÍVIDA. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DO CREDOR. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Demonstrada a existência de inadimplemento motivador de apontamento restritivo de crédito, não há como atribuir-se ao credor o dever de indenizar. (TJMS. Apelação n. 0826979-02.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 04/04/2017, p: 20/04/2017)

Como acentuado, o apelante encontrava-se em situação de inadimplência com o agente financeiro/apelado, fato este que deu ensejo à inscrição de seu nome em órgãos de proteção ao crédito.

Pela decisão de f. 54-55 foi deferido ao autor a antecipação dos efeitos da tutela, determinando o juízo que o agente financeiro excluísse seu nome dos órgãos de restrição ao crédito, decisão esta que foi rapidamente cumprida, conforme manifestação de f. 60-61. Não se vê na conduta do banco ataque à moral do autor, mormente porque a decisão foi cumprida de imediato.

Como adiantado, quanto ao argumento de que foi coagido à aditar uma confissão de dívida, tenho que o autor não fez prova do fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, CPC). Aliás, em relação a esse fato juntou o autor apenas um documento relativo a uma renegociação de dívida com o agente financeiro, o que é legal e corriqueiro nessas negociações.

Por fim, em que pese sustentar que foi colocado em situação de inadimplência, mesmo possuindo seguro para cobrir sua safra e seu financiamento de custeio, tal argumento não é válido, pois somente foi reconhecido seu direito ao recebimento do seguro Proagro em via judicial, não havendo possibilidade de se condenar o agente financeiro por ter procedido durante o pleito administrativo de acordo com as normas do Manual de Crédito Rural, instituído pelo Banco Central.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para, julgando parcialmente procedente as pretensões formuladas na inicial, condenar o Banco do Brasil S/A a pagar ao autor indenização correspondente ao seguro Proagro, em valor equivalente às perdas verificadas nos laudos juntados ao processo (80% da produção estimada), a qual deverá ser apurada via liquidação de sentença por arbitramento, abatendo-se dele o *quantum* que já foi pago administrativamente (R$ 2.067,35 no dia 25/07/2014 - f. 36), nos termos do art. 1º, I, do Decreto nº 175/91. Sobre o valor deverá incidir correção monetária desde a data do pagamento parcial (25/07/2014) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a data da citação.

Diante da sucumbência recíproca e em igual proporção, condeno ambas as partes ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

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. 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, 30 de maio de 2017.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1414052-50.2016.8.12.0000
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – RESERVA DE VAGA AOS CANDIDATOS ÍNDIOS – PERCENTUAL QUE NÃO CORRESPONDE A NÚMERO INTEIRO – DESPREZO DA FRAÇÃO – PREVISÃO DO ART. 1º, § 3º DO DECRETO Nº 13.141/2011, VIGENTE À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL – PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO NÃO EXPIRADO – JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO DE NOMEAR A CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS NO MOMENTO QUE ENTENDER OPORTUNO E CONVENIENTE, DESDE QUE SEJA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME – RE 598099 – REPERCUSSÃO GERAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

Conforme previsão do art. 1º, § 3º do Decreto Estadual nº 13.141/2011, vigente à época da abertura do concurso, na aplicação da reserva de vagas será desprezado o percentual que corresponda à fração. Na hipótese, como o edital oferece apenas 2 (duas) vagas para a ampla concorrência, a aplicação da regra editalícia de reserva de 3% das vagas representaria a fração de 0,3 (três décimos), razão pela qual não há direito líquido e certo do impetrante, porque sua aprovação não atinge o percentual equivalente a uma vaga inteira.

O Supremo Tribunal Federal, adotando o rito de repercussão geral no RE 598099, decidiu que enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado, ainda que dentro do número de vagas, possui mera expectativa de direito à nomeação, que dependerá do juízo de conveniência e oportunidade da administração pública.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 24 de abril de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Alexandre Silva de Carvalho ajuíza mandado de segurança contra ato imputado à Secretária de Estado de Administração, pretendendo a obtenção de provimento jurisdicional que determine sua nomeação e posse em concurso público.

Narra que foi aprovado no concurso para o provimento de cargos efetivos da carreira gestão de serviços hospitalares do quadro permanente de pessoal da Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, regido pelo edital n. 1/2014 – SAD/FUNSAU.

Em que pese haver previsão de duas vagas para sua área de concorrência (técnico de serviços hospitalares I - agente condutor de veículos), o prazo de validade do concurso transcorreu sem que as vagas puras disponíveis fossem preenchidas.

Informa que o edital prevê a reserva de 3% das vagas aos candidatos indígenas e, nesse contexto, faria jus à nomeação, posto ser o único indígena inscrito.

Requer a concessão de medida liminar para o fim de determinar sua imediata nomeação e posse.

Pugnou pela concessão da gratuidade da justiça.

Instruiu a ação com os documentos de f. 15-25.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 57-67 e juntou documentos às f. 56-67.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da segurança (f. 192-197).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Alexandre Silva de Carvalho ajuíza mandado de segurança contra ato imputado à Secretaria de Estado de Administração, pretendendo a obtenção do provimento jurisdicional que determine sua nomeação e posse em concurso público.

Narra que foi aprovado no concurso para o provimento de cargos efetivos da carreira gestão de serviços hospitalares do quadro permanente de pessoal da Fundação Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul, regido pelo edital n. 1/2014 – SAD/FUNSAU.

Em que pese haver previsão de duas vagas para sua área de concorrência (técnico de serviços hospitalares I - agente condutor de veículos), o prazo de validade do concurso transcorreu sem que as vagas puras disponíveis fossem preenchidas.

Informa que o edital prevê a reserva de 3% das vagas aos candidatos indígenas e, nesse contexto, faria jus à nomeação, posto ser o único indígena inscrito.

Requer a concessão de medida liminar para o fim de determinar sua imediata nomeação e posse.

Pugnou pela concessão da gratuidade da justiça.

Instruiu a ação com os documentos de f. 15-25.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 57-67 e juntou documentos às f. 56-67.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da segurança (f. 192-197).

Passo ao voto propriamente dito.

O edital nº 1/2014 - SAD/FUNSAU previu a reserva aos candidatos indígenas de três por cento do total das vagas ofertadas (item 3.6 do edital). Para o cargo de técnico de serviços hospitalares I - função agente condutor de veículos, havia previsão de 2 (duas) vagas (f. 21).

Dessa forma, como o edital oferece apenas 2 (duas) vagas para a ampla concorrência, a aplicação da regra editalícia de reserva de 3% das vagas representaria a fração de 0,3 (três décimos).

A questão a ser dirimida, portanto, é se a fração de vaga deve ser desprezada ou arredondada e, considerado o princípio da legalidade como corolário de todo ato praticado pela administração pública, é fato que a resposta pode ser alcançada pela verificação da norma vigente à época da publicação do edital do concurso.

Nessa senda, dessume-se que a norma de regência aplicável à espécie é a Lei Estadual nº 3.594/2008, que institui, como medida de promoção da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho, o programa de reserva de vagas para negros e para índios, nos concursos públicos, para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul, e dispõe, segundo as alterações promovidas pela Lei nº 3.939, de 21 de julho de 2010, da seguinte forma:

> Art. 1º O Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para negros e índios, reservando-lhes cota mínima de 10% (dez por cento) e de 3% (três) por cento, respectivamente, das vagas oferecidas em todos os seus concursos para provimento de cargos públicos nos quadros de carreira. (redação dada pela Lei nº 3.939, de 21 de julho de 2010)
>
> § 1º A reserva mínima de que trata a presente Lei será disponibilizada, observada a proporcionalidade, aos negros e aos índios aprovados no processo seletivo realizado em iguais condições para todos os candidatos. (redação dada pela Lei nº 3.939, de 21 de julho de 2010)
>
> § 2º Dos editais dos concursos públicos deverá constar a previsão de reserva de 10% (dez por cento) e de 3% (três por cento) das vagas oferecidas para negros e índios, respectivamente, existentes entre os candidatos aprovados. (redação dada pela Lei nº 3.939, de 21 de julho de 2010)

À par da omissão quanto à hipótese em que a reserva não alcança fração ideal, a solução foi trazida pelo Decreto nº 13.141, de 31 e março de 2011, editado para regulamentar o programa de reserva de vagas em concursos públicos para provimento de cargos no Estado de Mato Grosso do Sul, que acrescentou o § 3º ao artigo 1º com a redação seguinte:

> § 3º Na aplicação do percentual estabelecido no *caput* **será desprezada a fração, se houver.**" (destaquei)

Não se ignora o fato de que a legislação em comento foi revogada pela Lei Estadual n.º 4.200, de 27 de julho de 2016, que alterou substancialmente os dispositivos acima referidos, modificando inclusive o percentual de quotas, como também passou a prever que "na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros e índios, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuído para número inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos)."

No entanto, a novel legislação não se aplica ao caso em testilha, posto que o edital de abertura do certame foi publicado maio de 2014, época em que vigente a norma que desconsiderava o número fracionário para fins de reserva de vagas.

Inquestionável que a Administração deve respeitar percentual de reserva de vaga estabelecido pela legislação vigente e pelo edital de regência, sob pena de malferir o princípio da legalidade.

Nesse sentido perfilham as Cortes Superiores, *in verbis:*

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Arredondamento do coeficiente fracionário para o primeiro número inteiro subsequente. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que a reserva de vagas para portadores de deficiência deve ater-se aos limites da lei, na medida da viabilidade das vagas oferecidas, não sendo possível seu arredondamento no caso de majoração das porcentagens mínima e máxima previstas. 2. Agravo regimental não provido. (STF, RE 440988 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-065 divulg 29-03-2012 public 30-03-2012).

> CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATOS - TRATAMENTO IGUALITÁRIO. A regra é a participação dos candidatos, no concurso público, em igualdade de condições. CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - DISCIPLINA E VIABILIDADE. Por encerrar exceção, a reserva de vagas para portadores de deficiência faz-se nos limites da lei e na medida da viabilidade consideradas as existentes, afastada a possibilidade de, mediante arredondamento, majorarem-se as percentagens mínima e máxima previstas. (STF, MS 26310, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2007, DJe-134 divulg 30-10-2007 public 31-10-2007 DJ 31-10-2007 PP-00078 ement vol-02296-01 PP-00071 RTJ vol-00202-03 PP-01134 RB v. 19, n. 529, 2007, p. 34-36).

No mesmo mote os julgados deste Tribunal de Justiça:

> E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – RESERVA DE VAGAS PARA CANDIDATOS QUE SE DECLARAREM NEGROS – FRAÇÃO IGUAL A 0,5 (5 DÉCIMOS) DE UMA VAGA – DESPREZO DA FRAÇÃO E IMPOSSIBILIDADE DE ARREDONDAMENTO PARA CIMA – REGRAMENTO VIGENTE À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM DENEGADA. 1. É admitida, por disposição expressa de lei, a reserva de vagas aos candidatos que se declararem negros (Lei Estadual nº 3.594/08, regulamentado pelo Decreto n. 13.141/2011). 2. Referida legislação regulamentou de forma diversa a hipótese em que a reserva de vagas atingisse fração de vaga. Na época da publicação do edital (28 de dezembro de 2015) vigorava norma que estabelecia que "Na aplicação do percentual estabelecido no *caput* será desprezada a fração, se houver" (art. 1º, § 3º, do Decreto 13.141/2011, com redação anterior à modificação contida no Decreto 14.574, de 30 de setembro de 2016). 3. Assim é que, por força do princípio do tempus regit actum, positivado no art. 6º, da LINDB, não há direito líquido e certo à reserva de vagas a candidato que se declara negro, por impossibilidade de arredondamento para cima de fração de número de vagas. (TJMS. Mandado de Segurança n. 1413379-57.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 27/03/2017, p: 28/03/2017).

> MANDADO DE SEGURANÇA - RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS - LEI ESTADUAL DE N. 3.594/2008 E DECRETO ESTADUAL DE N. 13.141/2011 - DIREITO À FRAÇÃO DE VAGAS NÃO ASSEGURADO PELAS NORMAS ESTADUAIS - POLÍTICA DE COTAS, ISONOMIA E INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPEITADOS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM DENEGADA. A candidata aprovada na primeira colocação da lista específica para negros não faz jus à nomeação ao cargo público pelo qual concorreu, se ainda não foram nomeados outros 09 candidatos aprovados na lista geral, já que as normas estaduais não preveem cota

> fracionada, nos termos dos arts. 1º, § 3º e 10, *caput* e inciso I, ambos do Decreto Estadual de n. 13.141/11. (TJMS. Mandado de Segurança n. 1401509-15.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 3ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 20/06/2016, p: 07/07/2016).

Mas a pretensão do impetrante, em ser nomeado, não esbarra apenas no princípio da legalidade.

No presente caso a reserva de 3% do total de 2 vagas está representada pela fração de 0,3 (três décimos). Assim, mesmo que fosse autorizado arredondar a fração para o primeiro número inteiro subsequente (o que não é o caso, conforme já assentado), o resultado encontrado seria 1 vaga. Deste modo, a reserva de uma vaga do total de duas representa a reserva de 50% (cinquenta por cento) das vagas puras disponíveis. Sem grande esforço, vê-se que a nomeação do impetrante, nos termos pretendidos, implica em clara afronta não só ao princípio da legalidade como também ao princípio da isonomia, dividindo as vagas destinadas à ampla concorrência e as destinadas à reserva por quotas em igual proporção (cinquenta por cento para cada).

Nesse aspecto, caso se entendesse que todas as frações deveriam ser arredondadas "para cima", a cada vaga disponibilizada à ampla concorrência, outra deveria ser reservada aos portadores de necessidades especiais, o que afrontaria o princípio da igualdade, norteador de todos os concursos públicos. (STJ, AgRg no REsp 1353071/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/03/2013, DJe 18/03/2013)

A simples aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos não gera, por si só, o direito à nomeação para o respectivo cargo. Além da aprovação, há necessidade do candidato estar classificado dentro do número de vagas previsto no instrumento convocatório. *A contrario sensu* o candidato aprovado, mas classificado fora do número de vagas, tem apenas mera expectativa de direito à nomeação.

Ademais, analisando os documentos juntados aos autos, percebe-ce que o concurso, com validade de 02 (dois) anos, foi prorrogado por igual período (Decreto nº 14.618, de 8 de dezembro de 2016 - f. 187). Portanto, o presente concurso possui validade até 18.12.2018. Restando incontroverso nos autos que o prazo de validade do certame ainda não expirou, dispõe a administração pública de prazo para convocar e nomear candidatos aprovados, sem que com isso haja ofensa aos princípios constitucionais insertos no art. 37, *caput* e inciso VIII da Constituição Federal.

Portanto, antes de esgotado o prazo de validade do concurso, ainda que o candidato impetrante estivesse classificado dentro do número de vagas, teria apenas expectativa de direito à nomeação, que dependerá de juízo de conveniência e oportunidade da administração para escolher o momento mais adequado para chamá-lo para a nomeação.[1]

Sendo assim, não há direito líquido e certo do impetrante à nomeação, quer porque aprovado em percentual que corresponde a fração de vaga cuja legislação à época aplicável despreza, para fins de admissão no percentual reservado, quer porque dispõe a administração pública de prazo para convocar e nomear candidatos aprovados no concurso ainda vigente.

Posto isso, contra o parecer, denego a segurança.

Sem custas. Sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009).

1 STF - RE 598099, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10.08.2011, repercussão geral - mérito DJe-189 DIVULG 30.09.2011 PUBLIC 03.10.2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 24 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0003088-90.2011.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE OFENSA À COISA JULGADA REJEITADA – DANOS AMBIENTAIS – CONSTRUÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – CÓDIGO FLORESTAL – PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM* – PREVISÃO DA LEI ANTIGA – OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO, RECOMPOSIÇÃO VEGETAL E RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DA PARTE DESPROVIDO E DA CONCESSIONÁRIA PROVIDO.

A coisa julgada, a teor da previsão do artigo 467, do CPC/73, hoje prevista pelo artigo 502, do CPC/15, envolve limites objetivos e subjetivos que devem ser respeitados para a aplicação do instituto.

Apesar da evidente modificação do ordenamento jurídico acerca da proteção ambiental, notadamente quanto às regras de áreas de proteção permanente, a sentença bem aplicou as normas ao caso ao observar que, em se tratando de APP's, as disposições gerais do Novo Código Florestal mantiveram-se inalteradas quando comparadas ao Código Florestal antigo (Lei n.º 4.771/1965).

Se no exercício do direito de propriedade a concessionária constatou irregularidades na ocupação da área, encontra-se no exercício de seu direito notificar e ajuizar as medidas judiciais cabíveis, que inclui demolição das edificações construídas e também a recomposição da cobertura florestal com projeto de recuperação da área.

Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso do Espólio de Orestes e dar provimento ao apelo da CESP, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de junho de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

CESP - Companhia Energética de São Paulo e Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior interpuseram apelações cíveis contra sentença proferida pelo juízo da vara de fazenda pública e registros públicos da comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação civil pública, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, determinou a cessação de intervenção da área de preservação permanente objeto, bem como remoção de edificações e apresentação e execução de projeto de recuperação.

No apelo de f. 258-71, a apelante CESP - Companhia Energética de São Paulo argumenta que restou incontroverso o dano causado ao meio ambiente, evidenciado pela construção de benfeitorias em área de preservação permanente, de forma que a obrigação de fazer condenatória deve estender a toda e qualquer interferência irregularmente construída.

Pede o provimento do recurso para determinar a remoção de todas as benfeitorias existentes na área, indistintamente.

Sem contrarrazões (f. 351).

Por sua vez, Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior recorre às f. 273-97, na qual levanta preliminar de ofensa à coisa julgada. Quanto ao mérito, afirma que a questão ambiental deve ser melhor analisada, notadamente porque houve alteração das características legais para determinar-se que a área objeto de litígio era de preservação permanente.

Pede o provimento do recurso para reconhecer a ofensa à coisa julgada ou, acaso ultrapassada, pede o provimento do recurso para reformar a sentença recorrida.

Contrarrazões foram juntadas às f. 328-40, com pleito para negativa de provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

CESP - Companhia Energética de São Paulo e Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior apelaram contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação civil pública ajuizada com pretensão demolitória e de obrigação de fazer para recompor cobertura florestal de área indicada na inicial.

Consta dos autos que a empresa CESP, proprietária de área de 62,9992 hectares situado à margem direito do reservatório da Usina Hidrelétrica de Jupiá, notificou, em 14/10/2008, Orestes Prata Tiberty Júnior e Ellen Perboni Martins, acerca de irregularidades praticadas pela construção em área de preservação permanente, o que causou e continua a causar danos ambientais.

Sem cumprimento de qualquer providência, o pleito inicial envolveu obrigação para demolir as edificações construídas irregularmente, recompor a cobertura florestal da área mediante apresentação de projeto de recuperação, além de indenização pelos danos ambientais verificados na área.

Em contestação, os requeridos arguiram preliminar de carência da ação pela ausência de interesse processual, uma vez que a área objeto da lide se encontra sob o domínio da empresa CESP desde 1968 e, apesar da pretensão intentada, em anos anteriores houve homologação de acordo para a concessão do uso da área a título oneroso com o pretérito possuidor do bem, José Natal de Carvalho.

Quanto ao mérito, afirmam que as construções discutidas já haviam sido erigidas desde a época da análise da ação de reintegração de posse havida com o anterior proprietário, nos autos n.º 2009.019627-4, em momento bem posterior à desapropriação da área.

Após a regular instrução processual, a sentença julgou parcialmente procedente a demanda para obrigar a parte ré a cessar qualquer intervenção na APP, bem assim remover as edificações existentes e apresentar projeto de recuperação da área degradada.

No apelo de f. 258-71, a apelante CESP - Companhia Energética de São Paulo argumenta que restou incontroverso o dano causado ao meio ambiente evidenciado pela construção de benfeitorias em área de preservação permanente, de forma que a obrigação de fazer condenatória deve se estender a toda e qualquer interferência irregularmente construída, indistintamente.

Por sua vez, Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior recorre às f. 273-97, na qual levanta preliminar de ofensa à coisa julgada. Quanto ao mérito, afirma que a questão ambiental deve ser melhor analisada, notadamente porque houve alteração das características legais para determinar-se que a área objeto de litígio era de preservação permanente.

Pede o provimento do recurso para reconhecer a ofensa à coisa julgada, ou acaso ultrapassada, pede o provimento do recurso para reformar a sentença recorrida.

Recurso de Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior.

Preliminar de ofensa à coisa julgada.

Arguiu o recorrente Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior a ofensa à coisa julgada, pois nos autos n.º 2009.019627-4, a empresa CESP e o anterior proprietário da área, José Natal de Carvalho, firmaram acordo para a concessão do uso da área a título oneroso, quando as construções aqui discutidas já tinham sido realizadas e eram de ciência da empresa CESP.

Defende que como possuidor a justo título e de boa-fé desde 03/12/2007, deve ser considerado legal proprietário a quem se estende os efeitos da sentença homologatória de acordo realizado com o antigo possuidor e vendedor do imóvel objeto desta lide.

Não há razão nos argumentos do recorrente.

Como se sabe, a coisa julgada, a teor da previsão do artigo 467, do CPC/73, hoje prevista pelo artigo 502, do CPC/15, envolve limites objetivos e subjetivos.

São objetivos aqueles que dizem respeito ao dispositivo da sentença de mérito tornada imutável e indiscutível e, no presente caso, por se tratar a dita sentença transitada em julgado de homologação de acordo firmado entre a CESP e o anterior proprietário da área, José Natal de Carvalho (como se observa às f. 122 dos autos), por certo que os parâmetros a serem utilizados circunscrevem-se ao acordo financeiro para o pagamento das parcelas atrasadas do contrato de concessão outrora celebrado entre as partes.

Por sua vez, são subjetivos os limites que dizem respeito aos sujeitos alcançados pela coisa julgada material. Tradicionalmente, segundo a regra disposta pelo artigo 472, do CPC/73, a coisa julgada se opera *inter partes*, vinculando-se apenas as partes que participaram do processo, sem atingir terceiros que não deveriam ser por ela beneficiados ou prejudicados.

Neste ponto o recorrente suscita a aplicação da regra prevista pelo artigo 42, § 3.º, do CPC/73, o que é de todo despiciendo porque as datas da homologação da sentença e a negociação da área não coincidem a ponto de afirmar-se que houve alienação de coisa ou direito litigioso.

No mais, há evidentes entraves à tese arguida pela parte.

Em primeiro plano, e como bem se manifestou o ilustre representante da PGJ (f. 356-72), seria impossível aplicar-se a coisa julgada quando as partes da sentença que se pretende utilizar não são as mesmas deste caso, óbice ditado pelo limite subjetivo acima mencionado.

E, ainda, mesmo se considerado que o ora apelante Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior atua como "sucessor" do antigo proprietário e, portanto, terceiro interessado a quem se aplicam os efeitos daquela sentença, os limites objetivos operados da sentença homologatória do acordo firmado pautaram-se apenas e tão somente quanto ao acordo financeiro para o pagamento da parcela atrasada do contrato de concessão de uso a título oneroso, com ratificação daquele acordo.

Ora, mesmo se considerada a ratificação do acordo, por certo que a cessão firmada às f. 95-103 entre CESP e José Natal de Carvalho possui natureza personalíssima, como expressamente apontada pela cláusula décima, de onde inicia discussão sobre a possibilidade de transferência da área sem a anuência da concessionária, notadamente em razão daquele pacto.

Além disso, mesmo se convalidado o instrumento em relação aos atuais proprietários da área, a responsabilidade pelos danos ambientais praticados não são elididos pela cessão de uso, o que não atinge a pretensão obrigacional aqui intentada.

Impossível, como demonstrado, invocar-se a coisa julgada, pelo que rejeito a prejudicial arguida.

Mérito.

Quanto ao mérito, o recorrente Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior defende que houve alteração das características legais para determinar-se que a área objeto de litígio era de preservação permanente, o que, aliado ao abuso do direito de propriedade exercido pela CESP, afirma não ser possível atingir situação que preexiste no local há mais de 20 anos.

Sem razão o recorrente.

Apesar da evidente modificação do ordenamento jurídico acerca da proteção ambiental, notadamente quanto às regras aplicáveis em áreas de proteção permanente, a sentença bem aplicou as normas ao caso ao observar que em se tratando de APP's, as disposições gerais mantiveram-se inalteradas quando comparadas ao Código Florestal antigo (Lei nº 4.771/1965).

Percuciente análise, aliás, fez o ilustre representante da PGJ, ao transcrever em comparação as redações do artigo 2º, "b", do Código Florestal em sua redação originária e o seu correspondente artigo 4.º, do Código Florestal vigente, o que deixou claro que realmente o conceito da área de preservação permanente existe desde 1965, antes mesmo da desapropriação efetivada sobre a área que hoje se encontra sob a propriedade da concessionária CESP.

Certo é que nos moldes da jurisprudência pacificada da Corte Superior, "em matéria ambiental, a adoção do princípio *tempus regit actum* impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato ilícito"[1], o que foi aplicado em caso julgado por esta Corte, de relatoria do Des. Dorival Renato Pavan, assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IRREGULARIDADES AMBIENTAIS VERIFICADAS NA PROPRIEDADE DO RÉU – NOVO CÓDIGO AMBIENTAL (LEI Nº. 15.651/2012) – INAPLICABILIDADE – *TEMPUS REGIT ACTUM*. RECURSO IMPROVIDO. I) "Em matéria ambiental, a adoção do princípio *tempus regit actum* impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato ilícito". (STJ. AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12/3/14). Se os fatos ocorreram e a própria ação foi ajuizada sob a égide do antigo Código Florestal, não há que se falar em revisão ou invalidação do laudo pericial elaborado de acordo com a legislação anterior. II) Recurso conhecido e não provido, com o parecer ministerial (TJMS. Apelação n. 0001867-27.2006.8.12.0028, Bonito, 4.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 28/10/2015, p: 28/10/2015).

1 STJ, AgRG no AREsp 231.561, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16/12/2014.

Fato é que não se tem notícias de quando ocorreu o fato ilícito, porém, dos documentos dos autos ressalto que o instrumento de cessão de uso a título oneroso celebrado entre a CESP e José Natal de Carvalho, em 27/07/2000, especificou não existir qualquer imóvel edificado no local, como se confirma do parágrafo único da cláusula segunda (f. 95-103), ratificado pelos documentos de f. 68-71 (escritura de compra e venda de 03/12/2007), bem assim pela matrícula de f. 72-3.

Por outro lado, às f. 30-49 há notícias de que em 1967, quando o imóvel pertencia a Leonidas Brito, havia apenas uma casa de taipa de aproximados 100 metros quadrados construídos, sendo certo que após a inspeção realizada em 2008 que se confirmou a construção das benfeitorias de maneira irregular, em afronta ao que dispunha o artigo 2º, II, da Lei nº 4.771/65, combinado com o artigo 2º, II, da Resolução CONAMA nº 302/2002, que regulamentou o instituto, fundamentos jurídicos em que se fundamentou a ação civil pública ajuizada pela CESP.

Neste ponto, o recorrente discute a necessidade de obediência ao princípio da legalidade e reserva de lei formal, já que a Resolução do CONAMA não teria o condão nem a competência para definir e fixar as metragens da APP.

Entretanto, não há o que se questionar sobre o poder regulamentar conferido ao CONAMA para estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, como prevê o artigo 7º, VI, VIII e XVIII, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Decreto nº 99.274/00).

Apesar do fato social relevante, não há que se afirmar que a concessionária CESP abusou do seu direito de propriedade porque os rancheiros da localidade lá se encontram há tempos, muitos dos quais sob a autorização da empresa.

Como previsto pelo artigo 1228, do CC, ao proprietário compete a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem assim o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a detenha ou possua. Compete também a este proprietário o exercício de seus direitos em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, de modo a se preservar a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, sob pena de responder pelos danos ambientais causados.

Ora, se no exercício de seu direito de propriedade a concessionária constatou irregularidades na ocupação da área, encontra-se no exercício de seu direito notificar e ajuizar as medidas judiciais cabíveis, inexistindo qualquer abuso nisso.

Aliás, poder-se-ia falar, inclusive, em abuso do direito de posse, se é que tal título pode ser estendido ao recorrente, pois se ciente da localização do imóvel adquirido e sabedor de sua situação de cessão de uso a título oneroso ao antigo proprietário, é plenamente possível que soubesse também da construção irregular realizada e mantida, cuja ciência se presumia desde o recebimento da notificação de f. 32-3, em 14/10/2008.

Dito isto, não se pode pretender convalidar a situação, a pretexto de que outros rancheiros locais também mantém construções semelhantes, pois isso seria fazer vistas grossas a situação visivelmente contrária à própria Constituição da República, que preceitua a proteção do meio ambiente equilibrado, nos moldes do artigo 225.

Diante desse quadro, nego provimento ao recurso de Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior.

Recurso de CESP - Companhia Energética de São Paulo.

Por sua vez, a apelante CESP - Companhia Energética de São Paulo argumenta que restou incontroverso o dano causado ao meio ambiente, evidenciado pela construção de benfeitorias em área de preservação permanente, de forma que a obrigação de fazer condenatória deve estender a toda e qualquer interferência irregularmente construída, indistintamente.

Há razão em seus argumentos, pois apesar do cuidado dispensado pela magistrada singular em diferenciar quais as obras edificadas cuja demolição causaria mais impacto ambiental do que a sua manutenção, olvidou-se que, além da pretensão demolitória de tudo o quanto fosse irregular, ou seja, construído em área de preservação permanente, competiria também ao causador do dano o dever de reparação integral ao meio ambiente, que também envolve a recomposição da área.

Note-se que na exordial da ação civil pública, além da demolição das edificações construídas, houve pleito também para a recomposição da cobertura florestal com projeto de recuperação da área, o que bem se enquadra à possibilidade de remoção da fiação elétrica construída dentro da APP e também do muro de arrimo existente e cerca de arame, e que foram excluídas da condenação em primeira instância.

O mesmo pode ser dito quanto aos açudes e aterros existentes.

A preocupação de atender-se ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade na medida não deve se sobrepor ao fato de que a manutenção dessas benfeitorias em área de preservação permanente por si só já é ofensiva à lei e à Constituição.

Eventuais ponderações acerca do impacto ambiental que as demolições possivelmente causariam em detrimento de sua manutenção deveria ser alegado pela parte ré, bem assim demandariam necessário laudo pericial, o que inexiste nos autos.

Todavia, tendo em vista que compete também ao apelado a condenação de arcar com a apresentação e execução de projeto de recuperação da área degradada, é crível que dentre tal se inclua a remoção de todas as benfeitorias construídas irregularmente, exatamente nos moldes do pleito inicial da ação proposta.

Dou provimento ao recurso de CESP, portanto.

Pelo exposto, conheço os recursos interpostos, rejeito a preliminar arguida por Espólio de Orestes Prata Tiberty Júnior, e quanto ao mérito de seu apelo, nego provimento.

Dou provimento à apelação de CESP - Companhia Energética de São Paulo para reformar a sentença e incluir dentre as obrigações demolitórias a remoção de todas as benfeitorias excluídas na sentença.

Em razão da modificação do julgado, altero a sucumbência para impor ônus integral da parte ré, mantendo-se os valores de honorários fixados, em razão da aplicação do entendimento do Enunciado Administrativo n.º 7, do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso do espólio de Orestes e deram provimento ao apelo da Cesp, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 06 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800437-18.2012.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA – ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS – PROFESSOR MUNICIPAL EM PERÍODO INTEGRAL – LESÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO CONFIGURADO – SERVIDOR QUE RECEBIA SEM TRABALHAR – DANO AO ERÁRIO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

O servidor público somente pode acumular cargos públicos em casos específicos, regrados por lei, e quando o exercício de uma função ou cargo não impedir no desempenho do outro, ou seja, deve exercer os cargos em horários compatíveis.

Havendo a cumulação indevida de cargos com o recebimento dos respectivos subsídios, somado ao fato da impossibilidade de prestação dos serviços em todos eles dada a incompatibilidade de horário, caracterizado está o ato de improbidade, o prejuízo ao erário.

Servidor que recebe sem trabalhar, age de forma dolosa e consciente quanto ao dano que pratica contra o erário.

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, 18 de abril de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Arnaldo Ramires Koch interpõe recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente a presente ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, e o condenou ao ressarcimento integral do dano causado ao erário público, consistente no valor que recebeu da AGESUL no ano de 2008, enquanto aguardava sua cedência, além de multa civil correspondente a 01 (uma) vez o valor que recebeu indevidamente a título de remuneração no ano de 2008, ambos em favor da AGESUL, e a perda do cargo que ocupa na AGESUL.

Alega preliminar de ilegitimidade passiva, dado que somente se ausentou de seu cargo efetivo e ao mesmo tempo lecionou em escola municipal, porque teve aquiescência de sua chefia, e fora convidado pela administração municipal para ministrar aulas.

Afirma que não há provas das acusações que lhe são imputadas, que agiu de boa-fé, e que não há provas que revelam os dias e horários nos quais as aulas foram ministradas, nem que ocorreu incompatibilidade de horário com o cargo que exercia junto à AGESUL.

Sustenta não estar configurado ato de improbidade administrativa, pois não houve dolo nem lesão ao erário, o que afasta a aplicação da Lei n.º 8.429/92.

Contrarrazões às f. 1679–90, pelo desprovimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso (f. 1.701-6) .

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Arnaldo Ramires Koch contra a sentença que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente os pedidos iniciais.

Eis o dispositivo da referida sentença (f. 1.643-4):

> Isso posto, julgo procedente a presente demanda, para declarar que Arnaldo Ramires Koch praticou atos de improbidade administrativa previstos nos art. 9º, *caput*, e art. 11, *caput*, com penalidades previstas, respectivamente, no art. 12, incisos I e III, ambos da Lei n.º 8.429/1992 e, em consequência, condená-lo ao ressarcimento integral do dano causado ao erário púbico, consistente na devolução do valor que recebeu da AGESUL no ano de 2008 enquanto aguardava sua cedência, calculado e corrigido conforme abaixo explicado, além do pagamento da multa civil correspondente a 01 (uma) vez o valor que recebeu indevidamente a título de remuneração no ano de 2008, ambos em favor da AGESUL, e a perda do cargo público que ocupa na AGESUL.
>
> Ressalto que, o valor a ser ressarcido pelo Requerido será a somatória das remunerações, inclusive décimo terceiro e férias, excluídos apenas os descontos com previdência (MS-PREV1), plano de saúde (CASSEMS-ATIV) e imposto de renda, se houver, que recebeu da AGESUL no ano de 2008, sendo que a partir da data de recebimento de cada remuneração deverá incidir correção monetária pelo INPC/IBGE e juros moratórios de 1% a.m até o efetivo pagamento.
>
> Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.
>
> Custas pelo Requerido. Conforme o entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de ação civil pública (nesse sentido: REsp 1.099.573/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 19.5.2010; REsp 1.038.024/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.9.2009; EREsp 895.530/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.2009).
>
> Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
>
> Após o trânsito em julgado, tornem conclusos para lançamento do nome do Requerido no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa.
>
> Oportunamente, arquive-se com as baixas e anotações necessárias.

Inconformado, o requerido interpõe este recurso alegando: ilegitimidade passiva; ilegitimidade ativa; inexistência de provas; ausência de ato de improbidade administrativa e; inexistência de lesão ao erário.

A preliminar de ilegitimidade de parte não merece prosperar.

Alega o apelante que foi colocado à disposição em sua residência e devidamente autorizado a assinar seus pontos de frequência; que não provocou nenhuma situação que sustente a imputação de ato ímprobo à sua pessoa; e que quem permitiu tal situação é quem deve responder pelo ato, até porque agiu de boa fé e nada fez às escondidas (f. 1.655).

A preliminar confunde-se com o mérito e com ele deve ser julgada, pois é exatamente este o escopo da referida ação civil pública, a qual tem por finalidade comprovar materialidade e autoria dos atos de improbidade administrativa relatados na inicial.

Como bem destacado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, "os argumentos utilizados pelo Apelante para embasar a preliminar de ilegitimidade passiva são atinentes ao mérito, pois o seu exame demanda análise do conjunto probatório".

E no caso é possível vislumbrar indícios suficientes para manter o apelante no polo passivo, haja vista estar comprovado nos autos o fato do apelante ausentar-se do cargo efetivo do Estado (AGESUL), continuar recebendo proventos integrais e, ao mesmo tempo, lecionar em escola municipal.

No que tange ao mérito, verifico dos autos que o Ministério Público ingressou com a presente demanda alegando que o réu, servidor público estadual, acumulou ilegalmente o cargo exercido na AGESUL com o cargo de professor no município, em horários incompatíveis.

Sustentou também que o réu, no ano de 2008, sem qualquer razão, não trabalhou na AGESUL.

Nos autos do Inquérito Civil registrado sob o n.º 012/2010, o Município de Três Lagoas confirmou que o réu exerceu o cargo de Professor convocado no ano de 2008 (f. 893).

Por sua vez, a AGESUL, ao responder o ofício encaminhado pelo Ministério Público, afirmou que não constava nos assentamentos funcionais do servidor Arnaldo Ramirez Koch nenhum ato de "cessão" ao Município de Três Lagoas (f. 939).

Em depoimento prestado nos autos do Inquérito Civil, o réu confirmou que trabalhava como professor em algumas escolas municipais e que não necessitou de anuência de seu chefe para exercer tal profissão. Afirmou, ainda, que no ano de 2008, passou a ficar em sua residência no horário de trabalho por autorização de seu superior, eis que aguardava autorização para trabalhar com Deputado Estadual (f. 980-1).

Pois bem.

Conforme demonstrado acima, é fácil perceber que resta caracterizado o ato ímprobo, pois todo o conjunto probatório confirma que o réu efetivamente recebeu salário do Estado pelo cargo público que exerce, contudo, no ano de 2008 também exerceu, exclusivamente, a função de professor no município de Três Lagoas.

Aliás, o registro de ponto fornecido pela Escola Municipal Joaquim Marques de Souza demonstra que desde 30 de novembro de 2007, o réu já trabalhava para o município em período integral.

Sobre o tema, a Constituição Federal é clara em vedar a acumulação de cargos públicos em casos como este. Vejamos:

> 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;

No caso, apesar da alegação do apelante, não havia compatibilidade de horários.

A robusta prova acostada aos autos demonstra que o réu lecionava em período integral, o que torna impossível a alegação de que os horários eram compatíveis.

Pelo documento de f. 1.058, restou provado que o apelante, no ano de 2008, lecionava em escolas municipais, em período integral (matutino, vespertino e noturno).

E ainda que houvesse compatibilidade de horário, os cargos exercidos pelo apelante não admitem cumulação, pois não se enquadram nas estritas hipóteses constitucionais.

Assim, restou comprovado que o apelante acumulou o cargo de agente de serviços organizacionais, na esfera estadual, com o de professor, na rede municipal, e que recebeu por ambos os trabalhos, mas não trabalhava naquele primeiro cargo, do qual percebia o salário, o que ele mesmo confirmou no decorrer da ação.

A alegação de que ausentava-se do trabalho por autorização verbal de seu superior, não afasta a conduta improba do apelante.

Isso porque o servidor público ativo que afasta-se do cargo sem qualquer justificativa, e permanece em casa recebendo seus subsídios regularmente, claramente está ferindo os princípios da moralidade e eficiência.

Ademais, "não se pode admitir que o apelante agiu de boa-fé, quando para galgar um novo cargo público praticou irregularidades, como o abandono de trabalho e assinatura na folha de frequência, sem a correspondente presença." (parecer da Procuradoria-Geral de Justiça – f. 1.704).

Em se tratando de ato que fere os princípios da administração pública, a Lei de Improbidade Administrativa assim dispõe:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (grifos postos)

Como bem destacado na sentença, "é incontroverso que o Requerido apesar de ocupante do cargo público efetivo de agente de serviços organizacionais na AGESUL durante o período de 2004 a 2008 trabalhou como professor contratado do Município de Três Lagoas, conforme, inclusive, confessou em seu depoimento pessoal e também em suas repostas apresentadas como defesa prévia e contestação na presente demanda" (f. 1.635).

Nesse sentido:

> REEXAME OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS (AGENTE PENITENCIÁRIO E ASSESSOR PARLAMENTAR). INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. OFENSA ART. 37, XVI, CF. IMPOSIÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E MULTA AO SERVIDOR INDEVIDAMENTE NOMEADO (ART. 12, I, LIA). INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA (NEGLIGÊNCIA). APLICAÇÃO DE MULTA (ART. 10, XII, DA LIA). FACILITAÇÃO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE TERCEIRO. APLICAÇÃO DE MULTA (ART. 12, I, LIA). EXERCÍCIO IRREGULAR DE CARGO DE DIREÇÃO SEM ATO FORMAL DE EMPOSSAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Em conformidade com o conjunto probatório dos autos, restou demonstrado que apesar do assessor parlamentar possuir horário flexível de trabalho, tinha que estar à disposição do vereador no momento em que fosse solicitado. Considerando-se que o apelado desempenhava função de agente penitenciário com carga horária de 24x72horas, e que atuava como diretor do CCZ de Dourados, ainda que sem qualquer ato legal de empossamento, não restam dúvidas quanto a incompatibilidade de horários em relação à função de assessor parlamentar. Verificada a ofensa ao art. 37, XVI, da Constituição Federal (cumulação de cargos com incompatibilidade de horários), inarredável a constatação do dolo ante a manifesta intenção de continuar recebendo remuneração tanto do cargo de agente penitenciário como de assessor parlamentar, em detrimento deste último (enriquecimento ilícito), causando lesão ao erário, em ofensa ao princípio da legalidade e moralidade administrativa (art. 9º e 11º, I, da Lei nº 8.429/92). Restituição do valor indevidamente recebido e multa de uma vez o seu valor (art. 12, I, lia). 2. Constatado que o agente público nomeou terceiro que já era servidor e exercia carga horária incompatível, não se pode negar que o ato de sua nomeação foi precedido de omissão e negligência por parte da administração, em total ofensa ao princípio da eficiência, devendo responder nos termos do art. 10, XII e 12, II (multa). 3. Ainda que o agente político (vereador) tenha afirmado que a pessoa indicada para o cargo de assessor parlamentar prestava serviços de assessoria em horários como finais de semana e feriados, não se pode negar que houve facilitação para que o nomeado pudesse desempenhar outras funções com remuneração, em horários efetivamente incompatíveis com o da assessoria, em total ofensa ao que dispõe o art. 37, XVI, da Constituição Federal. Aplicação de multa nos termos do art. 12, II, da lia. 4. Diante da não comprovação de qualquer prejuízo por parte do servidor que atuava indevidamente como diretor do ccz (sem ato formal de empossamento), nem ao menos o pagamento de qualquer remuneração, não há se falar em condenação por improbidade administrativa em relação ao prefeito e secretaria de saúde e muito menos em relação ao município. Reexame necessário e apelação cível providos parcialmente. (TJMS; Ap-RN 0010860-35.2009.8.12.0002; Dourados; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel; DJMS 30/06/2015; Pág. 10)

Assim, evidente que o apelante incidiu em ato de improbidade administrativa, em razão do acúmulo indevido dos cargos públicos.

De outro lado, também não há falar em ausência de lesão ao erário, como sustentado pelo recorrente.

Isso porque o apelante não trabalhou e ainda assim recebeu salário.

Os holerites juntados aos autos às f. 909-19, demonstram claramente o quanto foi recebido pelo servidor no período em que não trabalhava na AGESUL, o que por si só caracteriza prejuízo ao erário.

Por fim, a alegação de que "os deputados 'pediam a cedência' dos funcionários, e os 'chefes' permitiram que o mesmo aguardasse em sua residência, até ser publicado no órgão oficial", também não é

suficiente para afastar a conclusão de dano ao erário, pois não há provas nesse sentido e, ainda que houvesse, evidente que o ato configuraria violação à moralidade administrativa por parte também do político.

Aliás, este tipo de político de há muito deveria ser extirpado da vida pública, porque corroem o Poder como ratos e, como o fizeram com o apelante, o abandonam à própria sorte.

Como sabido, o ato de cessão tem caráter discricionário, não se vinculando a nenhuma norma, exceto aos princípios que norteiam a Administração Pública.

E, por ser discricionário, não há nenhum direito garantido ao servidor de que será cedido, o que torna ilógico e ilegal a determinação para que o servidor fique em casa, aguardando um ato que poderia nem mesmo efetivar-se, o que de fato aconteceu.

Outrossim, evidente que resta afastada a boa-fé do apelante, que recebeu regularmente seus proventos, sem comparecer ao local de trabalho, e ainda exercer outro trabalho remunerado no horário em que deveria estar no emprego público.

Por tais razões, rejeito a preliminar e, no mérito, nego provimento ao recurso, acolhido o parecer ministerial.

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. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 18 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0805442-50.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES NO CENTRO DE CONTROLE DE ZOONOSES DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS – INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELO CCZ – CONTROLE JUDICIAL DE ATOS VINCULADOS – PREVISÃO LEGAL DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE QUANTO À POSSE RESPONSÁVEL DE ANIMAIS DOMÉSTICOS – LEI ESTADUAL N° 2.990/2005 – VIOLAÇÃO DE PRECEITOS LEGAIS – ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – MANUTENÇÃO DAS CONDENAÇÕES Nº 01 E Nº 03 A 13 – ITEM Nº 02 DA SENTENÇA DEVE SER AFASTADO – IMPLANTAÇÃO DE SERVIÇO DE ATENDIMENTO MÉDICO-VETERINÁRIO À POPULAÇÃO CARENTE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A IMPLANTAÇÃO DO SERVIÇO – ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – NÃO CABIMENTO DE CONTROLE JUDICIAL E INTERFERÊNCIA NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DA MUNICIPALIDADE – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO E REEXAME NECESSÁRIO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NAS DEMAIS CONDENAÇÕES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O apelante não se desincumbiu de provar que realiza adequadamente todas as obrigações determinadas na Lei Estadual nº 2.990/2005, nem tampouco que garante o direito constitucional ao meio ambiente equilibrado quanto à fauna, abrangendo, inclusive, animais domésticos e domesticados.

A notória violação e abstenção de cumprimento de comandos legais de atividade vinculada ao ente público se submetem ao controle judicial, pois a atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador e não uma liberalidade, devendo ser mantida a sentença quanto aos itens que se referem à legalidade do ato administrativo já determinado pela lei, quais sejam nº 01 e nº 03 a 13.

Deve ser afastada a condenação para a implementação de serviço médico veterinário à população carente, descrita no item nº 02 da sentença recorrida, tendo em vista que não há previsão legal descrevendo a obrigatoriedade do serviço.

Tratando-se de ato discricionário da administração, não pode o Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade da entidade estatal, considerando, principalmente, suas prioridades orçamentárias.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por Município de Três Lagoas contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, para o fim de determinar o cumprimento de diversas obrigações de fazer quanto ao Centro de Controle de Zoonoses municipal.

Em razões recursais, o apelante afirma que quanto aos itens 1, 2, 7, 8, 9 e 10 da sentença, tais determinações implicam em atos típicos de administração, sujeitos ao poder discricionário da municipalidade e, portanto, por ferirem a autonomia da administração e a separação dos poderes, devem ser afastados de cumprimento. No que tange aos itens 3, 4, 5, 6, 11, 12, e 13, afirma que o município já cumpre tais comandos e também não realiza as ações que a sentença determina a não realizar.

Por tais motivos, afirma que não há que se falar em condenação do recorrente, mormente porque as determinações feitas na decisão objurgada importam na realização de atos típicos da administração sem a necessária previsão de receitas, fato que não conduz a observância de preceito constitucional que assegura a independência entre os poderes, prequestionando tais fundamentos.

Por sua vez, em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pede a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

Em parecer ministerial, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo parcial provimento do recurso interposto a fim de que seja afastada a condenação relativa ao item nº 2 do dispositivo recorrido, mantendo-se suas demais determinações.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por Município de Três Lagoas contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Estadual, para o fim de determinar o cumprimento de diversas obrigações de fazer quanto ao Centro de Controle de Zoonoses municipal.

Em suas razões recursais, o apelante afirma que quanto aos itens 1, 2, 7, 8, 9 e 10 da sentença, tais determinações implicam em atos típicos de administração, sujeitos ao poder discricionário da municipalidade e, portanto, por ferirem a autonomia da administração e a separação dos poderes, devem ser afastados de cumprimento. No que tange aos itens 3, 4, 5, 6, 11, 12, e 13, afirma que o município já cumpre tais comandos e também não realiza as ações que a sentença determina a não realizar.

Por tais motivos, afirma que não há que se falar em condenação do recorrente, mormente porque as determinações feitas na decisão objurgada importam na realização de atos típicos da administração sem a necessária previsão de receitas, fato que não conduz a observância de preceito constitucional que assegura a independência entre os poderes, prequestionando tais fundamentos.

Por sua vez, em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pede a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos.

De início cumpre destacar que há, não só no Município de Três Lagoas, mas em todo o Estado de Mato Grosso do Sul, uma preocupação quanto a quantidade de animais sacrificados em nome da erradicação de determinadas zoonoses, doenças como a raiva, sarna, leishmanose, leptospirose, dentre outras. Corrobora isso, o fenômeno da procriação desenfreada edo alto grau de abandono de animais, que é consequência da ignorância e falta de responsabilidade da população em relação ao problema. Soma-se, ainda, a omissão das autoridades competentes e a má distribuição dos recursos públicos necessários ao tratamento específico dos animais.

É nesse contexto que surgem os Centros de Controle de Zoonoses, com seus métodos, na maioria das vezes, inadequados de captura, confinamento e extermínio de cães e gatos após dias de constrangimento em estressantes situações de cativeiro. Assim, questiona-se qual a razão do sacrifício sistemático e indiscriminado de animais nos CCZ›s e sua real eficácia quanto ao controle das zoonoses.

Acerca do tema, a Constituição Federal dispõe:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> (...) VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
>
> (...) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Portanto, dentre todos os temas relativos ao meio ambiente, destaca-se a defesa da fauna que abrange, inclusive, os animais domésticos ou domesticados. Levando-se em conta as características e destinação naturais de cães e gatos capturados pelos Centros de Controle de Zoonoses, verifica-se as alterações adversas de ordem física, psíquica e moral decorrentes do tratamento cruel a que são submetidos tais animais nos procedimentos realizados pelo CCZ, configurando crueldade e maus tratos tipificados, inclusive, como crime ambiental previsto pela Lei n.º 9.605/98, art. 32.

Dessa forma, com o objetivo de garantir a aplicação do direito fundamental ao meio ambiente, o ordenamento jurídico determinou que o ente público possui a obrigação de proteger toda a fauna, vedando práticas que provoquem o extermínio dos animais e sejam cruéis em qualquer espécie.

Diante desse panorama e visando uma conduta ética e humanitária com relação aos animais, faz-se necessária uma mudança de paradigma dos CCZ's, transformando-os em centros de promoção da saúde e bem estar, com a implantação de um programa eficiente para o controle de zoonoses.

Bem se vê que o CCZ de Três Lagoas não possui uma realidade diversa da explicitada. Através dos documentos colacionados à inicial, qual seja, todo o inquérito civil, é possível perceber que há tratamento cruel, sacrifício desmotivado, inclusive em animais com apenas suspeita de estarem doentes de fato, ainda sem anestesia, provocando uma morte ingrata, além de outras aberrações.

É evidente nos autos que a quantidade de animais sacrificados é bastante significativa, conforme demonstrado através de ofício do próprio CCZ de Três Lagoas (f. 82), perfazendo um total de 6.256 (seis mil e duzentos e cinquenta e seis) animais levados a óbito no período de apenas dois anos. A média mensal se resume ao número assustador de 260 (duzentos e sessenta), que teriam sido diagnosticados com doenças diversas, porém sem a devida confirmação.

Ocorre que o apelante não comprovou nos autos que os animais sacrificados constituíam risco a saúde pública, nem que de fato estivessem doentes quando da aplicação da eutanásia, tampouco que tal procedimento tenha sido realizado em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, sem a submissão desses animais à crueldade.

Compulsando os autos, pode-se observar que houve a aquisição de anestésicos gerais injetáveis para a aplicação em animais que seriam em seguida sacrificados (f. 85-7). Contudo, mesmo que tenham sido utilizados – do que não há comprovação nos autos – não se sabe em quais condições teriam sido aplicados. Além disso, não há como saber se a técnica produziu o efeito necessário para que a morte, então, não fosse sentida de forma dolorosa.

Ainda, em resposta a ofício do Ministério Público (f. 60-1), o Município de Três Lagoas informou que em média são sacrificados 350 (trezentos e cinquenta) animais por mês, ou seja, um número bem superior daquele informado pelo próprio Centro de Zoonoses às f. 82. Observa-se que além da alarmante quantidade de mortos, não há como saber ao certo quantos animais foram sacrificados considerando que o próprio ente público fornece números divergentes em respostas às diversas solicitações da Promotoria local. Destaca-se, também, a enorme quantidade de animais que foram sacrificados e que estariam supostamente com apenas sintomas de alguma doença, quer dizer, sem de fato uma patologia confirmada.

Pode-se observar que, em reportagem de retrospectiva do ano de 2011, o Jornal do Povo de Três Lagoas noticiou que naquele período foram sacrificados 1800 (mil e oitocentos) cães por leishmaniose, sendo que seriam 250 por mês por conta da doença (f. 56-7). Dessa forma, é possível concluir que, muito embora não haja confirmação de quantos animais foram mortos no período, eis que existe evidente divergência nos quantitativos, é indiscutível que a prática de sacrifício indiscriminado de cães e gatos pelo CCZ de Três Lagoas é recorrente.

Sendo assim, o CCZ, aquele que deveria fiscalizar e garantir a saúde e o bem estar dos animais e, ainda, estimular a aplicação dos preceitos constitucionais e legais que preconizam a posse responsável desses seres vivos, é o primeiro a violar a norma e dar péssimo exemplo, estimulando a impunidade e a barbárie. É de se observar, também, que, em virtude das políticas administrativas adotadas, não há no CCZ infraestrutura e pessoal qualificado suficiente para atender as solicitações da comunidade, nem há critérios para separação de animais apreendidos, considerando que sadios convivem diretamente com animais doentes, por exemplo.

Além disso, a matança indiscriminada de animais não garante o controle eficaz das zoonoses existentes na região. O combate às doenças requer um cuidado integrado que envolve planejamento urbano, manejo do lixo, combate ao mosquito, controle populacional de animais por esterilização e, o mais importante, promoção da saúde e nutrição da população mais excluída. Nada disso se refere a matar cães e gatos, e as doenças seguem em proliferação. Portanto, observa-se claramente que a estratégia da matança é falida e que devem ser repensados novos métodos no controle de zoonoses.

Realizadas tais considerações, cumpre analisar as condenações impostas ao recorrente (f. 296-8):

> (...) 1) na obrigação de fazer consistente em implementar programa administrativo de controle reprodutivo de cães e gatos, serviço essencial à saúde pública, que deverá ser mantido de forma permanente, à disposição da população comprovadamente carente e das entidades de proteção aos animais, bem como na promoção de medidas protetivas,

por meio de identificação, registro, programas de adoção e de campanhas educacionais para conscientização pública, nos termos da Lei Estadual nº 2.990/2005, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais) limitada a R$ 100.000,00 (cem mil reais);

2) na obrigação de fazer consistente na implantação de serviço de atendimento médico-veterinário a pessoas carentes, com disponibilização de programas de castração, vacinação contra raiva, bem como vermifugação de animais a toda a população de baixa renda, com critérios a serem estabelecidos pelo Poder Público;

3) obrigação de não fazer consistente em abster-se de sacrificar animais no Centro de Controle de Zoonoses através de câmara de gás ou de qualquer outro meio que possa causar demora e sofrimento na morte, nos rigorosos termos do art. 32 da Lei Estadual nº 2.990/2005;

4) obrigação de não fazer consistente na proibição do Centro de Controle de Zoonoses de causar a morte de animais que não sejam nocivos à saúde e segurança de seres humanos, bem como daqueles que não estejam em fase terminal ou que não apresentem quadro reversível de saúde, somente admitida a captura em caso de tratamento médico, castração, vacinação e adoção, consoante determinado pela Lei Estadual nº 2.990/2005 e pela Resolução do Conselho Federal de Medicina Veterinária nº 1.000/2012;

5) obrigação de fazer consistente de, nos casos de sacrifício de qualquer animal do Centro de Controle de Zoonoses, seja emitido prontuário com os métodos e técnicas empregados, mantendo estas informações disponíveis para fiscalização pelos órgãos competentes, nos termos do art. 6º da Resolução do Conselho Federal de Medicina Veterinária nº 1.000/2012;

6) obrigação de promover campanhas periódicas sob o acompanhamento das entidades de proteção animal, informando a população a respeito de posse responsável de animais, necessidade de vacinação periódica e controle de zoonoses através da castração;

7) obrigação de recolhimento de animais, cujo sacrifício ocorrerá apenas com aval médico veterinário e nas hipóteses elencadas na Lei Estadual nº 2.990/2005 e Resolução do Conselho de Medicina Veterinária nº 1.000/2012, facultado o acompanhamento do dono do bicho, nos termos do art. 29 da Lei Estadual nº 2.990/2005;

8) obrigação de fazer no sentido de implantação do serviço de registro de animais, em obediências aos artigos 3º, 4º e 5º da Lei Estadual nº 2.990/2005;

9) obrigação de fazer consistente na obrigação de fiscalizar os estabelecimentos que comercializam animais, de modo que sejam verificadas as condições dos referidos locais e as formas com que estão em seus compartimentos e demais cuidados, conforme estabelecidos dos artigos 23 a 28 da Lei Estadual nº 2.990/2005;

10) obrigação de fazer para que o Município promova a imposição de penalidades pecuniárias administrativas em caso de abandono, maus tratos e de outras condutas dessa natureza, nos termos do art. 36 da Lei Estadual nº 2.990/2005;

11) obrigação de fazer consistente na comunicação por escrito à autoridade policial e a Promotoria de Justiça a respeito dos casos de maus tratos de animais que cheguem ao conhecimento do Centro de Controle de Zoonoses;

12) obrigação de fazer consistente na veiculação de divulgação em escolas, praças, órgãos municipais e outros meios de comunicação, para que promovam informativos sobre campanha de adoção de animais e de controle reprodutivo, indicando à população o local onde possam buscar informações a respeito;

> 13) obrigação de não fazer consistente em abster de recolher, a pedido do dono, animais saudáveis para sacrifício no Centro de Controle de Zoonoses de Três Lagoas. (...)

Bem se vê que, conforme registrou o magistrado na sentença, há no Estado de Mato Grosso do Sul legislação específica que regula a matéria acerca da posse responsável de cães e gatos, qual seja Lei Estadual n.º 2.990/2005 e, acerca dos elementos probatórios já analisados, verifica-se a violação de vários dispositivos da norma.

Fato é que a municipalidade não comprovou que seu Centro de Controle de Zoonoses desenvolve as atribuições determinadas na referida lei, tendo, inclusive, violado algumas, quais sejam: o registro de toda a população de cães e gatos da localidade (art. 3.º); a fiscalização dos estabelecimentos que comercializam tais animais (art. 23); a apreensão apenas de animais soltos em via pública (art. 29); a notificação do proprietário do animal registrado para retirá-lo (art. 29, § 1.º); a manutenção de cães e gatos apreendidos em ambientes adequados, higiênicos, protegidos, com a devida alimentação, separados por sexo e espécie (art. 29, § 3.º); a devida destinação dos animais não resgatados (art. 29, § 4.º); a emissão de parecer técnico por médico veterinário responsável pelo controle de zoonoses municipal acerca da destinação de animais portadores de doenças e ferimentos considerados graves (art. 29, § 5.º); a proibição de eutanásia em animais saudáveis (art. 29, § 6.º); a promoção de mecanismos para o controle populacional, realizando procedimentos de castração (art. 35); e, por fim, a aplicação de penalidade pecuniária e comunicação ao órgão competente no caso de maus tratos (art. 36). Assim, veja-se:

> (...) Art. 3.º Todos os cães e gatos residentes no Estado de Mato Grosso do Sul deverão, obrigatoriamente, serem registrados no órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses ou em estabelecimentos veterinários devidamente credenciados por esse mesmo órgão.
>
> (...) Art. 23.º. Caberá aos Agentes Sanitários a fiscalização de pessoas físicas e jurídicas que comercializem animais, inclusive feira de filhotes e exposições de animais, de acordo com as diretrizes do Conselho Estadual de Bem Estar Animal, ou/e órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, e/ou CRMV – Conselho Regional de Medicina Veterinária (...).
>
> (...) Art. 29.º. Será apreendido todo e qualquer cão ou gato encontrado solto em vias e logradouros públicos.
>
> § 1.º. Se o cão ou gato apreendido estiver devidamente registrado conforme previsto na presente Lei, o proprietário será informado da apreensão do animal e notificado para retirá-lo no prazo de 24 horas, ou mantido sobre guarda até 5 dias caso o proprietário não seja encontrado.
>
> (...) § 3.º. Todos os animais apreendidos deverão ser mantidos em recintos higienizados, com proteção contra intempéries naturais, alimentação adequada e separados por sexo e espécie.
>
> § 4.º. A destinação dos animais não resgatados deverá obedecer às seguintes prioridades: I – Adoção por particulares; II – Doação para entidades protetoras dos animais ou para Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público – OSIP, nos termos da Lei Federal nº 9790/99. III – Doação para entidades de ensino e pesquisa, desde que seja obedecida rigorosamente o preconizado no § 1º, artigo 32 da Lei 9605, de 28 de fevereiro de 1998.
>
> § 5.º. No caso de animais portadores de doenças e/ou ferimentos considerados graves, e/ou clinicamente comprometidos, caberá ao médico veterinário do órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses, após avaliação e emissão de parecer técnico, decidir o seu destino, mesmo sem esperar o prazo estipulado no parágrafo 2º deste artigo.

> § 6.º. Em nenhuma hipótese será permitida a eutanásia de animais saudáveis.
>
> (...) Art. 35.º. O Governo do Estado de Mato Grosso do Sul celebrará convênios com as Prefeituras Municipais com o objetivo de criar condições para o controle populacional de cães e gatos, através de castração cirúrgica, sempre com a partipação e parceria de entidades protetoras dos animais, universidades, estabelecimentos veterinários e com a iniciativa privada.
>
> Art. 36.º. São considerados maus-tratos contra cães e/ou gatos: a) submetê-los a qualquer prática que cause ferimentos, ou morte; b) mantê-los sem abrigo, em lugares impróprios ou que lhes impeçam movimentação e/ou descanso, ou ainda onde fiquem privados de ar ou luz solar, bem como alimentação adequada e água; c) obrigá-los a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças, ou castigá-los, ainda que para aprendizagem e/ou adestramento; d) transportá-los em veículos ou gaiolas inadequados ao seu bem-estar; e) utilizá-los em rituais religiosos, e em lutas entre animais da mesma espécie ou de espécies diferentes; f) abatê-los para consumo; g) sacrificá-los com métodos não humanitários; h) soltá-los ou abandoná-los em vias ou logradouros públicos. i) entregá-los ao Centro de Controle de Zoonoses estadual e/ou municipal estando os mesmos saudáveis. § 1º Quando um agente sanitário do órgão estadual e/ou municipal responsável pelo controle de zoonoses verificar a prática de maus-tratos contra cães ou gatos deverá: I – Nos casos das alíneas A, B, C e D deste artigo, intimar, imediatamente, e orientar o proprietário ou preposto para sanar as irregularidades, no prazo de 72 horas. II - No retorno da visita, referentes ao inciso I, caso as irregularidades não tenham sido sanadas, e também quanto às alíneas E, F, G, H e I, aplicar multa de 10 UFERMS por animal, e comunicar ao órgão municipal integrante do Sisnama (Sistema Nacional de Meio Ambiente) a configuração do ato de maus-tratos, visando à aplicação da Lei Federal 9.605/98. (...).

Dessa forma, não merece prosperar a tese do apelante de que as condenações impostas em sentença devem ser afastadas, pois constituiriam atos típicos de administração, sujeitos ao poder discricionário da municipalidade, ferindo a autonomia da administração e a separação dos poderes.

Isto porque existem atividades administrativas cuja execução está integralmente definida em lei, como é o caso dos autos. Dispõe a regra legal sobre todos os elementos do ato a ser praticado pelo ente público. A ele não é concedida nenhuma liberdade quanto à atividade a ser desempenhada e, por tal motivo, deve se submeter integralmente ao mandamento legal. A atividade é, portanto, vinculada, e não discricionária do agente.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho, "a atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador, obrigando-o a conduzir-se rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais. Por conseguinte, esse tipo de atuação mais se caracteriza como restrição"[1] do que como uma prerrogativa de escolha à satisfação do interesse público.

Ademais, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que todos os atos administrativos podem se submeter à apreciação judicial de sua legalidade. Assim, se todos os elementos do ato tem previsão na lei, bastará, para o controle de legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Tal desarmonia restou evidenciada nos autos, surgindo, portanto, vício de legalidade e, em sendo assim, imperiosa é a intervenção do Poder Judiciário.

Dessa forma, constatada a falha do serviço do ente público em administrar adequadamente o Centro de Controle de Zoonoses do município de Três Lagoas, a fim de garantir o direito ao meio ambiente equilibrado que a Constituição Federal assegura, bem como os direitos e deveres previstos na Lei n.º 2.990/2005, a manutenção da sentença é medida que se impõe, devendo ser mantidas as condenações n.º 1 e 3 a 13.

1 Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. ampl. e atual. até 31/12/2014. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53.

Contudo, bem se observa que o item n.º 2 não está de acordo com o que pressupõe o ordenamento jurídico brasileiro.

É que a implantação de qualquer serviço pelo ente público através do controle judicial extrapola a condição jurisdicional, permitindo que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame de legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador.[2]

No caso em questão, a lei não prevê em nenhum momento que a municipalidade implante serviço médico veterinário à população mais carente. É bem verdade que existem municípios que aplicam tal prerrogativa, contudo, não se pode dizer que a medida deva, então, virar regra, considerando, principalmente, as prioridades orçamentárias da entidade estatal.

Nesse sentido, tem-se da jurisprudência pátria:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM RECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS.
>
> Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. **Na lição de Hely Lopes Meirelles, "só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo". Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada.** Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido "demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município". No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que "a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida". Adotar entendimento diverso do esposado pelo Tribunal de origem, bem como pelo Juízo *a quo*, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula n. 07/STJ. No que toca à divergência pretoriana, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que a tese defendida no julgado paradigma não prevalece, diante do posicionamento adotado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prequestionamento dos artigos 4º, parágrafo único, alíneas "c" e "d", 86, 87, 88, incisos I a

2 Idem. p. 54.

III, 90, inciso IV, e 101, incisos II, IV, V a VII, todos da Lei n. 8.069/90. Recurso especial não provido. (REsp 208.893/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 263 - grifou-se)**.**

REMESSA NECESSÁRIA Nº: 57030004329. AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. REQUERIDO: MUNICÍPIO DE ÁGUIA BRANCA. RELATOR: DES. SUBST. FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY. ACÓRDÃO PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER A CONSTRUÇÃO DE ABRIGO DESTINADO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - ATOS DE GOVERNO - IMPOSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO DE VERBAS COM FINALIDADE ESPECÍFICA EM ORÇAMENTO PÚBLICO - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - SENTENÇA REFORMADA. 1 – A construção de abrigo para menores diz respeito à conveniência e oportunidade administrativas, não cabendo a intervenção do Judiciário para impor, na lei orçamentária municipal, verba específica para tal obra (arts. 165 e 167, IV, CF), já que **o Judiciário não pode formular políticas públicas, que constituam matéria sob "reserva de governo" - ou que consubstanciem atos funcionalmente políticos. 2 - De acordo com o princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município** e determinar a construção de obra especificada. 3 - As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 4 - Sentença reformada em remessa necessária. (...) (TJES, Classe: Remessa Ex-officio, 57030004329, Relator: Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon - Relator Substituto: Fernando Estevam Bravin Ruy, Órgão julgador: Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 03/10/2006, Data da Publicação no Diário: 31/10/2006 - grifou-se).

Ante o exposto, com o parecer ministerial, dou parcial provimento ao recurso interposto, apenas para afastar a cominação registrada no item n.º 02 da sentença objurgada, mantidas as demais condenações.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800656-65.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPONDO A OBRIGAÇÃO DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS JÁ EXISTENTES – PRELIMINARMENTE – ILEGITIMIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – REJEITADA – MÉRITO – DEVER DE ESTRUTURAR UTI NEONATAL E PEDIÁTRICA, BANCO DE LEITE MATERNO E SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA À GESTAÇÃO DE ALTO RISCO – POLÍTICAS PÚBLICAS JÁ RELACIONADAS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE POR MEIO DA REDE CEGONHA – DIVERSOS ÓBITOS RELACIONADOS DIRETA E INDIRETAMENTE COM A OMISSÃO DO ESTADO E MUNICÍPIO – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL, NEM VILIPÊNDIO À NORMAS ORÇAMENTÁRIAS OU AO MÉRITO ADMINISTRATIVO – DEVER CONSTITUCIONAL DE RESGUARDO À VIDA E À SAÚDE RECONHECIDO – OBRIGAÇÃO MANTIDA – ASTREINTES – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Resta consolidado na jurisprudência tanto dos Tribunais Superiores quanto dos Tribunais Estaduais e Regionais, que a obrigação relativa à prestação de saúde aos cidadãos, na forma do art. 196 da Constituição Federal, é solidária entre todos os entes que compõem a República Federativa do Brasil (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Se subsiste política pública para atendimento das necessidades da população da Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS, no tocante à estruturação de UTI Neonatal e Pediátrica, Banco de Leite Materno e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco, mas, a despeito disso, por inação do Estado, remanesce o problema crônico na região, ocasionado diretamente ou indiretamente óbitos relacionados com tal omissão, deve ser imposta a obrigação de implementar referida política, em resguardo do direito fundamental à vida e à saúde, esculpidos na Constituição Federal.

Se o que se pretende é compelir o Estado a implementar política pública pré-existente, que abandonada pelos destinatários da tutela jurisdicional, possível o controle judicial, sem que se possa sustentar afronta aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível, ou vilipêndio a normas orçamentárias ou incursão no mérito administrativo.

É cabível e necessária, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa coercitiva (astreintes) como meio executivo para o cumprimento da decisão judicial, cujo valor deve ser suficiente para impor o temor necessário a desestimular eventual tendência em postergar o cumprimento da ordem judicial.

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 aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos da ação civil pública (feito nº 0800656-65.2015.8.12.0008, da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS) que o Ministério Público Estadual lhe promove, tendo como litisconsorte passivo o Município de Corumbá, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível (f. 190-200).

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedente o pedido inicial para condenar as partes requeridas a:

> a) providenciarem, sempre que necessário, a imediata disponibilização de leitos neonatais e pediátricos, incluindo-se o atendimento em UTIs, em hospitais na rede pública e, caso não haja vagas, comprem em hospitais privados, ainda que em instituições particulares não conveniadas, as expensas dos requeridos, sem prejuízo do transporte adequado, até que instalada e em funcionamento UTI Mista (Neonatal + Pediátrica) no Município de Corumbá/MS, com leitos pelo Sistema Único de Saúde; b) adotem as medidas administrativas bastantes à instalação e ao funcionamento de UTI Mista (Neonatal + Pediátrica) no Município de Corumbá/MS, com a disponibilização de equipes médica e de enfermagem, a ser efetivada no prazo máximo de 1 (um) ano, observado o quantitativo mínimo de 05 (cinco) leitos, tudo em conformidade, ainda, com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, bem como, com as diretrizes médico-científicas pertinentes; c) implementem no Município de Corumbá/MS Banco de Leite Humano e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco, com toda estrutura físicotécnico necessária, a ser efetivada no prazo máximo de 1 (um) ano; sob pena de multa diária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada obrigação, limitada, inicialmente, ao prazo de 120 dias.

Suscitou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que: o atendimento em questão é de competência dos Municípios, que recebem verbas da União e do Estado para que viabilize um melhor atendimento à população local; os pedidos formulados na peça exordial estão, na verdade, atrelados à gestão municipal; os recursos necessários para atender os pedidos estão reservados pela Rede Cegonha, cabendo apenas ao Município de Corumbá adequar-se aos requisitos previamente estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

No mérito, dispôs que a decisão em questão afronta a independência do Poder Executivo, sendo questionável a exequibilidade do comando jurisdicional, não apenas por causa da ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, mas principalmente porque o juiz não sinalizou a dotação orçamentária, a origem da verba pública para se realizar os investimentos determinados na sentença, além de ignorar outras prioridades administrativas, de complexa gestão orçamentária e financeira.

Alegou que "há prioridades e urgências de outras demandas, da própria saúde, educação, pagamento de folha de salários, repasse constitucional aos Poderes Legislativo e Judiciário, repasses ao Ministério Público e a Defensoria Pública. Não é possível atender-se a todas as necessidades de uma só vez".

Expôs que as obrigações impostas são concernentes ao mérito administrativo, cujo controle não está no alcance do Poder Judiciário, representando verdadeira formulação de política pública, competência esta cabível ao Poder Executivo.

Mencionou ser aplicável o princípio da reserva do possível, onde Judiciário só pode exigir a concretização de determinado direito social, econômico ou cultural pelo Poder Executivo, quando se comprova a presença de dois requisitos, quais sejam, a omissão na implementação da política pública e a disponibilidade orçamentária para tanto.

Aduziu ser inaplicável a multa diária em face da Fazenda Pública, porque causa prejuízo ao erário estadual, deslocando recursos que poderiam ser aplicados em áreas mais prioritárias, cuja imposição, além de ofender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se presta para regular situações genéricas ou complexas, que envolvam atos administrativos distintos e complexos, como a presente.

Subsidiariamente, caso mantida a cominação da multa, pediu a redução da penalidade ao importe total de no máximo R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Em vista disso, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, preliminarmente, reconhecer-se a ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul ou, no mérito, julgar-se improcedente os pedidos iniciais do *Parquet* ou, subsidiariamente, reduzir-se a incidência da multa-diária para o máximo de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Intimado, o Ministério Público Estadual, por seu órgão de execução na origem, apresentou contrarrazões (f. 202-218), onde rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pelo não provimento do recurso.

Apesar de intimado, o Município de Corumbá deixou transcorrer *in albis* o prazo, sem apresentar contrarrazões (f. 239).

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, esta ofertou parecer (f. 244-257), opinando pelo conhecimento e não provimento dos recursos obrigatório e voluntário.

Os autos vieram remetidos igualmente para reexame necessário da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível e reexame necessário de sentença, proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do Estado de Mato Grosso do Sul e Município de Corumbá, onde os requeridos foram condenados a:

> a) providenciarem, sempre que necessário, a imediata disponibilização de leitos neonatais e pediátricos, incluindo-se o atendimento em UTIs, em hospitais na rede pública e, caso não haja vagas, comprem em hospitais privados, ainda que em instituições particulares não conveniadas, as expensas dos requeridos, sem prejuízo do transporte adequado, até que instalada e em funcionamento UTI Mista (Neonatal + Pediátrica) no Município de Corumbá/MS, com leitos pelo Sistema Único de Saúde; b) adotem as medidas administrativas bastantes à instalação e ao funcionamento de UTI Mista (Neonatal + Pediátrica) no Município de Corumbá/MS, com a disponibilização de equipes médica e de enfermagem, a ser efetivada no prazo máximo de 1 (um) ano, observado o quantitativo mínimo de 05 (cinco) leitos, tudo em conformidade, ainda, com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, bem como, com as diretrizes médico-científicas pertinentes; c) implementem no Município de Corumbá/MS Banco de Leite Humano e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco, com toda estrutura físicotécnico necessária, a ser efetivada no prazo máximo de 1 (um) ano;, sob pena de multa diária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada obrigação, limitada, inicialmente, ao prazo de 120 dias.

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da sentença quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Códex*.

Feita esta nota introdutória, e uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, conheço tanto do apelo quanto do reexame necessário e passo ao exame da matéria devolvida, pela ordem de prejudicialidade.

Preliminarmente

Ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul

Como relatado, o Estado de Mato Grosso do Sul suscitou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva para responder aos termos da ação, sob o argumento de que: o atendimento em questão é de competência dos Municípios, que recebem verbas da União e do Estado para que viabilize um melhor atendimento à população local; os pedidos formulados na peça exordial estão, na verdade, atrelados à gestão municipal; os recursos necessários para atender os pedidos estão reservados pela Rede Cegonha, cabendo apenas ao Município de Corumbá adequar-se aos requisitos previamente estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Em que pesem os argumentos do Estado, a preliminar deve ser rejeitada.

Resta consolidado na jurisprudência tanto dos Tribunais Superiores quanto dos Tribunais Estaduais e Regionais, que a obrigação relativa à prestação de saúde aos cidadãos, na forma do art. 196 da Constituição Federal, é solidária entre todos os entes que compõem a República Federativa do Brasil (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Vale dizer, tratando-se de obrigação solidária, sem hierarquia ou sobreposição, as prestações de saúde podem ser solicitadas em face de qualquer dos devedores, o qual, caso venha a satisfazer a obrigação por inteiro, tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota parte.

Nesta senda, evidentemente que, a despeito das normas administrativas não vinculativas, que distribuem entre os entes federativos as atribuições específicas quanto ao atendimento de saúde, cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul responder aos termos da ação em que se pretende o atendimento da obrigação de estruturar UTI Neonatal e Pediátrica, Banco de Leite Materno e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco na Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS, porquanto integra o Sistema Único de Saúde.

Não é por outra razão, a propósito, que a própria Constituição Federal estabelece, em seu art. 30, VII, que "Compete aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população".

Neste passo, como bem realçado pelo Juízo singular, as "ações deste jaez podem ser ajuizadas em face de qualquer dos entes federados, sendo que, no presente caso, a verba pública destinada aos projetos cerne dos autos deve ser repassada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o que corrobora a impossibilidade de que seja declarada sua ilegitimidade para figurar no polo passivo".

Ratificando o entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de consignar que "É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo qualquer deles, em conjunto ou isoladamente, parte legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia de acesso a medicamentos adequado para tratamento de saúde" (AgRg no AREsp 491.048/RN, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 09/12/2015).

Nada obstante referido julgamento esteja atrelado a objeto diverso, referente a fornecimento de medicamento, o entendimento mantém-se em qualquer demanda de saúde, porquanto onde se tem a mesma razão haverá de ter o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Por isso, vislumbrando-se a adequação quanto à pertinência subjetiva no polo passivo da demanda, com o parecer, impõe-se rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e passar ao exame efetivo da matéria de fundo.

Mérito

Tutela cominatória X princípios da separação dos poderes e da reserva do possível X respeito a normas orçamentárias X controle do mérito administrativo

No mérito, o Estado apelante dispôs que a decisão em questão afronta a independência do Poder Executivo, sendo questionável a exequibilidade do comando jurisdicional, não apenas por causa da ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes, mas principalmente porque o juiz não sinalizou a dotação orçamentária, a origem da verba pública para se realizar os investimentos determinados na sentença, além de ignorar outras prioridades administrativas, de complexa gestão orçamentária e financeira.

Alegou que "há prioridades e urgências de outras demandas, da própria saúde, educação, pagamento de folha de salários, repasse constitucional aos Poderes Legislativo e Judiciário, repasses ao Ministério Público e a Defensoria Pública. Não é possível atender-se a todas as necessidades de uma só vez".

Expôs que as obrigações impostas são concernentes ao mérito administrativo, cujo controle não está no alcance do Poder Judiciário, representando verdadeira formulação de política pública, competência esta cabível ao Poder Executivo.

Mencionou ser aplicável o princípio da reserva do possível, onde Judiciário só pode exigir a concretização de determinado direito social, econômico ou cultural pelo Poder Executivo, quando se comprova a presença de dois requisitos, quais sejam, a omissão na implementação da política pública e a disponibilidade orçamentária para tanto.

Nada obstante o esforço do Estado para destituir os fundamentos da sentença, que lhe impôs a obrigação de implementar as políticas públicas já existentes, a sentença não merece retoque.

Como ressabido, a Lei nº 7.347/1985 estabeleceu a possibilidade de ajuizamento de ações que visem impor responsabilidades por danos causados a qualquer interesse difuso ou coletivo. Veja-se:

> Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)
>
> IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
>
> Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

No caso, discute-se a obrigação de o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Corumbá estruturarem UTI Neonatal e Pediátrica, Banco de Leite Materno e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco na Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS.

Pelo visto, busca-se por meio da tutela jurisdicional compelir os entes federativos a resguardarem os danos causados à saúde pública da região, por ato omissivo que está a prejudicar interesse eminentemente coletivo.

A saúde, a maternidade e a infância, amplamente resguardadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde sua sistematização por meio de normas constitucionais, perpassando pelo sistema de normas infraconstitucionais e regulamentares, detém a natureza de direito público subjetivo fundamental, o qual deve ser amparado com prioridade pelo Estado.

A propósito, a Constituição Federal reserva uma infinidade de dispositivos para realçar o grau de importância da saúde, da infância e da maternidade no seio da República Federativa do Brasil, cabendo mencionar, a título de exemplo, os seguintes dispositivos: art. 6[1], art. 23, II[2], art. 30, VII[3], arts. 196 a 200, art. 203, I[4].

Dentro deste contexto, por meio da Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011, o Ministério da Saúde instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a "Rede Cegonha", que representa uma "rede de cuidados que visa assegurar à mulher o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, bem como à criança o direito ao nascimento seguro e ao crescimento e ao desenvolvimento saudáveis, denominada Rede Cegonha".

Dentre as políticas públicas constantes da Rede Cegonha, consta todo o amparo necessário à estruturação de UTI Neonatal e Pediátrica, Banco de Leite Materno e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco.

É de se ver que, desde a instituição da referida política pública, a qual estabelece expressamente a operacionalização e financiamento da estruturação necessária ao atendimento da população (art. 9º e 10 da Portaria nº 1.459/2011), o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Corumbá não promovera as medidas necessária à implementação do sistema na Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS.

Na referida Portaria, constam expressamente as seguintes diretrizes:

> Art. 9°. Para operacionalização da Rede Cegonha cabe:
>
> I - à União, por intermédio do Ministério da Saúde: apoio à implementação, financiamento, nos termos descritos nesta Portaria, monitoramento e avaliação da Rede Cegonha em todo território nacional;
>
> II - ao Estado, por meio da Secretaria Estadual de Saúde: apoio à implementação, coordenação do Grupo Condutor Estadual da Rede Cegonha, financiamento, contratualização com os pontos de atenção à saúde sob sua gestão, monitoramento e avaliação da Rede Cegonha no território estadual de forma regionalizada; e
>
> III - ao Município, por meio da Secretaria Municipal de Saúde: implementação, coordenação do Grupo Condutor Municipal da Rede Cegonha, financiamento, contratualização com os pontos de atenção à saúde sob sua gestão, monitoramento e avaliação da Rede Cegonha no território municipal.
>
> Art. 10. A Rede Cegonha será financiada com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cabendo à União, por meio do Ministério da Saúde, o aporte dos seguintes recursos, conforme memória de cálculo no Anexo II:
>
> (...)
>
> II - Financiamento do componente PARTO E NASCIMENTO: (...)
>
> b) recursos para a compra de equipamentos e materiais para Casas de Gestante, Bebê e Puérpera, Centros de Parto Normal, e ampliação de leitos de UTI neonatal e UTI adulto, devendo estes recursos serem repassados fundo a fundo. (...)

1 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a **saúde**, 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.

2 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - **cuidar da saúde e assistência pública**, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

3 Art. 30. Compete aos Municípios: (...) VII - **prestar**, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, **serviços de atendimento à saúde da população**;

4 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, **à maternidade, à infância**, à adolescência e à velhice;

> f) 80% (oitenta por cento) de custeio para ampliação e qualificação dos leitos (UTI adulto e neonatal, e UCI neonatal), mediante repasse fundo a fundo, de recursos que serão incorporados aos tetos financeiros dos estados, municípios e Distrito Federal, devendo estes recursos ser repassados aos serviços na forma de incentivo, de acordo com o cumprimento de metas;
>
> g) 80% (oitenta por cento) de custeio para ampliação e qualificação dos leitos para Gestantes de Alto Risco/GAR, mediante repasse fundo a fundo, de recursos que serão incorporados aos tetos financeiros dos estados, municípios e Distrito Federal, devendo estes recursos ser repassados aos serviços na forma de incentivo , de acordo com o cumprimento de metas. (...)
>
> § 3º Os recursos financeiros previstos para construção, ampliação e reforma serão repassados, de forma regular e automática, em 3 (três) parcelas, sendo a primeira equivalente a 10% do valor total aprovado, após a habilitação do projeto; a segunda parcela, equivalente a 65% do valor total aprovado: mediante apresentação da respectiva ordem de início do serviço, assinada por profissional habilitado pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, ratificada pelo gestor local, encaminhada, para conhecimento, à Comissão Intergestores Bipartite - CIB e autorizada pela Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS); e a terceira parcela, equivalente a 25% do valor total aprovado: após a conclusão da edificação da unidade, e a apresentação do respectivo atestado, assinado por profissional habilitado pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, ratificado pelo gestor local, encaminhado, para conhecimento, à CIB, e autorizado pela Secretaria de Atenção à Saúde (SAS/MS).
>
> § 4° Os investimentos para a aquisição de equipamentos e materiais serão repassados após a conclusão da obra.
>
> § 5° O financiamento previsto para o custeio dos leitos constantes no inciso II alínea g, deverá ser complementado no valor de 20% pelo Estado e Município, de acordo com a pactuação regional.

Percebe-se, dentro deste panorama, que subsiste política pública para atendimento das necessidades da população da Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS, no tocante à estruturação de UTI Neonatal e Pediátrica, Banco de Leite Materno e Serviço Assistencial de Gestação de Alto Risco e, a despeito disso, por omissão do Estado, remanesce apenas a informação de que o Projeto da Rede Cegonha "não avançou na cidade de Corumbá/MS" .

Por meio da leitura do Ofício nº 75/2014/GAB-DAF, subscrito pelo Diretor Administrativo Financeiro e Presidente da Junta Administrativa da Associação Beneficente de Corumbá, e endereçado ao *Parquet* local, é possível verificar que subsistem verbas disponíveis para o atendimento do pedido contido na inicial, bastando apenas aos administradores públicos, responsáveis pela implementação, ultrapassar a inércia. Consta do referido documento, inclusive, que no âmbito daquele nosocômio, restou possível aquilatar a ocorrência de 88 óbitos somente no ano de 2014, diretamente relacionados com partos prematuros. Apesar da gravidade de tal indicador, tal cômputo não se apresenta preciso, tanto que constou ao final do documento a seguinte informação: "Tal fato provocou reflexão de controle efetivo e foi criado o indicador, que será alimentado mensalmente pela Enfermeira da Maternidade e repassado pela Educação Permanente em Saúde do Hospital".

A toda evidência, diante de toda esta perspectiva e da gravidade da situação vivenciada naquela região, evidentemente que o pedido cominatório contido na inicial deve ser amparado, a fim de tornar efetiva a política pública que já subsiste, mas não restou implementada, a despeito de ter transcorrido quase 6 (seis) anos desde a instituição da Rede Cegonha até a presente data.

E nem se diga, como pretende fazer crer o Estado, que a tutela jurisdicional estaria afrontando princípios da separação dos poderes e da reserva do possível, contrariando normas orçamentárias ou promovendo o controle do mérito administrativo.

Tal seria caso o Estado-Judiciário estivesse inovando no mundo jurídico, fazendo o Estado-Administrador promover política pública nova. Todavia, o caso está a evidenciar, como visto, a existência de uma política pública pré-existente, descumprida pelos destinatários da tutela jurisdicional, o que torna possível o controle judicial.

A propósito disso, veja-se o seguinte precedente do STF:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF).
>
> 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10.
>
> 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do "mínimo existencial" e da "reserva do possível", decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (RE 642536 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/02/2013, Acórdão Eletrônico DJe-038 Divulg 26-02-2013 Public 27-02-2013)

Como visto, o entendimento firmado na origem está em consonância com o quanto decidido na Corte Suprema, realçando que a tutela jurisdicional não está a afrontar qualquer princípio ou norma, pelo que sua manutenção é medida de rigor.

Multa diária em face da Fazenda Pública e minoração do *quantum*

O Estado aduziu ser inaplicável a multa diária em face da Fazenda Pública, porque causa prejuízo ao erário estadual, deslocando recursos que poderiam ser aplicados em áreas mais prioritárias, cuja imposição, além de ofender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se presta para regular situações genéricas ou complexas, que envolvam atos administrativos distintos e complexos, como a presente.

A despeito do alegado, por certo, razão não assiste ao Estado.

Isso porque, a multa imposta tem natureza inibitória e não punitiva, pois visa coagir a parte a cumprir a decisão judicial e não punir pelo descumprimento.

Neste sentido esta 3ª Câmara Cível já se posicionou:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE REMÉDIO E TRATAMENTO ADEQUADO AO CIDADÃO QUE NECESSITA – OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL – ART. 196 DA CF – MULTA DIÁRIA – CABIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> A Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, aqui se referindo a todos os entes estatais. Sendo assim, desnecessário aprofundar na questão se a responsabilidade pelo fornecimento do auxílio é do Estado ou do Município ou da União.
>
> O artigo 196 da Constituição Federal prescreve que é dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde, estando este dever constitucional acima de qualquer lei, portaria ou qualquer outro ato normativo, porquanto o que se visa garantir é o direito primordial à vida.
>
> Comprovada a necessidade de utilização do medicamento, prescrito por médico habilitado, além do fato de que o portador da enfermidade não possui condições econômicas de suportar os custos do tratamento, deve o Estado fornecer o medicamento, porquanto todas as pessoas têm direito à saúde.
>
> É cabível o arbitramento de multa diária em caso de descumprimento da ordem, porquanto se trata de uma medida coercitiva utilizada para agir no ânimo do obrigado, influenciando a fazer ou a não fazer uma obrigação que assumiu. (TJMS. Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.021682-0 - Bataguaçu. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 14/09/2009)

Em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÕES DE FAZER E ENTREGAR COISA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.
>
> 1. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa. Precedente da 1ª Seção: EREsp 770969/RS (1ª Seção. Min. José Delgado, DJ 21.08.2006).
>
> 2. Recursos especiais a que se dá provimento. (Resp 893041/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 05/12/2006, DJ 14/12/2006 p. 329)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA. CABIMENTO. PRAZO E VALOR DA MULTA. NECESSIDADE DE APRECIAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 83/STJ.
>
> 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento.
>
> 2. O acórdão *a quo* determinou o fornecimento de remédio à ora interessada, impondo multa diária para o caso de descumprimento de liminar.
>
> 3. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que é possível ao juiz, *ex officio* ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer.

> A fixação de astreintes pode se dar em qualquer fase processual, isto é, tanto em sede de processo de conhecimento como em sede de execução.
>
> 4. Demonstrado, de modo evidente, que a procedência do pedido está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. A questão nodal acerca da verificação do prazo e do valor da multa constitui matéria de fato e não de direito, o que não se coaduna com a via estreita da súplica excepcional. Na via Especial não há campo para se revisar entendimento de 2º grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, conforme disposto na Súmula nº 07/STJ.
>
> 5. Incidência da Súmula nº 83/STJ, em face da orientação pacificada desta Casa Julgadora sobre o tema.
>
> 6. Agravo regimental não provido. (STJ. AgReg no Ag. nº 621100/RS. Rel. Min. José Delgado. 1ª Turma. J: 15.2.2005).

Como visto, encontra-se pacificado no âmbito jurisprudencial a possibilidade de fixação de astreintes em face da Fazenda Pública.

Tanto o é que a lei de regência da ação civil pública estabelece expressamente, em seu art. 11, *in verbis*:

> Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Neste passo, considerando-se ser flagrante a oposição do Estado e do Município de Corumbá quanto ao seu dever legal de prestar a política pública inserta na Rede Cegonha, tanto que já transcorreu 6 (seis) anos desde a instituição daquela rede sem sua efetiva implementação da Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS, não há dúvidas acerca da razoabilidade da imposição de multa diária em caso de eventual descumprimento da ordem judicial, afigurando-se como medida necessária para coagir no ânimo do obrigado.

Subsidiariamente, caso mantida a cominação da multa, pediu a redução da penalidade ao importe total de no máximo R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

No tocante ao valor, a sentença assim consignou (f. 184):

> Em caso de eventual descumprimento das obrigações, com fundamento no artigo 11 da Lei n. 7.347/85, fixo multa diária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada obrigação, limitada, inicialmente, ao prazo de 120 dias.

Em meu sentir, tal quantia não se afigura excessiva frente às particularidades da causa e, por isso, deve ser mantida.

Ora, pelo que se dessume dos autos, subsistem elementos de convicção que asseguram a ocorrência de ao menos 88 óbitos somente no ano de 2014, diretamente relacionados com partos prematuros e, por certo, pela falta de estrutura necessária ao atendimento dos necessitados na Macrorregião de Saúde de Corumbá/MS.

Diante deste quadro, evidentemente que a fixação de multa em valor diminuto não alcançaria a finalidade de compelir os obrigados a cumprirem a determinação judicial.

Considerando-se, então, o grave dano social advindo da inação do Estado e Município, apresenta-se razoável a multa diária no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada obrigação, limitada,

inicialmente, ao prazo de 120 dias, cujo montante possui a força necessária a desestimular o descumprimento do *decisum*. Até porque, mostra-se prudente estabelecer a multa diária em valor suficiente para compelir o obrigado a não permanecer na inércia.

Assim, a sentença não merece retoque.

Reexame necessário

Considerando-se, então, que a sentença encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico, impõe-se ratificá-la em reexame necessário, para que surta seus efetivos efeitos, na forma do art. 496 do CPC/2015.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço tanto do recurso voluntário do Estado de Mato Grosso do Sul quanto da remessa necessária para, preliminarmente, rejeitar a alegação de ilegitimidade passiva do Estado e, no mérito propriamente dito, negar-lhes provimento, mantendo incólume a sentença recorrida e ratificando-a em reexame necessário.

Sem honorários recursais, porque incabíveis na espécie (art. 18 da Lei nº 7.347/1985).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 11 de abril de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800894-05.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – AQUISIÇÃO DE MÁQUINA DESTINADA PARA FINS MÉDICOS (EQUIPAMENTO DE HEMODIÁLISE) – VÍCIO DE FABRICAÇÃO COMPROVADO – PRODUTO DEFEITUOSO – TENTATIVAS DE CONSERTO FRUSTRADAS – INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CDC – RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA – DEVIDA – DANOS MORAIS INDEVIDOS – PESSOA JURÍDICA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES – IMPROCEDENTE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PERDA PATRIMONIAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Uma vez que o produto adquirido pela autora apresenta vício de fabricação e que o referido defeito não foi sanado, mesmo após as diversas tentativas, a teor do que dispõe o art. 18, § 1º, do CDC, impõe-se o acolhimento da pretensão deduzida na exordial, com a condenação da ré à restituição da quantia paga.

Não sendo efetuado o reparo do produto defeituoso, no prazo de 30 dias, a opção por uma das alternativas constantes do art. 18, § 1º, do Diploma Consumerista - substituição do produto, restituição imediata da quantia paga ou abatimento do preço - constitui verdadeiro direito potestativo do consumidor.

Diversamente do que ocorre nos casos envolvendo o dano moral das pessoas físicas, a pessoa jurídica não possui honra subjetiva. A natureza do dano moral que se reconhece judicialmente em favor da pessoa jurídica não autoriza aplicar-se a mesma dispensa probatória do dano moral subjetivo, que se considera *in re ipsa*. Quando se trata de pessoa jurídica, exige-se a prova material de que o ato ilícito efetivamente causou lesão a sua honra objetiva. Do contrário, não há falar em dano moral. Dano moral afastado por ausência de comprovação.

Não aportando aos autos a prova robusta do valor que deixou de lucrar no período, não há como ser acolhido o pedido de indenização por lucros cessantes. Embora não se negue o direito da parte de reclamar os lucros cessantes, a prova do prejuízo material vindicado deverá exsurgir estreme de dúvidas, o que não ocorreu na situação em julgamento.

APELAÇÃO CÍVEL DA PARTE REQUERIDA – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL QUE CONFUNDE-SE COM O MÉRITO DA QUESTÃO OBJETO DO LITÍGIO – AQUISIÇÃO DE MÁQUINA DESTINADA PARA FINS MÉDICOS (EQUIPAMENTO DE HEMODIÁLISE) – APLICAÇÃO DO CDC – ALEGAÇÃO DE QUE O EQUIPAMENTO FOI ADQUIRIDO PARA OBTENÇÃO DE LUCRO – MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA – SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA DA PARTE AUTORA EVIDENCIADA – VÍCIO DE FABRICAÇÃO COMPROVADO – PRODUTO DEFEITUOSO – TENTATIVAS DE CONSERTO FRUSTRADAS – INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CDC – RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA, OU SUBSTITUIÇÃO DO EQUIPAMENTO – DEVIDO – SUCUMBÊNCIA REDEFINIDA CONFORME O DECAIMENTO DE CADA PARTE – HONORÁRIOS MANTIDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A preliminar de falta de interesse processual refere-se ao próprio mérito da questão posta em litígio, razão pela qual, com este deverá ser apreciada.

Conforme a teoria finalista, para caracterização da pessoa física ou jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, deve ser a destinatária final econômica do bem ou do serviço adquirido. O produto deve ser utilizado para uma necessidade própria. Contudo, tem-se entendido possível a mitigação da teoria finalista quando comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica. Caso em que demonstrada a vulnerabilidade da parte autora.

Não sendo efetuado o reparo do produto defeituoso, no prazo de 30 dias, a opção por uma das alternativas constantes do art. 18, § 1º, do Diploma Consumerista - substituição do produto, restituição imediata da quantia paga ou abatimento do preço - constitui verdadeiro direito potestativo do consumidor.

Em razão da sucumbência parcial e recíproca, necessário o redimensionamento dos ônus sucumbenciais em 70% para a parte autora e 30% para a parte ré.

Havendo condenação em valor certo como no caso em tela, os honorários advocatícios deverão ser fixados entre 10% e 20% na forma do § 2º do art. 85 do CPC/2015, inexistindo fundamento para a fixação com base no valor atualizado da causa, como pretende a apelante.

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, julgar a preliminar com o mérito, e dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

UCM Unidade Crítica Médica Eireli - EPP, qualificada nos autos da ação de reparação de danos materiais (feito nº 0800894-05.2015.8.12.0002, da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS) que promove em face de Baxter Hospitalar Ltda, sucessora da empresa Gambro do Brasil Ltda, também qualificada, inconformada com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao decidir pela procedência parcial do pedido inicial e conceder-lhe apenas o direito de ter a máquina de hemodiálise substituída por outra de igual valor, indeferindo os pedidos de reparação de danos morais, materiais e lucros cessantes.

Referiu que a decisão de determinar que a recorrida apenas substitua o produto defeituoso quase três anos após a aquisição, mostra-se totalmente desproporcional, desarrazoada e injusta, devendo ser reformada, para que ela seja condenada em devolver o valor pago - R$ 27.500,00 -, corrigido desde a data do desembolso, oportunizando a retirada da máquina defeituosa da clínica.

Dispôs que na hipótese dos autos, ficaram suficientemente demonstrados o ato ilícito (excessiva demora no reparo da máquina de hemodiálise), o dano moral e patrimonial suportado pelo apelante e o nexo de causalidade entre ambos.

Alegou que o produto defeituoso funcionou, por apenas algumas horas, ou seja, jamais atingiu a finalidade precípua de oferecer o serviço de hemodiálise aos seu pacientes, que correm risco de morte se não se submeterem ao tratamento de forma correta.

Expôs que restou comprovado que o serviço prestado pela empresa apelada foi falho, numa situação que ultrapassa o mero dissabor, caracterizando o dano moral puro, isto é, *in re ipsa*, aquele que prescinde de prova da sua existência, tamanho é o dano que causa ao lesado, sendo presumível todo o abalo a imagem da pessoa jurídica.

Esclareceu que faz jus aos lucros cessantes suportados em decorrência da irresponsabilidade da empresa recorrida, que vendeu produto defeituoso, nunca consertou e também não o substituiu. Pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

A requerida – Baxter Hospitalar Ltda – recorreu adesivamente (f. 647/677), alegando que o Juízo *a quo*, deixou de reconhecer que a Recorrida é carecedora da ação, condenando, contudo, a Recorrente a proceder a substituição do equipamento de hemodiálise.

Mencionou que a recorrida é carecedora de ação, pois, lhe falta o interesse de agir, por não ter seu sua pretensão resistida ou não satisfeita, perante a recorrente, já que a ela mesma obstou a realização da reparação da máquina de série 18144, proibindo reiteradamente os técnicos de entrarem em suas instalações.

Aduziu que a autora não se enquadra no conceito de consumidora previsto no artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor, pois, não adquiriu os equipamentos de hemodiálise fornecidos pela ré, na qualidade de destinatária final do produto e mesmo que assim fosse, não se pode olvidar que o seu objetivo precípuo era de auferir lucro, fato este que a desvirtua inadvertidamente da condição de consumidora.

Sustentou que, tendo em vista que a impossibilidade do conserto do equipamento se operou em decorrência dos impedimentos praticados pela própria autora, não poderia a ré, ser condenada a proceder a substituição do equipamento, quando a simples troca da peça se mostrava suficiente para o pleno funcionamento do produto.

Salientou que a autora obteve êxito na parte mínima do seu pedido, o que via reflexa afasta a o reconhecimento de que no caso em tela tenha ocorrido a sucumbência recíproca

Por fim, argumentou que os honorários advocatícios deverão ser fixados em conformidade com o disposto no artigo 85, parágrafo 2º do Código de Processo Civil - valor atualizado da causa. Pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

As partes apresentaram contrarrazões aos apelos.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas por UCM Unidade Crítica Médica Eireli – EPP e Baxter Hospitalar Ltda, em face da sentença proferida nos autos da ação de reparação de danos materiais (feito nº 0800894-05.2015.8.12.0002, da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados/MS).

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da sentença quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Códex*.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos presentes recursos e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Dos fatos

Para uma melhor compreensão da questão posta em litígio, faz-se necessário um breve relato dos fatos.

Para tanto, transcreve-se aqui, parte do relatório da sentença:

> UCM - UNIDADE CRÍTICA MÉDICA EIRELI - EPP, qualificada na petição inicial, através de advogados constituídos, ingressou com esta Ação de Indenização por Danos Morais, Materiais e Lucros Cessantes contra BAXTER HOSPITALAR LTDA, sucessora da GAMBRO DO BRASIL LTDA, igualmente qualificada.
>
> Aduz, em síntese, ter adquirido da Ré, em 11/outubro/2013, um equipamento de hemodiálise modelo AK96, série 18144, pelo valor de R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), visando a expansão e o desenvolvimento de sua atividade em pronto socorros e unidades hospitalares, para atendimento de urgência e emergência, a prestação de um serviço de qualidade atrelado e o retorno financeiro.
>
> Conta ter o equipamento funcionado por menos de dez (10) horas, pois apresentou vários defeitos desde sua instalação.
>
> Destaca, apesar das diversas visitas técnicas, tais "atendimentos sempre foram precários e jamais trouxeram solução ao problema" (sic), citando, como exemplo, a *última* em 16/julho/2014, em que embora o preposto da Ré tenha permanecido no local até *às* 04 horas do dia seguinte, não conseguiu solucionar o defeito do equipamento.
>
> Salienta estar o defeito prejudicando o funcionamento da clínica que atende pacientes de Dourados e região, destacando, inclusive, a possibilidade de "risco de morte para os pacientes que não receberam o tratamento fornecido pela máquina de diálise" (*sic*).
>
> Assevera ter deixado de auferir um lucro diário na ordem de R$ 1.749,60 (hum mil, setecentos e quarenta e nove reais e sessenta centavos), no período compreendido entre outubro/2013 e janeiro/2015, totalizando um montante de R$ 839.808,00 (oitocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oito reais), em razão dos defeitos referidos e suportado, ainda, um prejuízo efetivo na ordem de R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), correspondente ao valor desembolsado para aquisição do equipamento defeituoso, sem olvidar daqueles de natureza moral.
>
> Assim expondo, tendo discorrido sobre o direito à restituição do valor pago, atualizado monetariamente, os danos imateriais suportados e o preenchimento dos requisitos legais, pleiteou a concessão de liminar determinando a imediata substituição do equipamento de hemodiálise modelo AK96, série nº 18144. Requereu a citação e, ao final,

a procedência de seu pedido, com a condenação da Ré ao pagamento de R$ 839.808,00 (oitocentos e trinta e nove mil, oitocentos e oito reais) para reparação dos lucros cessantes; de R$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais), para indenização dos danos morais e, finalmente, de R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), para ressarcimento dos danos materiais, correspondentes ao valor desembolsado para aquisição do produto defeituoso.

Pediu a inversão do ônus da prova. Protestou genericamente pela produção de provas. Atribuiu à causa o valor de R$ 1.142.308,00 e juntou documentos 171), a Ré fez-se representar nos autos (fls. 227/252) e ofertou contestação (fls. 172/226).

Suscitou, preliminarmente, a ausência de interesse de agir, em razão da inexistência de interesse não satisfeito, pois todas as vezes em que contatada, prestou assistência técnica ao equipamento com diligência e presteza, tanto que, em julho/2014, seus técnicos conseguiram diagnosticar o defeito e, em 20/agosto/2014, enviou à Autora as peças a serem substituídas, contudo foi e vem sendo impedida pelos representantes da empresa de realizar a respectiva troca, mediante a assertiva de que o problema deve ser resolvido nas vias legais; e a inépcia da inicial, por ausência de causa de pedir e fundamento jurídico para o pedido de ressarcimento do valor pago pelo equipamento sem, sobretudo porque, em sede de antecipação de tutela, foi pleiteada a substituição do produto.

Como prejudicial de mérito, arguiu a decadência do direito de reclamar pelos vícios do produto, com fulcro no artigo 445 do Código Civil ou no artigo 26, inciso II, do diploma consumerista.

No mérito, defendeu a improcedência do pedido, argumentando, inicialmente, serem inaplicáveis as regras do diploma consumerista ao caso em apreço por não ser a empresa Autora "consumidora final".

Sustenta que o problema apresentado foi um caso isolado, pois das seis máquinas vendidas à empresa Autora, cinco estão em pleno funcionamento; não ter, em nenhum momento, deixado de envidar esforços para solucionar o problema e deixar a máquina em perfeitas condições de uso, destacando ter sido a própria Autora quem não aceitou a substituição do equipamento, proposta na audiência realizada junto ao PROCON, e não permitiu a troca da peça defeituosa.

Impugnou o pedido de ressarcimento dos lucros cessantes, dizendo não estarem comprovados, ainda que remotamente, destacando que, de acordo com o Tribunal de Contas da União, cada sessão de hemodiálise custa em torno de R$ 179,03 e não R$ 437,40, com afirmado na inicial, e acrescentando que, para que o equipamento ensejasse um faturamento mensal de R$ 52.488,00, o dia teria que ter ao menos 100 horas.

Defende a ausência de danos morais suscetíveis de reparação, por não ter praticado nenhum ato que pudesse causar à empresa Autora "transtorno ou comoção e muito menos, abalo moral ou sofrimento".

Diz ser indevido o pedido de restituição da quantia paga pelo equipamento, porquanto, embora identificado o defeito, foi impedida de realizar a troca da peça defeituosa, dentro do prazo da garantia contratual de 12 meses, pelo Dr. Antonio Pedro, preposto da empresa.

Atribui à própria autora a responsabilidade pela majoração do próprio prejuízo ao impedir o reparo do equipamento, em flagrante vulneração do princípio da boa fé objetiva.

Afirma ser necessário o reconhecimento de sua irresponsabilidade pelo ocorrido, pois não poupou esforços para solucionar o problema, notificando a autora, inclusive, para que permitisse a substituição da peça defeituosa.

> Defendeu a imposição à Autora das sanções decorrentes da litigância de má-fé; impugnou o pedido de inversão do ônus da prova e os documentos que instruem a inicial. Protestou por provas. Juntou documentos (fls. 253/352).

O magistrado de piso julgou a lide nos seguintes termos:

> ISSO POSTO, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais para:
>
> i) condenar a Ré Baxter Hospitalar Ltda, a substituir o aparelho de hemodiálise modelo AK96, Série 18144, por outro novo, com as mesmas características e especificidades daquele descrito na nota fiscal nº 00003320 (fls. 95);
>
> ii) conceder, com esteio nos artigos 300 e 311, inciso IV, ambos do CPC, a liminar pleiteada, fixando o prazo de trinta (30) dias, contados de sua intimação pessoal, a ser realizada através de carta com AR endereçada a seu representante legal, para que a Ré dê cumprimento *à* obrigação de fazer estipulada no parágrafo anterior, sob pena de multa diária, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com incidência restrita, inicialmente, a um período de trinta (30) dias, mas que poderá ter seu valor majorado e período de incidência prorrogado, oportuno tempore;
>
> iii) evidenciada a sucumbência recíproca, condenar Autora e Ré, na proporção de 50% para cada uma, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor do aparelho (R$ 27.500,00), monetariamente atualizado desde a propositura deste demanda, o que faço com base no artigo 85, § 2*º,* do Código de Processo Civil, tendo em conta a pouca complexidade.

Contra essa sentença, insurgem-se as partes, através de recurso de apelação cível, cujos fundamentos, passa-se a analisar.

Recurso da UCM – Unidade Crítica Médica Eireli-Epp

Mérito

Do direito à devolução do valor pago pelo equipamento

Consta dos autos que em 11/10/2013 o autor/apelante comprou uma máquina de hemodiálise da empresa apelada, no valor de R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais).

In casu, restou incontroverso que a máquina apresentou defeito dentro do prazo de garantia, sendo que a apelada não resolveu o problema, obrigando o apelante a ajuizar a presente ação.

Nesse caso, dispõe o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.

Assim, considerando que o vício não foi sanado no prazo de 30 dias, o apelante tem direito à substituição ou restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, nos termos do art. 18, § 1º, II, do CDC.

E como bem salientou o magistrado de piso em sua sentença, pouco importa saber se a Ré foi, ou não, impedida de substituir as peças defeituosas após a décima tentativa de conserto, já que decorrido prazo de 30 dias, previsto no artigo 18, 1º, II, do CDC:

> *In casu*, *é* irrelevante para o deslinde da lide, qualquer investigação acerca da época em que os defeitos surgiram, mais precisamente, se surgiram ou não dentro do prazo de garantia do produto, se a Ré foi ou não impedida de substituir as peças defeituosas após a décima tentativa de conserto, porquanto, em se tratando de defeito oculto, decorrente, evidentemente de vício de fabricação, capaz e suficiente para tornar o aparelho impróprio ao uso a que se destinava, e não tendo a fornecedora solucionado o defeito dentro de trinta (30) dias, consoante estabelece o § 1º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, fato incontroverso e documentalmente comprovado nos autos, surgiu para o consumidor, a legítima opção de exigir a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, providência esta, aliás, já deveria ter sido atendida há muito tempo.

Sobre tema, eis a doutrina de Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

> Não pode o fornecedor se opor à escolha pelo consumidor das alternativas postas. É fato que ele, o fornecedor, tem 30 dias. E, sendo longo ou não, dentro desse tempo, a única coisa que o consumidor pode fazer é sofrer e esperar. Porém, superado o prazo sem que o vício tenha sido sanado, o consumidor adquire, no dia seguinte, integralmente, as prerrogativas do § 1º ora em comento.

E, como diz a norma, cabe a escolha das alternativas ao consumidor. Este pode optar por qualquer delas, sem ter de apresentar qualquer justificativa ou fundamento. Basta a manifestação da vontade, apenas sua exteriorização objetiva. É um querer pelo simples querer manifestado." (*in*, obra op. cit., p. 229)

Não é outro o entendimento do STJ:

> RECURSO ESPECIAL - DEMANDA VISANDO A RESTITUIÇÃO DE QUANTIA PAGA PELO CONSUMIDOR NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO - APRESENTAÇÃO DE VÍCIOS DE QUALIDADE - SUCESSIVOS RETORNOS À REDE DE CONCESSIONÁRIAS PARA REPARO DA MESMA IMPERFEIÇÃO - TRANSCURSO DO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS (ART. 18, § 1º, DO CDC) - ACOLHIMENTO DO PEDIDO PELA SENTENÇA *A QUO* - REFORMA DO DECISUM EM SEGUNDO GRAU, POR REPUTAR RENOVADO O LAPSO ANTE A REITERAÇÃO DE FALHAS NO FUNCIONAMENTO DO BEM. INSURGÊNCIA DO CONSUMIDOR. 1. Caso em que o consumidor adquiriu veículo "zero quilômetro", o qual apresentou sucessivos vícios, ensejando a privação do uso do bem, ante os reiterados comparecimentos à rede de concessionárias. Efetivação da solução a destempo, consideradas as idênticas imperfeições manifestadas no que tange ao "desempenho" do veículo, segundo as balizas fáticas firmadas pelas instâncias ordinárias. Hipótese de cabimento da devolução da quantia paga. 2. Em havendo sucessiva manifestação de idênticos vícios em automotor novo, o aludido lapso conferido para o fornecedor os equacionar é computado de forma global, isto é, não se renova cada vez que o veículo é entregue à fabricante ou comerciante

> em razão do mesmo problema. 3. A solução para o imperfeito funcionamento do produto deve ser implementada dentro do prazo de trinta dias, norma que, uma vez inobservada, faz nascer para o consumidor o direito potestativo de optar, segundo sua conveniência, entre a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (art. 18, § 1º, I, II e III, do CDC). 4. Não é legítimo esperar que um produto novo apresente defeitos imediatamente após a sua aquisição e que o consumidor tenha que, indefinidamente, suportar os ônus da ineficácia dos meios empregados para a correção dos problemas apresentados. 5. O prazo de 30 dias constante do art. 18, § 1º, do CDC, consoante o princípio da proteção integral (art. 6º, VI), deve ser contabilizado de forma a impedir o prolongamento do injusto transtorno causado ao consumidor, na medida em que é terminantemente vedada a transferência, pelo fornecedor de produtos e serviços, dos riscos da sua atividade econômica. 6. Recurso especial provido." (STJ, REsp 1297690/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 06/08/2013)
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO COM DEFEITO DE FÁBRICA. REPARAÇÃO DO VÍCIO. ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NOTIFICAÇÃO FORMAL DOS RESPONSÁVEIS. DESNECESSIDADE. I - Constatado o vício de qualidade ou quantidade no produto, que o torne impróprio ou inadequado para o consumo, o § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor concede ao fornecedor a oportunidade de saná-lo, no prazo de 30 dias, sendo facultado ao consumidor, em caso de não reparação do defeito, optar por uma dentre três alternativas: a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou o abatimento proporcional do preço. II - O objetivo do dispositivo legal em comento é dar conhecimento ao fornecedor do vício detectado no produto, oportunizando-lhe a iniciativa de saná-lo, fato que prescinde da notificação formal do responsável, quando este, por outros meios, venha a ter ciência da existência do defeito. III - É o que se verifica na hipótese dos autos, em que, a despeito de não ter sido dirigida nenhuma notificação formal às rés, por força dos documentos comprobatórios das revisões realizadas no veículo, tiveram elas conhecimento dos problemas detectados, sem que os tivessem solucionado de modo definitivo. Recurso especial a que se nega conhecimento." (STJ, REsp 435.852/MG, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 23/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 224)

Assim, no caso, tem a parte autora, direito a escolher entre a substituição ou restituição da quantia paga, monetariamente atualizada.

Aliás, da leitura da peça inicial, denota-se que o pedido da autora foi justamente a restituição da quantia paga, senão vejamos (f. 12):

> Em face do exposto, pede e espera a Requerente se digne Vossa Excelência em:
>
> a) julgar totalmente procedente o presente pedido;
>
> e) condenar a Requerida em indenizar a Requerente o valor pago pelo produto defeituoso, R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), que deverá ser corrigido e atualizado desde a data da aquisição;

O pedido de substituição imediata do equipamento, foi pleiteado em sede de liminar, que foi indeferida pelo juízo de primeiro grau.

Ademais, é claro que após decorridos mais de três anos, não possui a parte autora, interesse em ter substituído o equipamento por outro de modelo igual, até porque, certamente tal equipamento já encontra-se defasado no mercado atual.

Assim, perfeitamente possível a devolução do valor pago, devidamente atualizado, mediante a devolução do equipamento com defeito.

Dos danos morais

No que concerne aos danos morais, já é cediço o entendimento de que a pessoa jurídica é passível de sofrer danos morais, nos termos da Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Porém, diversamente do que ocorre nos casos envolvendo o dano moral das pessoas físicas, a pessoa jurídica não possui honra subjetiva. A natureza do dano moral que se reconhece judicialmente em favor da pessoa jurídica não autoriza aplicar-se a mesma dispensa probatória do dano moral subjetivo, que se considera *in re ipsa*. Nesse sentido, há precedentes de minha relatoria: Apelação Cível nº 70039515804, Julgado em 29.06.2011; Apelação Cível nº 70043268184, Julgado em 29.06.2011; e Apelação Cível nº 70042980326, Julgado em 08.06.2011.

Quando se trata de pessoa jurídica, exige-se a prova material de que o ato ilícito efetivamente causou lesão a sua honra objetiva. Ou seja, é preciso demonstrar em juízo que, por exemplo, seu nome e/ou sua reputação na praça foram prejudicados, ou ainda, que sofreu restrição de crédito etc. Do contrário, não há falar em dano moral.

No caso dos autos, a autora não logrou comprovar o referido abalo moral. Na inicial, limitou-se a afirmar que a demora no conserto do bem é suficiente para caracterizar o dano moral, não comprovando, contudo, o dano à imagem e honra da empresa, ou que sua credibilidade no mercado tivesse sido abalada em decorrência dos fatos narrados.

Nesse mesmo sentido, os precedentes:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO PESADO. DEMORA NA TRANSFERÊNCIA FORMAL DA PROPRIEDADE. 1. LUCROS CESSANTES. RECONHECIMENTO DEVIDO À PRÓPRIA ATIVIDADE EXERCIDA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. PREJUÍZO DECORRENTE DA INDISPONIBILIDADE DO BEM. 2. DANOS MORAIS. Quando se trata de pessoa jurídica, exige-se a prova material de que o ato ilícito efetivamente causou lesão à sua honra objetiva. Ou seja, é preciso demonstrar em juízo que, por exemplo, seu nome e/ou sua reputação na praça foram prejudicados, ou ainda, que sofreu restrição de crédito, etc. Do contrário, não há falar em dano moral. Tal prova não veio aos autos no caso concreto. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70052897287, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 13/03/2013).

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. DANO MATERIAL COMPROVADO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. A demandada trata-se de concessionária autorizada da *Renault*, sendo responsável pela prestação de serviços da marca diretamente ao consumidor, pois inviável que a fabricante possa prestar diretamente os serviços de pós-venda. Está consolidada há muito tempo a descentralização do atendimento pelo sistema de concessionárias. A autora postula indenização por dano material e moral em razão de conduta ilícita praticada diretamente pela demandada, pois esta teria deixado de atendê-la de forma satisfatória, quando houve a aquisição do veículo novo. Há evidente coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito material e a pretensão ora

deduzida no presente processo. - Incidência das regras do CDC - Consoante o artigo 2º do CDC, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Caso em que possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a favor da autora que, mesmo utilizando o bem de consumo na sua atividade profissional, demonstra vulnerabilidade perante o fornecedor de bens e serviços. Precedentes do STJ. - Responsabilidade Civil pelo Defeito do Serviço - Natureza Objetiva - Há responsabilidade objetiva da empresa bastando que exista, para caracterizá-la, a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surgindo o dever de indenizar, independentemente de culpa ou dolo. O fornecedor de produtos e serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos relativos aos produtos e prestação de serviços que disponibiliza no mercado de consumo. Caso em que ficou comprovada pela prova dos autos a má prestação do serviço consistente no descumprimento do avençado. Dever de indenizar caracterizado frente ao dano material advindo da falha do serviço disponibilizado pela empresa ré no mercado de consumo. Logo, cabe à demandada restituir o valor desembolsado pela locação do veículo e os gastos com despachante. - Dano Extrapatrimonial - Não se está diante de situação na qual teria havido ofensa à honra objetiva da autora, pois a pessoa jurídica não tem sentimento próprio, de modo que não tem sofrimento como uma pessoa. Nos termos em que foram descritos os fatos na inicial, percebe-se que o alegado dano teria sido experimentado pela pessoa física, e não pela pessoa jurídica que ajuizou a presente demanda indenizatória, o que descaracteriza a possibilidade de ocorrência de dano à honra objetiva. Ausência de ilicitude. Sentença de improcedência mantida. Preliminar afastada. Apelações desprovidas. Unânime. (Apelação Cível Nº 70049450943, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/09/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. COMPROMISSO DE O VENDEDOR PROVIDENCIAR O EMPLACAMENTO DO VEÍCULO EM NOME DA PARTE AUTORA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. 1. Para admissão e fixação do pleito indenizatório por dano moral, deveria a autora ter comprovado a extensão do dano e suas consequências, levando em conta todas as peculiaridades da condição de ser pessoa jurídica, ou seja, os efeitos em sua honra objetiva. É rechaçada qualquer hipótese de angústia, perturbação psicológica ou outra forma de sentimento pessoal porque tais hipóteses alinham-se com a honra subjetiva que a pessoa jurídica não possui. Não comprovando a autora o abalo a sua imagem ou a sua reputação no meio comercial, descabida a indenização por danos morais. 2. Além disso, consoante o entendimento doutrinário dominante no cenário jurídico pátrio, o mero inadimplemento contratual - sem desdobramentos lesivos sobre a imagem, a honra e a dignidade do indivíduo - não constitui evento apto a atrair a figura do dano moral de forma presumida, caracterizando, em regra, danos a serem apurados na órbita da lesão patrimonial. DANOS MORAIS EM RELAÇÃO AO TERCEIRO AUTOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. Modo igual, no que tange aos danos morais em relação ao terceiro autor, não merece reforma a sentença porquanto a inicial fundamenta sua pretensão simplesmente na frustração pelo descumprimento contratual, o que não constitui fato bastante para autorizar dever de indenizar a pretexto de ofensa a direitos da personalidade. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL FIXADO NA SENTENÇA. No caso vertente, ante o valor alcançado mediante a aplicação do percentual estipulado em sentença, merece ser majorado o percentual para 15% sobre o valor da condenação. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70046925459, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 28/03/2012)

Logo, não procede o pleito indenizatório por danos morais, devendo ser mantida a sentença.

Dos lucros cessantes

Com relação aos lucros cessantes, alega a apelante que restou claramente demonstrado nos autos, tanto na inicial, quanto nas manifestações e documentos de f. 374/407, que o valor apontada na inicial, por sessão de hemodiálise - R$ 437,40 - é um valor mínimo, pois existem acordos entre os convênios (pagos através de pacotes), em que a sessão sai por uma média de R$ 460,00.

Aduz, ainda, que outra forma de cobrança é a conta aberta, onde os valores são cobrados conforme tabelas: "simpro" ou "brasindice", nesse caso, cada material utilizado é cobrado conforme as tabelas, desde os dialisadores até agulhas e soros, e por essa razão o custo da sessão é bem maior, conforme cópia do contrato juntado nos autos (f. 376/401 e f. 404/407).

Expõe que o valor atribuído na inicial, relativo ao lucro cessante que vem sofrendo por cada sessão de hemodiálise que deixa de fazer, por dia, é ínfimo e mínimo (R$ 437,40), pois existem acordos entre os convênios (pagos através de pacotes), que a sessão sai por uma média de R$ 460,00.

Subsidiariamente, requer a reparação dos honorários médicos, referente à duas sessões diárias de hemodiálise, da data da instalação da máquina até a data presente.

O pedido de lucros cessantes não merece ser acolhido, uma vez que não restou demonstrada a perda patrimonial da empresa autora.

Não obstante os contratos de f. f. 376/401 e f. 404/407 indicarem que o valor médio de uma sessão de hemodiálise, não há qualquer prova dos efetivos valores que a empresa teria deixado de auferir, ficando no campo das meras alegações.

Os referidos documentos, isoladamente, não são suficientes para comprovar a ocorrência dos lucros cessantes.

In casu, deveria ter sido acostados aos autos outros elementos probatórios, tais quais balanços da empresa, listas diária de atendimentos de pacientes –, para demonstrar o número de hemodiálises realizadas ao dia, em cada equipamento, bem como os valores auferidos efetivamente.

Nesse aspecto, muito bem ponderou o magistrado de piso em sua sentença ao afirma que:

> Na inicial a Autora afirma que cada máquina adquirida realizaria quatro (04) sessões diárias de diálise, atribuindo a cada uma destas o valor de R$ 437,70 e estimando, portanto, em R$ 1.749,60 (um mil setecentos e quarenta e nove reais e sessenta centavos), aquilo que teria deixado de lucrar. Todavia, tais assertivas não restaram demonstradas concretamente, pois não logrou demonstrar sequer o valor de cada sessão, o número de sessões de fato realizadas diariamente e de esclarecer e/ou especificar as despesas ligadas a cada sessão de hemodiálise.
>
> A funcionária da Autora Andréia Abreu, confirma em suas declarações que as despesas com insumos, enfermeiros e médicos são suportadas pela própria clínica.
>
> A testemunha Joshua Muriel da Silva Pefreira contraria a versão autoral ao afirmar que uma máquina de hemodiálise realiza no máximo três sessões diárias, e que são necessários em cada sessão, a utilização de insumos, a presença de enfermeiros, técnicos e médicos; destacou a testemunha, ainda, o fato da empresa trabalhar apenas em dois turnos, matutino e vespertino.
>
> Diego Richely da Silva Pereira Pinto (técnico terceirizado), por sua vez, ratificou a assertiva de que a empresa Autora não funcionava 24 horas, pois todas as vezes em que

> esteve no local para prestar assistência técnica, percebeu que por volta das 16h/17h já estavam sendo finalizados os turnos; disse a testemunha que só seria possível a realização de três sessões de diálise por aparelho dentre de um período de 16 horas; acrescentou, ainda, ter presenciado técnicos e enfermeiros acompanhando os pacientes, e destacou a necessidade de utilização em cada sessão, de insumos, soluções, isoladores, enfim, de todo um Kit para realização de tal procedimento, despesas estas custeadas pela própria clínica.

Dessa forma, a recorrente não comprovou os fatos constitutivos do seu direito, ônus que lhe incumbia.

Vale ressaltar que o pedido alternativo de concessão de reparação dos honorários médicos, referente à duas sessões diárias de hemodiálise, da data da instalação da máquina até a presente data, configura inovação recursal, não podendo, assim, ser conhecido.

E mesmo que fosse conhecido, diante da ausência de provas dos fatos constitutivos do direito – perda patrimonial da empresa – inarredável se tornaria, a sua improcedência.

Recurso da Baxter Hospitalar Ltda

Preliminar

Falta de interesse processual

A apelante afirma que a autora é carecedora de ação, tendo em vista que não houve uma pretensão resistida de sua parte, posto que se disponibilizou para realizar o conserto da máquina, ou proceder a substituir por outro com as mesmas especificações em esfera extrajudicial.

Argumenta que sempre esteve, e está, à disposição da recorrida para realizar a manutenção corretiva do equipamento de série 18144, com a troca da referida peça, porém, vem sendo reiteradamente impedida pelos representantes da autora, de ter acesso ao equipamento e à peça que fora enviada para realização da troca, ou, até mesmo a troca sugerida em audiência junto ao Procon.

A preliminar em questão refere-se ao próprio mérito da questão posta em litígio, razão pela qual, com este deverá ser apreciada.

Mérito

Da aplicação do CDC

Conforme relatado, a apelante sustenta que não se aplica ao caso dos autos as disposições inerentes ao CDC, posto que a parte apelada aufere lucro com equipamento de hemodiálise, não se enquadrando no conceito de consumidor previsto no artigo 2º daquele diploma.

Realmente, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a "aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo." (AgRg no REsp 916.939/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 03.12.2008).

Entretanto, a Corte Superior tem admitido que a teoria finalista seja mitigada quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica, situação em que aplica-se as disposições inerentes ao CDC, conforme se observa do seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. MAJORAÇÃO DE TARIFA PELAS PORTARIAS DO DNAEE 38/86 E 45/86. ILEGALIDADE. CONSUMIDOR INDUSTRIAL. CONGELAMENTO DE PREÇOS PELO PLANO CRUZADO. ARTIGO 359 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO AUTORA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. [...] 2 . A jurisprudência desta Corte tem abrandado o conceito finalista de consumidor adotado pela legislação consumerista (destinatário final e econômico), para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a sua vulnerabilidade frente a outra parte. Precedentes: AgRg no Ag 1.316.667/RO, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des.Convocado do TJRS), Terceira Turma, DJe 11/03/2011; REsp 1.010.834/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 13/10/2010; RMS 27.541/TO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2011; REsp 1.084.291/RS, Rel. Min. Massamin Uyeda, Terceira Turma, DJe 04/08/2009; REsp 913.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/09/2008; REsp 476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 09/05/2005). [...]"(REsp 1321501/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 23/04/2014)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. EXISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO CDC. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE VERIFICADA.
>
> REVISÃO. ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1. A Segunda Seção desta Corte consolidou a aplicação da teoria subjetiva (ou finalista) para a interpretação do conceito de consumidor. No entanto, em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou do serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.
>
> 2. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova, concluiu pela vulnerabilidade do agravado em relação à agravante. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 415244/SC, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe 19/05/2015).

Assim, com base nesses precedentes, mesmo que afastada a condição de consumidora final da agravada, ao fundamento de que a máquina em questão se destina à sua atividade econômica, no caso deve ser aplicado o CDC, posto que evidente a vulnerabilidade técnica e econômica de uma clínica médica, com capital social de R$ 100.000,00 (cem mil reais), diante da apelante, que é uma empresa especializada na fabricação, comércio, importação e exportação de máquinas destinadas a fins médicos, com capital social de R$ 516.693.038,00 (quinhentos e dezesseis milhões, seiscentos e noventa e três mil, trinta e oito reais[1]).

Diante disso, não merece reparos a sentença, quanto a esse aspecto.

1 (f. 226)

Da obrigação de substituição da máquina de hemodiálise ou devolução do valor pago, atualizado

Nesse ponto, alega a apelante que jamais deixou de atender aos chamados técnicos da Recorrida, ou seja, sempre manteve o compromisso de prestar a assistência técnica e a garantia.

Aduz ter demonstrado nos autos, que engendrou todos os esforços possíveis para detectar o que estava a causar o incorreto funcionamento da máquina objeto da demanda e, somente não a consertou de modo efetivo em razão do impedimento da própria recorrida.

Alega que, considerando que a impossibilidade do conserto do equipamento se operou em decorrência dos impedimentos praticados pela própria recorrida, não poderia ser condenada a proceder a substituição do equipamento, quando a simples troca da peça se mostrava suficiente para o pleno funcionamento do produto. Nesse aspecto, não merece provimento a alegação da apelante.

Como já dito nesse acórdão, restou incontroverso que a máquina apresentou defeito dentro do prazo de garantia, sendo que a apelada não resolveu o problema, obrigando o apelante a ajuizar a presente ação.

Assim, deve ser aplicada a regra disposta no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço.

Assim, considerando que o vício não foi sanado no prazo de 30 dias, o apelante tem direito à substituição ou restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, nos termos do art. 18, § 1º, II, do CDC.

E como bem salientou o magistrado de piso em sua sentença, pouco importa saber se a ré foi, ou não, impedida de substituir as peças defeituosas após a décima tentativa de conserto, já que decorrido prazo de 30 dias, previsto no artigo 18, 1º, II, do CDC:

> *In casu*, é irrelevante para o deslinde da lide, qualquer investigação acerca da época em que os defeitos surgiram, mais precisamente, se surgiram ou não dentro do prazo de garantia do produto, se a Ré foi ou não impedida de substituir as peças defeituosas após a décima tentativa de conserto, porquanto, em se tratando de defeito oculto, decorrente, evidentemente de vício de fabricação, capaz e suficiente para tornar o aparelho impróprio ao uso a que se destinava, e não tendo a fornecedora solucionado o defeito dentro de trinta (30) dias, consoante estabelece o § 1º, do artigo 18, do Código de Defesa do Consumidor, fato incontroverso e documentalmente comprovado nos autos, surgiu para o consumidor, a legítima opção de exigir a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso, providência esta, aliás, já deveria ter sido atendida há muito tempo.

Sobre tema, eis a doutrina de Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

> Não pode o fornecedor se opor à escolha pelo consumidor das alternativas postas. É fato que ele, o fornecedor, tem 30 dias. E, sendo longo ou não, dentro desse tempo, a única coisa que o consumidor pode fazer é sofrer e esperar. Porém, superado o prazo sem que o vício tenha sido sanado, o consumidor adquire, no dia seguinte, integralmente, as prerrogativas do § 1º ora em comento.

E, como diz a norma, cabe a escolha das alternativas ao consumidor. Este pode optar por qualquer delas, sem ter de apresentar qualquer justificativa ou fundamento. Basta a manifestação da vontade.

Ônus da sucumbência

Inicialmente, cumpre registrar que não se aplica ao caso, a regra prevista no parágrafo único do artigo 86 do CPC, já que não houve sucumbência mínima no caso em tela.

Assim, cada litigante deverá suportar o pagamento do ônus da sucumbência na proporção do seu decaimento, considerada a sucumbência recíproca e proporcional, consoante o que versa o art. 86, *caput*, do CPC/2015.

Entretanto, no caso, dos três pedidos (devolução dos valores pagos, indenização por danos morais e lucros cessantes) formulados na inicial, a autora sucumbiu em dois deles (danos morais e lucros cessantes). Ou seja, em razão da sucumbência parcial e recíproca, resulta o decaimento em 2/3 para a autora e 1/3 para a ré, sendo, pois, caso de redimensionamento da sucumbência.

Desse modo, na forma do artigo 86 do CPC, caberá às partes o pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados na sentença, sendo 70% a cargo da parte autora e 30% a cargo da parte ré.

Honorários advocatícios

Por fim, havendo condenação em valor certo como no caso em tela - R$ 27.500,00 devidamente atualizado - os honorários advocatícios deverão ser fixados entre 10% e 20% na forma do § 2º do art. 85 do CPC/2015, inexistindo fundamento para a fixação com base no valor atualizado da causa, como pretende o apelante.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por UCM - Unidade Crítica Médica Eireli - EPP, e dou-lhe parcial provimento apenas para condenar a demandada, à restituição do valor de R$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais), pagos pelo equipamento, devidamente corrigidos pelo IGPM desde 11/10/2013, data da compra, e juros legais de 1% ao mês, partir da citação.

De outro lado, conheço do apelo interposto por Baxter Hospitalar Ltda, e dou-lhe parcial provimento para redimensionar o ônus da sucumbência na forma do artigo 86 do CPC, cabendo às partes o pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados na sentença, sendo 70% a cargo da parte autora e 30% a cargo da parte ré.

Majoro, outrossim, pelo trabalho efetuado nas apelações, em 5% sobre o valor arbitrado na origem para a parte ré e idêntico percentual para a parte autora sobre o montante fixado na presente decisão, os honorários advocatícios para os procuradores de cada parte, por apreciação equitativa (aplicação do § 8º do art. 85 do NCPC), vedada a compensação, na forma do art. 85, § 14 do Novo Código de Processo Civil[2].

2 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
[...]
§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram a preliminar com o mérito, e deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0802282-89.2015.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO DAS RÉS – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS – CONSERTO DE VEÍCULO AVARIADO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – SEGURO PRIVADO – DEMORA EXCESSIVA E AUSÊNCIA DE EFETIVO REPARO DO VEÍCULO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DA CONCESSIONÁRIA POR INOVAÇÃO RECURSAL ACOLHIDA – MÉRITO RECURSAL – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA – CONIVÊNCIA COM OS SERVIÇOS PRESTADOS – DANO MORAL DEMONSTRADO – FRUSTRAÇÃO E ABALO EVIDENCIADOS – PROVA TÉCNICA QUE DEMONSTROU O DEFICIENTE CONSERTO DO VEÍCULO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE MERECE SER REDUZIDO DE R$ 25.000,00 PARA R$ 10.000,00 – DANO MATERIAL ATINENTE AOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS INDEVIDO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA DIANTE DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL EVIDENCIADA – RECURSO DA OFICINA EM PARTE CONHECIDO, RECURSO DA SEGURADORA CONHECIDO E EM PARTE PROVIDOS.

Por força do princípio da eventualidade ou concentração, consubstanciado no artigo 336 do vigente Código de Processo Civil, assim como previa o artigo 300 do CPC/73, a parte ré deve alegar em sua contestação toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor, sob pena de preclusão.

O pagamento do prêmio pelo segurado, a aprovação do orçamento pela companhia de seguros e a consequente liberação do valor necessário para realização do conserto do veículo sinistrado pela oficina mecânica tornam a seguradora também responsável pela entrega do veículo em perfeitas condições de uso.

De acordo com a situação evidenciada no caso dos autos, denota-se existente o alegado dano moral suportado pela proprietária do veículo segurado, que não decorre unicamente da excessiva demora em proceder o reparo no veículo, mas também pela ineficiência deste, o que deu ensejo, inclusive, à condenação da seguradora a pagar à apelada o valor correspondente ao veículo, de acordo com o capital segurado previsto na apólice.

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 do ofensor, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

Os honorários contratuais relativos à atuação em juízo não são considerados perdas e danos para fins de indenização, uma vez que há mecanismo próprio de responsabilização de quem resulta vencido em sua pretensão, seja no exercício de ação ou de defesa.

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.

EMENTA – RECURSO ADESIVO DA PARTE AUTORA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS – INSURGÊNCIA QUANTO AO TERMO INICIAL PARA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA – NECESSIDADE DE CORREÇÃO DE OFÍCIO DA SENTENÇA – RELAÇÃO CONTRATUAL – ART. 405 DO CC – CITAÇÃO DA PARTE RÉ – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS AOS ADVOGADOS DAS PARTES RECORRIDAS – SUCUMBÊNCIA RECURSAL EVIDENCIADA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A citação é o termo inicial para a incidência dos juros de mora em caso de responsabilidade contratual, à luz do que dispõe o art. 405 do CC.

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, conhecer em parte do apelo da Perkal Automóveis Ltda e, nesta extensão, dar parcial provimento, dar parcial provimento ao apelo de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A e negar provimento ao apelo de Irany Barbosa Garcia, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Perkal Automóveis Ltda, inconformada com a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos (feito nº 0802282-89.2015.8.12.0018, da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba/MS) ajuizada por Irany Barbosa Garcia, que a condenou, solidariamente com a seguradora ré, ao pagamento de reparação por danos morais à autora no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data de prolação desta sentença (f. 639-653), complementada pela decisão de f. 726-728, que a condenou, também solidariamente com a seguradora ré, ao pagamento do valor de R$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), a título de danos materiais, corrigidos monetariamente a partir do efetivo desembolso e corrigidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação, interpôs recurso de apelação (f. 690-703), posteriormente complementado pelas razões de f. 732-737, considerando o acolhimento dos embargos de declaração opostos pela parte autora.

Afirmou que não houve omissão no atendimento da pretensão da autora-apelada e que, dada a gravidade do sinistro ocorrido, o reparo necessário não poderia ser em pouco tempo realizado, sendo necessária a troca de diversas peças (importadas), com vistas a garantir a segurança e o bom funcionário do veículo, razão pela qual defendeu a inexistência de abalo moral a justificar a indenização arbitrada pela sentença.

Referiu que o caso dos autos não se refere a defeito de fabricação ou vício no produto, concluindo, assim, pela impossibilidade de aplicação dos prazos previstos nos arts. 18 ou 26, do CDC.

Dispôs inexistir imposição legal de que a apelante proceda a reparação de veículo envolvido em acidente em prazo determinado, como asseverou a decisão recorrida, invocando, para tanto, a observância do art. 32, do CPC.

Ressaltou a impossibilidade de responsabilização da apelante pela suposta demora no reparo do veículo da apelada, em razão da falta das peças necessárias para reposição imediata do estoque, as quais são importadas do México.

Expôs a ausência de omissão no atendimento prestado à apelada, sob o argumento de que todos os procedimentos foram realizados para a correta análise do veículo com a consequente solicitação das peças necessárias por processo de importação.

Esclareceu que se tratando de peça não fabricada no Brasil, a apelante ficou condicionada ao trâmite de requisição, importação e entrega, o que envolve o faturamento da peça, sua fabricação, importação, tudo com a observância dos os trâmites alfandegários e, por fim, o seu transporte até a concessionária, mencionando que logo após a autorização do reparo pela seguradora e recebida a solicitação, efetuou a requisição da peça e, posteriormente, procedeu sua instalação dentro do prazo mínimo necessário para o conserto.

Mencionou, por isso, que o atraso deu-se por caso fortuito.

Aduziu a ausência de pressupostos para a responsabilização da empresa apelante, face a ausência de nexo causal de sua conduta.

Sustentou que o alegado sofrimento da apelada não induz à ocorrência de abalo moral, a justificar a indenização reconhecida pelo juízo sentenciante, argumentando que as consequências da ausência de peças para substituição, indisponíveis no mercado brasileiro, são de responsabilidade da fabricante e da importadora, e não há como prestigiar condenação da concessionária apelante ao pagamento de indenização decorrente da demora no conserto do veículo sinistrado.

Subsidiariamente, salientou a necessidade de reforma do julgado com relação ao valor da indenização a título de dano moral, alegando que o valor arbitrado em sentença não está balizado pelos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, pugnou pelo prequestionamento da matéria, bem como pelo conhecimento e provimento do recurso.

As razões recursais da empresa Perkal foram acrescidas pelos argumentos apresentadas na petição de f. 732-737, diante da atribuição de efeitos infringentes atribuído aos embargos de declaração opostos pela autora (f. 725-728).

Assim, sob outro enfoque, a empresa ré protestou pela reforma da sentença no que tange a responsabilização civil que lhe foi atribuída pela contratação de advogado realizado pela apelada.

Aduziu que a situação vivenciada pela autora não caracteriza ilícito civil passível de responsabilidade, seja pela seguradora ou pela concessionária apelante, alegando que a contratação de advogado para ingressar/defender em Juízo é inerente ao direito de acesso a justiça, bem como é de livre negociação entre a parte e o contratado, da qual a apelante não participa das tratativas do ajuste.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a inexistência do dano material (contratação de advogado), ante a ausência do nexo de causalidade entre a suposta conduta ilícita da apelante e o suposto prejuízo suportado pela apelada.

Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A também interpôs recurso de apelação (f. 744-767), objetivando a reforma da sentença no que tange a indenização a título de danos morais e, ainda, a título de danos materiais, decorrentes dos honorários contratuais.

Alegou que os fatos noticiados nos autos, decorrentes de atraso no conserto de veículo sinistrado, não pode ser imputado à seguradora demandada.

Argumentou que, conforme defendeu a apelada, o atraso no conserto do veículo pelo prazo aproximado de 60 (sessenta) dias, deu-se em razão da oficina Perkal Automóveis não possuir as peças necessárias para a sua substituição, haja vista que esta seriam produzidas no México.

Ressaltou que se efetivamente houve atraso ou mesmo falha na prestação do serviço, nota-se que tais fatos não podem ser imputados à apelante, mencionando que adotou todas as medidas necessárias para cumprir os termos do contrato de seguro firmado entre as partes.

Esclareceu que a apelante tão somente realiza os trâmites necessários para a liberação da indenização securitária, ficando a oficina responsável pelo conserto e entrega do veículo em tempo hábil, disponibilizando à segurada o carro reserva previsto no contrato.

Concluiu, assim, que eventual dano suportado pela autora não foi causado pela apelante, que seguiu os tramites que lhe incumbia para realizar a liberação da indenização o mais breve possível, sendo defeso, pois, sua responsabilização pelos danos ocasionados pela oficina responsável pelo conserto.

Sob outro enfoque, asseverou que a apelada não realizou qualquer prova que justifique a condenação a título de dano moral exposta na sentença, salientando que ainda que a apelada tenha passado por situação de desconforto, os alegados aborrecimentos e dissabores sofridos não se traduzem na constituição de dano moral, especialmente quando se considerada que a indenização securitária foi devidamente paga e o veículo reparado.

Declarou, por outro lado, que a sua condenação ao pagamento dos honorários contratuais mostra-se descabida.

Por fim, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

A parte autora, Irany Barbosa Garcia, apresentou resposta aos recursos das empresas demandas (f. 772-780), oportunidade em que pugnou pelo conhecimento parcial do apelo da ré Perkal, sob o argumento de que há inovação recursal e, no mérito, pugnou pelo não provimento dos recursos, bem como interpôs recurso adesivo (f. 781-768), em que pleiteou a reforma da sentença no que tange o termo inicial dos juros de mora incidente sobre a indenização a título de dano moral e, ainda, protestou pela majoração da verba honorária.

As recorridas Perkal e Mapfre apresentaram resposta ao recurso adesivo da parte autora (f. 792-800 e f. 804-819), pugnando pelo seu não provimento.

Foi determinado o desentranhamento do recurso de apelação de f. 690-703, face a preclusão consumativa do direito de recorrer da ré Perkal pela interposição do recurso de apelação de f. 674-687 (f. 826).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação e, ainda, recurso adesivo, interpostos em face de sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos (feito nº 0802282-89.2015.8.12.0018, da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba/MS) ajuizada por Irany Barbosa Garcia em face de Perkal Automóveis Ltda e Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, que condenou, solidariamente, as rés, ao pagamento de reparação por danos morais à autora no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data de prolação desta sentença (f. 639-653), complementada pela decisão de f. 726-728, que também condenou, solidariamente, as rés, ao pagamento do valor de R$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), a título de danos materiais, corrigidos monetariamente a partir do efetivo desembolso e corrigidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da sentença quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Códex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais dos recursos de apelação interpostos nos autos, os quais detêm duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), passo à análise da controvérsia, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de conhecimento parcial do recurso da empresa Perkal Automóveis Ltda. – invocação recursal

Conforme relatado, segundo a parte apelada, o apelo da ré Perkal deve ser parcialmente conhecido, sob o argumento de que há inovação recursal quanto à inexistência de prazo para reposição de peça indispensável ao conserto do veículo, considerando que, a despeito desta não ter apresentado contestação, os efeitos da revelia não lhe foram aplicados, vez que o juízo *a quo* entendeu que a corré Mapfre ofertou contestação contendo defesa comum a ambas as rés, contudo, tao somente no tocante à qualidade dos serviços da primeira e não quanto a alegação em exame (f. 774).

Sobre este aspecto, instada a se manifestar, a corré Perkal aduziu a impossibilidade de ser-lhe imputado os efeitos da revelia diante da contestação apresentada nos autos da ação cautelar antecipada de produção de provas e, ainda, porque a matéria aventada no recurso não se refere a questões fáticas, mas sim de direito (observações de inexistência de prazo legal no âmbito do CDC), permitindo sua análise em sede de recurso (f. 837), insistindo na argumentação de que não há falar em responsabilidade da Perkal pela suposta demora no fornecimento do componente, haja vista que o atraso decorreu pela falta do item (na própria montadora) o que inviabilizou a reposição imediata do estoque da Apelante (f. 838).

Por força do princípio da eventualidade ou concentração, consubstanciado no artigo 336 do vigente Código de Processo Civil, assim como previa o artigo 300 do CPC/73, a parte ré deve alegar em sua

contestação toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor, sob pena de preclusão.

Não obstante a clareza do dispositivo, transcrevem-se as breves lições de Misael Montenegro Filho[1] sobre o tema:

> Princípio da eventualidade ou da concentração: Para que as partes sejam tratadas de forma isonômica, considerando que o autor não pode modificar o pedido ou a causa de pedir após o aperfeiçoamento da citação do réu, pelo menos não sem a anuência deste (art. 264), o dispositivo em exame determina que o promovido inclua toda a matéria de defesa na contestação, abrangendo a defesa direta (de mérito) e a indireta (qualquer das preliminares indicadas no art. 301), sem a possibilidade de suscitar novas teses após o protocolo da peça de bloqueio, com exceção das matérias de ordem pública.

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[2]:

> 1. Princípio da eventualidade. Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois na eventualidade de o juiz não acolher uma delas passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido preclusão consumativa, estando impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação, salvo o disposto no CPC 303. A oportunidade, o evento processual para que ele possa defender-se, é a contestação.

Na hipótese, a corré e apelante Perkal não apresentou contestação, mas, como houve apresentação de defesa pela corré Mapfre, foi-lhe afasta a incidência dos efeitos da revelia.

Em primeira instância não houve a argumentação da alegada ausência de peça de reposição necessária ao conserto do veículo da demandante, ora apelada, porquanto a defesa apresentada (f. 393-446), quanto ao mérito, limitou-se a impugnar o alegado dever de indenizar da seguradora demandada diante da realização dos serviços realizados pela requerida Perkal, indicada pelo segurado, alegando-se que eventual responsabilização pela substituição de peças e execução dos serviços de forma a não atender as expectativas da Requerente é exclusivamente da oficina da Requerida PERKAL (f. 411).

Entretanto, em sede recursal, inova a tese de defesa, sustentando a inexistência de prazo para reposição de peças necessárias ao conserto do veículo sinistrado, de propriedade da apelada.

Desse modo, diante do já explicitado princípio da eventualidade e do disposto no artigo 336 do vigente Código de Processo Civil, assim como previa o artigo 300 do CPC/73, não pode ser conhecido, nessa parte, o presente recurso, sob pena de permitir-se uma inovação recursal.

Em termos semelhantes, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL - FINANCIAMENTO DE IMÓVEL - SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL - PRESTAÇÃO COM BASE NO REAJUSTE SALARIAL DO MUTUÁRIO OCORRIDO NO MÊS DE ASSINATURA DO CONTRATO - PRETENDIDA NÃO INCIDÊNCIA - PEDIDO NO SENTIDO DE APLICAÇÃO DE RESOLUÇÃO DO BNH ULTERIOR - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO QUANTO A ESSE PONTO - SENTENÇA QUE RECONHECE O DIREITO DO MUTUÁRIO COM BASE EM ANTIGA RESOLUÇÃO - APELAÇÃO ATACANDO A VALIDADE DESSA RESOLUÇÃO POR NÃO MAIS

1 **Código de Processo Civil Comentado e Interpretado.** São Paulo: Atlas, 2008, pág. 371.

2 **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pág. 684.

> VIGORAR - APELAÇÃO NÃO CONHECIDA PELA CORTE *A QUO* POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 512 e 515, AMBOS DO CPC - INOCORRÊNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. **- É dever das partes alegar, no momento próprio, toda a matéria de ataque e defesa, diante da utilidade que esse proceder irá produzir para o deslinde da controvérsia, sob pena de, deixando para outra oportunidade, ocorrer a preclusão. - O princípio da eventualidade consiste em alegar a parte, de uma só vez, todos os meios de ataque e defesa como medida de previsão - *in eventum* para o caso de não dar resultado o primeiro. Isso significa, como acentua Millar, que as partes, nas fases apropriadas, devem apresentar, simultânea e não sucessivamente, todas as suas deduções, sejam ou não compatíveis entre si, e ainda que o pronunciamento sobre uma delas torne prescindível considerar as subseqüentes. Por força do princípio da eventualidade, devem as partes produzir suas alegações, nos períodos correspondentes, para a eventualidade de que mais tarde lhes possam ser úteis, ainda que por momento não o sejam. O princípio da eventualidade está muito ligado à preclusão. Se a parte não alegou tudo o que lhe era lícito aduzir, no instante processual adequado, pode ficar impedida de suscitar uma questão relevante, em outra oportunidade, por ter ocorrido a preclusão.** Esta última, aliás, como lembra Enrico Tullio Liebman, serve para garantir justamente a regra da eventualidade' (cf. José Frederico Marques *in* 'Instituições de Direito Processual Civil', revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1ª ed., Millennium Editora, 2000, Campinas - SP). - Recurso especial não conhecido. - Decisão por unanimidade. (REsp 156.129/MS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 10/09/2001 p. 367) Destaquei.

Com essas considerações, acolho a preliminar suscitada pela autora-apelada e não conheço parcialmente do recurso interposto pela parte corré Perkal, especificamente no tocante à alegada ausência no dever de reparar pela inexistência de prazo para reposição de peças necessárias ao conserto do veículo sinistrado.

Por fim, cumpre consignar que melhor sorte não socorre a demandada Perkal quanto à alegação de que a contestação por ela apresentada nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas permite a referida alegação em sede de recurso de apelação, visto que naquela oportunidade (f. 98-109) inocorreu referida argumentação.

Portanto, conheço parcialmente do apelo da requerida Perkal, mas, outrossim, conheço do recurso de apelação interposto pela corré Mapfre e, ainda, do recurso adesivo da parte autora, passando à análise de suas razões, em que sustentam, basicamente, a impossibilidade de serem responsabilizadas pelos alegados dano material e moral.

Mérito recursal dos apelos das rés

Preambularmente, cumpre fazer um breve retrospecto dos fatos que permeiam a demanda.

Extrai-se da inicial que a parte autora necessitou acionar o seguro de seu veículo em decorrência de acidente de trânsito ocorrido em março de 2014, defendendo que após a devolução do veículo da oficina mecânica, cujos serviços foram realizados pela empresa Perkal, o automotor continuou apresentando problemas até que, em 29/06/2015, parou de funcionar.

Diante disso, a demandante ingressou com ação cautelar de produção antecipada de provas pleiteando a realização de perícia técnica em seu veículo, sob a alegação de que, a despeito deste ter se submetido a reparos realizados pela corré Perkal e autorizados pela seguradora corré, no valor de R$ 22.796,73, inocorreu a efetiva prestação dos serviços apta a manter a qualidade do automóvel.

Na conclusão do citado laudo pericial (f. 192-199), devidamente homologado (f. 212-216), concluiu-se que:

> 4.1) Os reparos realizados no veículo possivelmente não foram conferidos pelo controle de qualidade da oficina reparadora, visto que muitos itens demandam um retrabalho. Algumas peças deveriam ser substituídas e não reparadas, para a boa qualidade do serviço e manutenção do valor de mercado do veículo.
>
> 4.2) O claro desalinhamento das longarinas mostra que o veículo terá que passar por um retrabalho, com a retirada do conjunto motor para gabaritagem da suspensão dianteira, além de pequenos reparos e ajustes apontados no item III. (f. 193-194).

Após, a autora ingressou com a presente ação, para pleitear a condenação das rés a restituição da quantia paga ou a substituição do veículo por outro da mesma marca/modelo e, ainda, ao pagamento de indenização a título de danos material (honorários contratuais) e moral experimentados.

Acerca do litígio o juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pleito autoral para o fim de:

> 1) Condenar a ré Mapfre Vera Cruz Seguradora a ressarcir à autora o valor do veículo SONIC SEDAN LTZ 1.6, 16 V (AT), ano de fabricação 2013, modelo 2014, cor branca, CHASSI 3G1J85CD9ES526371, placas OOG-3554, até o limite da cobertura securitária prevista na apólice, obsevando-se o direito da seguradora aos salvados, nos termos do contrato deseguro. O valor devido deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC desde a data do sinistro e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação;
>
> 2) Condenar as rés Mapfre Vera Cruz Seguradora e Perkal Automóveis Ltda, solidariamente, ao pagamento de reparação por danos morais à autora no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data de prolação desta sentença;
>
> 3) Condenar cada uma as rés ao ressarcimento de metade das custas processuais antecipadas pela autora e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da respectiva condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. (f. 652)

A sentença foi complementada pela decisão acerca dos embargos de declaração opostos pela parte autora:

> (...) para o fim de acrescentar ao dispositivo da sentença proferida às f. 639/653 a condenação das rés, solidariamente, ao pagamento do valor de R$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), a título de danos materiais, corrigidos monetariamente a partir do efetivo desembolso e corrigidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação (f. 727).

Inconformadas, as rés interpuseram recursos de apelação a este Tribunal, cujas matérias passo à análise por tópicos.

Ato ilícito

O ato ilícito imputado às empresas demandadas para a indenização a título de dano moral e material pelo juízo *a quo* decorreu da ausência de reparação efetiva e segura do seu veículo, que possuía cobertura securitária da corré Mapfre, cujos reparos foram aparentemente realizados pela oficina da concessionária e corré Perkal.

Ressalto que o aparente conserto restou comprovado, como dito alhures, pelo estudo técnico realizado nos autos da ação cautelar de produção antecipada de provas (feito nº 0802585-40.2014.8.12.0018), que concluiu que os serviços prestados pela corré Perkal, com a conivência da seguradora e corré Mapfre, não foram aptos a permitir que o veículo da apelada voltasse a ter plenas condições de uso.

Desta forma, a seguradora demandada foi condenada, e inclusive não recorre desta parte do julgado proferido em primeiro grau, a restituir à autora o valor do veículo mencionado na inicial, mediante a entrega do respectivo salvado, o que foi cumprido pela manifestação de f. 738-741 e comprovante de depósito no valor de R$ 90.619,72, realizado em 26/01/2017 (f. 742-743).

Não fosse isso, o dever de indenizar das empresas remanesceu evidente pela excessiva demora na entrega do veículo sinistrado, o que será examinado no próximo tópico.

Dano moral

Na hipótese, a parte demandante, ora apelada, sustentou que sofreu abalo moral decorrente do desprezo imputado às rés, que, segundo alegou, prestaram, em prazo excessivo (aproximadamente 60 dias) serviço ineficiente em carro praticamente novo que se envolveu em acidente de trânsito e que, por isso, teve seu valor de mercado drasticamente reduzido, retirando-lhe a necessária segurança e conforto, mostrando-se o abalo *in re ipsa*.

O juízo sentenciante concluiu pela procedência do pedido inicial nesta aspecto, especialmente diante do excesso de prazo utilizado para o conserto do veículo, condenando, solidariamente, as rés-apelantes ao pagamento de indenização no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Primeiramente afasto a alegação da seguradora apelante no sentido de que o atraso no conserto do veículo pelo prazo aproximado de 60 (sessenta) dias, deu-se em razão da oficina Perkal Automóveis não possuir as peças necessárias para a sua substituição, haja vista que esta seriam produzidas no México, ressaltando que se efetivamente houve atraso ou mesmo falha na prestação do serviço, estes não podem ser imputados à seguradora.

Isto porque o pagamento do prêmio pelo segurado, a aprovação do orçamento pela companhia de seguros e a consequente liberação do valor necessário para realização do conserto do veículo sinistrado pela oficina mecânica tornam a seguradora também responsável pela entrega do veículo em perfeitas condições de uso.

Logo, isto não ocorrendo, deve a seguradora responder pelos eventuais prejuízos causados ao segurado.

Ademais, cumpre ressaltar que, não obstante se alegue que a oficina foi indicação da parte demandante, tendo os reparos sido autorizados pela companhia seguradora, sendo, portanto, conivente com o serviço e proposta apresentados, esta, solidariamente, deve responder pelos danos suportados pelo segurado.

Neste sentido, segue a orientação do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. SINISTRO EM AUTOMÓVEL. CONSERTO EM OFICINA INDICADA PELA SEGURADORA. COBERTURA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A OFICINA CREDENCIADA E A SEGURADORA PERANTE O CONSUMIDOR. CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR. INADMISSIBILIDADE. MONTANTE RAZOÁVEL. SÚMULA N° 7/STJ. 1. A seguradora de seguro de responsabilidade civil, na condição de fornecedora, e a oficina credenciada respondem solidariamente perante o consumidor por perdas e danos

> decorrentes de defeitos na prestação de serviços. Precedente. 2. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 345.322/PA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014)

Acerca da ocorrência do alegado abalo moral, o STJ possui precedentes nos sentido de que este pode decorrer de injustificada demora no conserto de veículo sinistrado, *in verbis*:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE SEGURO. DEMORA INJUSTIFICADA DA SEGURADORA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEFICIÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. EXTREMO ABORRECIMENTO QUE EXTRAPOLA O MERO DISSABOR DECORRENTE DE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL INDENIZÁVEL. REVISÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 206, § 1º, II, do Código Civil de 2002 (correspondente ao artigo 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916), segundo o qual prescreve em m ano a pretensão do segurado contra o segurador, dirige-se à pretensão resultante de inadimplemento contratual, envolvendo a cobertura securitária em si. No caso em que a pretensão decorre de prestação de serviço defeituosa, incide o prazo prescricional estabelecido no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. 2. As instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de convicção colhidos nos autos, que houve inequívoca culpa da seguradora demandada, agindo com conduta imprópria e inércia injustificável, o que motivou a demora no reparo do veículo do autor, objeto do contrato de seguro. 3. Ficou demonstrado que a situação experimentada causou induvidoso dano moral, consistente no desconforto e extremo aborrecimento causado pela demora injustificada da seguradora em liberar o pagamento das peças e do conserto do veículo sinistrado, além de fazer exigências para apresentação de documentos de forma abusiva e desnecessária, situação que extrapolou o mero dissabor decorrente de simples inadimplemento contratual. 4. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto por esta Corte tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso, em que fixado em R$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais). 5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1192274/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. SINISTRO. REPARAÇÃO DE VEÍCULO. DEMORA ANORMAL E INJUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIA INCONTROVERSA. DANO MORAL. RECONHECIMENTO. SEGURADO. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. FRUSTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. VIOLAÇÃO. EXISTÊNCIA. 1. O atraso anormal na reparação de veículo sinistrado gera a frustração de expectativa legítima do consumidor contratante, situação que revela violação do dever de proteção e lealdade existente entre segurador e segurado, promovendo irreparável quebra da confiança, ato ilícito grave e passível de reparação. 2. No caso concreto, a prestação de serviço foi manifestamente intempestiva, pois a previsão de 60 (sessenta) dias para efetivação dos reparos do veículo, exposta inicialmente pela seguradora, foi superada em inexplicáveis 180 (cento e oitenta) dias. Não há, portanto, como prevalecer o entendimento adotado no acórdão recorrido de reduzir o abalo e o transtorno sofrido pela recorrente ao patamar do mero aborrecimento. 3. A ponderação entre a cláusula geral da boa-fé, especialmente o dever de probidade - compreendido como a honestidade de proceder-, e a legítima expectativa do consumidor que contrata seguro de automóvel, revela como razoável o prazo geral de 30 (trinta) dias para a reparação de veículos sinistrados, contados da data de entrega dos documentos exigidos do segurado, nos

> termos do art. 33 da Circular Susep nº 256, de 16 de junho de 2004, incluídos na esfera do simples inadimplemento contratual e do mero aborrecimento apenas os pequenos atrasos decorrentes de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis no momento da contratação. 4. Recurso especial provido para restabelecer a condenação da seguradora ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais. (REsp 1604052/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016)

Portanto, a argumentação das apelantes no sentido de que não há abalo moral decorrente da demora no conserto do veículo, diante da natureza dos reparos que àqueles seriam necessários não prospera.

Até mesmo porque, não fosse a demora comprovada, tem-se que o reparo efetuado no veículo da parte autora mostrou-se ineficiente, porque, posteriormente, restou comprovado, por intermédio de prova técnica, que o veículo mostrou-se impróprio para uso (f. 192-194).

Não se ignora o entendimento consolidado desta Corte, de que o mero dissabor não caracteriza dano moral, bem como que eventual defeito na prestação de serviços, via de regra, enquadra-se no conceito de simples aborrecimento, incapaz de causar abalo psicológico.

Todavia, de acordo com a situação evidenciada no caso dos autos, denota-se existente o alegado dano moral suportado pela proprietária do veículo segurado, que não decorre unicamente da excessiva demora em proceder o reparo no veículo, mas também pela ineficiência deste, o que deu ensejo, inclusive, à condenação da seguradora a pagar à apelada o valor correspondente ao veículo, de acordo com o capital segurado previsto na apólice (f. 648-649), cujo comando judicial, inclusive, já restou cumprido nos autos (f. 738-743).

Diante desse panorama fático, pode-se afirmar, com base nas regras de experiência comum, que não só o excesso de tempo para o reparo do veículo, mas também a expectativa nutrida pela demandante ao receber seu veículo, aparentemente consertado e, após, a comprovação de que este encontrava-se impróprio para uso e, por isso, merecia o efetivo reparo, extrapola o mero aborrecimento decorrente do cotidiano.

Nesta toada, conclui-se que o pleito indenizatório a título de dano moral a favor da apelada reconhecida no julgado recorrido merece ser mantido.

Quantum indenizatório

Configurada a existência de abalo moral que justifica a indenização pleiteada pela autora e reconhecida pelo juízo *a quo*, cumpre apreciar o pleito subsidiário de reforma do julgamento no que tange o valor da indenização, fixada em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Com efeito, cumpre perquirir o *quantum* indenizatório que se mostra devido no que diz respeito ao abalo moral experimentado.

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 do ofensor, 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[3]

> 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

3 **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, pág. 90.

> pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.
>
> Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. 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.

In casu, não se trata de tarifar de forma pecuniária o sentimento íntimo da pessoa lesada. Esta 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 exarcebada 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.

Feitas essas ponderações, conclui-se que o valor fixado pelo juízo *a quo*, no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), considerando as peculiaridades da demanda, mostra-se exorbitante e extrapola as balizas da proporcionalidade e razoabilidade, devendo prosperar a irresignação recursal das apelantes, a fim de que o importe devido à autora-apelada seja limitado em R$ 10.000,00 (dez mil reais), que se mostra eficiente à reparação do abalo moral suportado por esta e, ainda, serve de desestímulo às empresas demandadas na prática de atos como o noticiado neste processo.

Logo, neste aspecto, concedo parcial provimento à irresignação recursal das empresas rés.

Dano material (honorários contratuais)

Sob outro enfoque, cumpre analisar a insurgência que se dirige à condenação das rés ao pagamento de indenização a título de dano material, atinente ao ressarcimento de valores despendidos pela autora a título de honorários contratuais.

No que diz respeito aos honorários advocatícios contratados, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é incabível a condenação da parte vencida aos honorários

contratuais despendidos pela vencedora, em especial, quando não há demonstração de que o advogado atuou extrajudicialmente, antes de ingressar com a demanda judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª Seção, no julgamento dos ERESP 1.155.527/MG, do qual foi relator o Sr. Ministro Sidnei Beneti, firmou-se o entendimento de que o ressarcimento é incabível, por ausência de ato ilícito gerador de dano indenizável.

No referido julgamento, a Srª Ministra Nancy Andrighi, revendo seu posicionamento anterior, consignou no voto-vista que os honorários contratuais relativos à atuação em juízo não são considerados perdas e danos para fins de indenização, uma vez que há mecanismo próprio de responsabilização de quem resulta vencido em sua pretensão, seja no exercício da ação ou de defesa.

Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PERÍODO EXÍGUO. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO EM RAZÃO DE PROCESSO REPETITIVO EM TRÂMITE NO STJ. DESNECESSIDADE. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, em recurso especial, o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que a verba indenizatória, consideradas as circunstâncias de fato da causa, foi estabelecida pela instância ordinária em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. **A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.** 3. A suspensão determinada pelo art. 543-C do CPC aos processos que cuidam de matéria repetitiva orienta-se às causas que ainda não ascenderam aos tribunais superiores. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Destaquei - STJ. AgRg no AREsp 810591 / SP. Relª. Minª. Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. J: 04/02/2016).

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544, DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO - INSURGÊNCIA DO AUTOR. 1. A pretensão recursal não pode ser acolhida, tendo em vista que a matéria controvertida nos autos foi pacificada pela Segunda Seção do STJ no sentido de que a contratação de advogados para atuação judicial na defesa de interesses das partes não poderia se constituir em dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 516277 / SP. Rel. Min. Marco Buzzi. Quarta Turma. J: 26/08/2014).

Na mesma trilha segue o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATADOS – STJ – ENTENDIMENTO PACIFICADO – NÃO INCLUSÃO NA CONDENAÇÃO – CUSTAS E HONORÁRIOS – PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA – INTEGRALMENTE ATRIBUÍDOS À PARTE VENCIDA – MAJORAÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que é incabível a condenação da parte vencida aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

> O acolhimento de ação de cobrança, culminando com a condenação da seguradora ao pagamento do seguro DPVAT, impõe sua condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.
>
> Nas causas de pequeno valor, o magistrado não fica adstrito aos percentuais previstos no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser fixados de forma equitativa, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, não se perdendo de vista o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (TJMS - Apelação - Nº 0833435-65.2013.8.12.0001; Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/04/2016; Data de registro: 13/04/2016)
>
> APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA C/C DANOS MORAIS E MATERIAIS INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PESSOA JURÍDICA MERO DISSABOR PERDAS E DANOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS PRETENSÃO DE QUE SEJAM ARCADOS PELA SUCUMBENTE INCABÍVEL RECURSO IMPROVIDO. (...) A sucumbência não inclui em seu bojo os honorários convencionais livremente pactuados pelas partes com seus respectivos patronos, inexistindo qualquer obrigação do vencido por este pagamento, uma vez que tais honorários, em regra, são devidos pela prestação do serviço de advocacia e não pelo êxito da demanda. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.034249-0 - Quarta Turma Cível Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro j. em 29.11.2011)

Assim, inadmissível o reembolso a título de danos materiais, da quantia despendida pela parte autora com honorários contratuais de advogado.

Nessa parte, pois, dou provimento aos apelos das empresas demandadas.

Mérito recursal do recurso adesivo da parte autora

Termo inicial dos juros de mora sobre o valor da indenização arbitrada a título de dano moral

Sobre este aspecto o juízo sentenciante consignou que o valor fixado a título de indenização por danos morais seria acrescido de juros de mora no percentual de 1% ao mês a partir da data da prolação da sentença (f. 652).

A autora, por sua vez, recorre alegando que o termo inicial deve ser do evento danoso, invocando, para tanto, o que dispõe a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC.

Com efeito, no caso impõe-se a observância do que dispõe o art. 405 do CC, por tratar-se de relação contratual, devendo-se o termo inicial dos juros de mora sobre a indenização a título de dano moral ocorrer desde a citação das rés.

Neste sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE OCORRIDO ENTRE A PLATAFORMA E O VAGÃO DA COMPANHIA DO METRÔ. VALOR INDENIZATÓRIO. DANOS MORAIS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO . IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. SÚMULA 83/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. *In casu*, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, de majorar o valor da indenização por danos morais, demandanecessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em Recurso Especial,

> à luz do óbice contido na Súmula 7 do STJ. 2. Em relação à fixação do termo inicial dos juros de mora, o aresto hostilizado não merece reforma. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de ser **a citação o termo inicial para a incidência dos juros de mora em caso de responsabilidade contratual**, como ocorre *in casu*, em que se discute a responsabilidade da Empresa de Transporte de Passageiros pelo danos causados em razão de acidente envolvendo passageiro. Aplicação da Súmula 83/STJ. 3. No tocante aos honorários advocatícios, o conhecimento do Recurso Especial, interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, exige, além da indicação do dispositivo legal objeto de interpretação divergente, a demonstração do dissídio, mediante a verificação das circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados, e a realização do cotejo analítico entre elas, nos termos definidos pelos arts. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ e 541, parágrafo único, do CPC/1973, ônus dos quais a recorrente não se desincumbiu. 4. No que concerne à responsabilidade civil pelo evento danoso, o Tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, decidiu: "que e a responsabilidade do Metrô é objetiva, inafastável o dever de indenizar". Assim, chegar a conclusão diversa, no sentido de afastar a responsabilidade da recorrente em razão do acidente ter-se ocasionado por culpa exclusiva de terceiro, exige reexame de provas e das circunstâncias fáticas delineadas nas instâncias ordinárias, o que se mostra inviável em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ. 5. Recursos parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos. (REsp 1645743/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 18/04/2017) Destaquei.

Logo, relativamente ao termo inicial dos juros de mora, de ofício, reformo em parte a decisão recorrida para o fim de determinar que comecem a fluir a partir da citação das rés, sem que haja *reformatio in pejus*, porquanto se trata de questão de ordem pública.

Nesta, parte, pois, nego provimento ao recurso adesivo da autora.

Majoração do valor da verba honorária

Acerca da matéria, a autora-recorrente sustentou a necessidade de aplicação do que dispõe o § 11 do art. 85 do vigente CPC, o que será objeto de análise no tópico seguinte, porque se trata de norma cogente que sequer necessitaria de pleito da parte.

Sucumbência recursal

A sentença recorrida considerou as empresas demandas, ora apelantes, como sucumbentes, diante da procedência dos pedidos iniciais e arbitrou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC (f. 652).

Diante deste cenário, considerando que os recursos das rés mereceram parcial provimento e o da parte autora, em sua insurgência recursal (recurso adesivo), não houve provimento, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelos advogados atuantes nesta fase recursal.

No que tange os apelos interpostos pelas empresas demandadas, tem-se que esta se sagraram parcialmente sucumbentes, já que, não obstante terem obtido parcial provimento na insurgência recursal no que tange a redução do *quantum* indenizatório arbitrado a título de dano moral e, ainda, quanto à indenização material (honorários contratuais), sucumbiram de parte relevante de seus pleitos, que objetivavam a improcedência do pleito autoral.

Assim, levando-se em conta o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 2º do art. 85, CPC), fixo o valor dos honorários advocatícios em 2% (dois por cento) sobre

o valor da condenação, cujo importe deve ser acrescido ao percentual fixado na sentença (10%) e arcado, solidariamente, pelos apelantes a favor dos patronos da autora.

Outrossim, diante do não provimento do recurso adesivo interposto pela parte autora, que ensejou também trabalho adicional aos demandados-recorridos, pela sucumbência recursal evidenciada, levando-se em conta *o* grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (§ 2º do art. 85, CPC), fixo o valor dos honorários advocatícios em 1% (um por cento) sobre o valor da condenação, cujo importe deve ser arcado pela autora-recorrente a favor dos patronos das rés-recorridas.

Dispositivo final

Ante o exposto, acolhendo a preliminar de inovação recursal arguida em contrarrazões pela autora, conheço parcialmente do recurso de apelação interposto por Perkal Automóveis Ltda., mas, outrossim, conheço integralmente do apelo interposto por Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A e dou-lhes parcial provimento para reformar parcialmente a sentença com o fito de reduzir para R$ 10.000,00 (dez mil reais) a indenização a título de dano moral a favor da autora, julgando-se, outrossim, improcedente o pleito autoral quanto à indenização por dano material decorrente de dispêndio com honorários contratuais.

Por outro lado, conheço do recurso adesivo interposto por Irany Barbosa Garcia, mas nego-lhe provimento.

Sem prejuízo, de ofício, porém, reformo em parte a sentença vergastada para o fim de determinar que os juros de mora incidentes sobre a indenização a título de dano moral tenham incidência a partir da citação das empresas demandadas.

Por consequência deste julgamento, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno as empresas apelantes ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor da condenação, cujo importe deve ser acrescido ao percentual fixado na sentença (10%) a favor dos patronos da autora, bem como condeno, com fulcro no citado dispositivo legal, a autora-recorrente ao pagamento de honorários advocatícios de 1% (um por cento) sobre o valor da condenação a favor dos patronos das rés-recorridas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do apelo da Perkal Automóveis LTDA e, nesta extensão, deram-lhe parcial provimento, deram parcial provimento ao apelo de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A e negaram provimento ao apelo de Irany Barbosa Garcia, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0020033-86.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS – VALOR APONTADO NA INICIAL ESTIMATIVO – POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM QUANTIA SUPERIOR – PRECEDENTES – SEQUESTRO RELÂMPAGO NO ESTACIONAMENTO DO HIPERMERCADO – DENTRO DO ESTABELECIMENTO – PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS NESTE SENTIDO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE – DANO MORAL EXISTENTE – CONDENAÇÃO FORA DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – PRECEDENTES – REDUÇÃO DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Conforme precedente da Corte Superior, é cabível a indicação de valor da causa meramente estimativo quando o autor da ação de indenização por danos morais deixa ao arbítrio do juiz a especificação do *quantum* indenizatório.

A responsabilidade do hipermercado é objetiva, independente, portanto, da comprovação de sua culpa no evento danoso, sendo suficiente que os fatos ocorram no interior do estabelecimento ou no seu estacionamento para fazer surgir sua responsabilidade.

A responsabilização somente poderia ser afastada caso a empresa demonstrasse alguma causa excludente da culpabilidade, o que não veio mencionado nem comprovado nos autos.

Dano decorrente do mero descumprimento do dever de segurança, estando incontroversos o dano moral, devendo o valor da indenização arbitrado ser reduzido para R$ 20.000,00, em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

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, 10 de maio de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Companhia Brasileira de Distribuição, nos autos de indenização de reparação de danos, nº 0020033-86.2009.8.12.0001, em que contende com Erlon Carlos Bento Franco, Christiane Michelle Ferreira Nomyama Franco e W3 Factoring Ltda, oferece recurso de Apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

Os autores afirmam que foram abordados por dois homens armados no estacionamento do supermercado da recorrente e levados para um matagal nas proximidades da cidade, subtraindo o veículo de propriedade da empresa W3 Factoring Ltda., sendo acionada a polícia por clientes que presenciaram os fatos e utilizada as imagens das câmeras de segurança para identificar a placa do veículo, contudo o mesmo não foi localizado.

Em virtude da ocorrência ajuizaram ação pedindo danos morais no valor do veículo e danos morais para cada autor no montante de R$ 25.000,00, tendo a sentença condenado no ressarcimento em danos materiais no equivalente ao valor do veículo, segundo a tabela Fipe, e danos morais em R$ 30.000,00 para cada apelado, configurando julgamento além do pedido - *ultra petita*.

Em face do constante nos artigos 128 e 460, do CPC/1973, e no atual código nos artigos 141 e 492, o magistrado ao decidir a lide deverá assim fazer dentro dos limites em que foi proposta a demanda, merecendo a reforma para reduzir para o patamar condizente com o pedido inicial.

O fato do roubo ter ocorrido no estacionamento do supermercado não foi comprovado, tendo o registro de ocorrência indicado como sendo na frente do estabelecimento e não dentro do estacionamento o crime, sendo insuficiente a apresentação da nota fiscal de compras realizada na oportunidade.

A vigilância sobre os bens depositados em seu estacionamento não lhe impõe a obrigação de fazer as vezes do Estado, colocando homens armados no local para evitar este tipo de delito, situação diversa de um estabelecimento bancário em que a natureza da atividade exige este tipo de segurança.

A todo momento buscaram coibir a ocorrência, bem como facilitar o trabalho da polícia através do fornecimento da cópia das imagens da câmera de segurança e sendo terceiro responsável pela situação incide na exclusão de responsabilidade.

Inexistem danos a serem reparados por ausência de prova inequívoca de sua ocorrência, tratando-se de mero aborrecimento do cotidiano.

Em sendo mantida a condenação por danos morais, pugna por sua redução para um patamar de acordo com a extensão dos danos.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente feito, a fim de reformar a sentença na forma apontada (p. 367-377).

O recurso foi respondido batendo-se os recorridos pelo não provimento do mesmo (p. 383-390; 391-398 e 399-407).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Companhia Brasileira de Distribuição, nos autos de indenização de reparação de danos, nº 0020033-86.2009.8.12.0001, em que contende com Erlon Carlos Bento Franco, Christiane Michelle Ferreira Nomyama Franco e W3 Factoring Ltda.

Sustenta a recorrente, em linhas gerais, que em virtude da narrativa inicial - "sequestro relâmpago" no estacionamento da empresa apelante - os autores ajuizaram ação pedindo danos morais no valor do

veículo e danos morais para cada autor no montante de R$ 25.000,00, tendo a sentença condenado no ressarcimento em danos materiais no equivalente ao valor do veículo, segundo a tabela Fipe, e danos morais em R$ 30.000,00 para cada apelado, configurando julgamento além do pedido - *ultra petita*.

Destaca, que o fato do roubo ter ocorrido no estacionamento do supermercado não foi comprovado, tendo o registro de ocorrência indicado como sendo na frente do estabelecimento e não dentro do estacionamento o crime, sendo insuficiente a apresentação da nota fiscal de compras realizada na oportunidade. Ademais, compreende qual a vigilância sobre os bens depositados em seu estacionamento não lhe impõe a obrigação de fazer as vezes do Estado, colocando homens armados no local para evitar este tipo de delito, situação diversa de um estabelecimento bancário em que a natureza da atividade exige este tipo de segurança.

Descreve que a todo momento buscaram coibir a ocorrência, bem como facilitar o trabalho da polícia através do fornecimento da cópia das imagens da câmera de segurança e sendo terceiro responsável pela situação incide na exclusão de responsabilidade. Por derradeiro, compreende inexistir danos a serem reparados por ausência de prova inequívoca de sua ocorrência, tratando-se de mero aborrecimento do cotidiano, e, em sendo mantida a condenação por danos morais, pugna por sua redução para um patamar de acordo com a extensão dos danos.

Passo ao exame do julgamento além do pedido - *ultra petita*.

Como é cediço, a indenização arbitrada a título de reparação por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Ademais, o valor deduzido na exordial como o pretendido para fins de reparação por danos morais está dotado de caráter meramente estimativo, podendo a condenação da demandada ser em montante diverso, tanto superior com abaixo do indicado na exordial.

Colho oportunamente os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. FALHA DA ESTIPULANTE NA COMUNICAÇÃO DO SINISTRO À SEGURADORA. PERDA DO DIREITO À INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. **AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO VALOR PLEITEADO NA INICIAL**. DEVOLUÇÃO DOS PRÊMIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO CONTRATUAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 54 DO STJ. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A questão referente à incidência dos arts. 159 e 1.056 do CC/16 não foi analisada pela Corte Estadual. Portanto, carece de prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Considerando que a presente demanda limita-se à análise do direito da parte autora à indenização por danos exclusivamente morais, não há falar em análise do prejuízo efetivamente sofrido, relacionado com eventuais danos materiais. 3. **O magistrado, ao arbitrar a indenização por danos morais, não fica vinculado ao valor meramente estimativo indicado na petição inicial.** 4. O entendimento desta Corte é pacífico no sentido de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se da razoabilidade e da proporcionalidade. 5. No caso dos autos, o valor fixado a título de danos morais pelo Tribunal de origem (R$ 50.000,00) não pode ser considerado irrisório, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, no qual a conduta da ré ocasionou a perda do direito à indenização securitária. 6. A indicação de ofensa a súmula não enseja a abertura do recurso especial, por não se enquadrar no conceito de lei previsto no art. 105, III, a, da Constituição Federal. 7. Em se tratando de dano moral decorrente de descumprimento de contrato de seguro de vida, mostra-se prevalente o caráter contratual do ilícito causador do dano,

> razão pela qual *é* inaplicável ao caso a Súmula 54 do STJ, incidente no caso de relação extracontratual. 8. Agravo interno a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 448.873/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 16/09/2015) Destacado.
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. DANOS MORAIS. VALOR ESTIMATIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. **Conforme precedente desta Corte, *é* cabível a indicação de valor da causa meramente estimativo quando o autor da ação de indenização por danos morais deixa ao arbítrio do juiz a especificação do *quantum* indenizatório**. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 639.979/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 05/03/2009, DJe 24/03/2009) Destacado.

Em sendo assim, tenho que o montante pleiteado na inicial de modo algum limita o julgador na fixação do valor da indenização por danos morais, até porque não pareceria razoável em casos com fatos semelhantes, mas com pedidos em montantes diferentes, fixar valores diversos em ambos, quando o magistrado possui entendimento firmado em relação a quantia devida para determinadas situações.

Sendo assim, afasto a alegação do julgamento além do pedido - *ultra petita.*

Pois bem, passo aos danos morais e respectiva condenação.

De acordo com o art. 186, do Código Civil "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.".

É cediço que o direito à reparação do dano depende da concorrência daqueles três requisitos acima delineados, quais sejam, o fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

O dano moral caracteriza-se como aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, dentre outros.

De acordo com Arnaldo Rizzardo[1]:

> o dano moral é aquele que atinge valores eminentemente espirituais ou morais, como a honra, a paz, a liberdade física, a tranquilidade, atingindo aqueles valores que têm um valor precípuo na vida, e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.
>
> Cumpre notar, no entanto, que não alcança, no dizer do Superior Tribunal de Justiça, "os simples aborrecimentos triviais aos quais o cidadão encontra-se sujeito", que "devem ser considerados como os que não ultrapassem o limite do razoável, tais como: a longa espera em filas para atendimento, a falta de estacionamentos públicos suficientes, engarrafamentos, etc.

O dano moral, no caso, é puro, o que dispensa a comprovação da extensão correspondente, sendo estes evidenciados pelas circunstâncias e consequências, senão vejamos.

Segundo se infere dos autos no dia 08/02/2009, por volta das 23 horas, os apelados Erlon Carlos Bento Franco e Christiane Michelle Ferreira Nomyama Franco foram ao hipermercado Extra, deixando o veículo no estacionamento da recorrente. Ao terminarem as compras (p. 31) e retornar ao veículo foram

1 RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 246.

sequestrados ainda no estacionamento, por dois homens armados, sendo vítima de "sequestro relâmpago", e levados até o município de Rio Brilhante, onde foram deixados num matagal e o automóvel de propriedade da W3 Factoring Ltda. (p. 36) foi levado.

Tanto o registro de atendimento (p. 27-28) como o boletim de ocorrência (p. 29-30) dão conta de que as vítimas do sequestro estavam no estacionamento da ré pelas seguintes passagens, respectivamente:

> (...) CIDADÃO FOI SEQUESTRADO EM FRENTE AO HIPERMERCADO EXTRA ONDE LEVARAM O CIDADÃO COM UM VEÍCULO HONDA CIVIC COR PRATA (...)
>
> DOIS ELMS FIZERAM ABORDAGEM EM UM CASAL NO ESTACIONAMENTO DO EXTRA OS ELMS EVADIRAM DO LOCAL COM UM CASAL DE REFÉM (...)
>
> E SEGUNDO TEST. AS VÍTIMAS FORAM COLOCADAS NO PORTA MALAS DO VEÍCULO (...)" (*sic*) e
>
> "Relata o comunicante/vítima que na data de ontem estava no estacionamento do Hipermercado Extra, se preparando para adentrar o seu veículo acima descrito, juntamente com sua esposa, ora vítima, quando repentinamente foram abordados por dois indivíduos desconhecidos, os quais empunhavam revólveres, na cor preta(...) Destaquei.

Ainda que num primeiro momento a informação era de que os fatos se deram fora do estacionamento, certo é que num segundo momento, na sequência do histórico da ocorrência e com a chegada da polícia no local do crime, temos a confirmação do delito nas dependências da apelante. Igualmente, o boletim de ocorrência descreve o acontecimento no estacionamento.

Também corroboram com esta versão a testemunhas ouvidas:

> João Euzébio Alves (p. 164-165): (...) que ao sair no estacionamento observou que o casal que havia pago as compras logo após o depoente, foi abordado perto do veículo deste, que a mulher foi colocada no banco traseiro e o rapa no carona; (...) que ao tentarem sair do estacionamento o meliante ainda entrou na contramão, voltando de ré para sair do estacionamento (...).
>
> Luiz Antônio Catarinelli Neto – policial militar (p. 166): (...) que foi solicitado ao estabelecimento cópia das filmagens do estacionamento, que por estas somente foi possível observar a entrada e a saída do estacionamento, não se identificando as pessoas no interior deste; que a testemunha presencial João indicou ao depoente e demais policiais o local onde o veículo estava estacionado, sendo que este ponto não era abrangido pelas câmeras de segurança (...).

A testemunha Paulo Cesa Mota, também policial militar, reafirmou, em suma, os mesmos termos desta última testemunha (p. 167-168). A testemunha da p. 169, por sua vez, em se tratando de funcionado da requerida, não reúne o condão de afastar as demais provas.

Logo, não há dúvidas quanto a dinâmica dos fatos e nem mesmo o seu local, não prevalecendo a afirmação de que o evento se deu fora do estacionamento do hipermercado.

No tocante a necessidade da apelante fazer as vezes do Estado ao lhe obrigar a segurança de seus clientes, cumpre observar o artigo 14, § 1º, do CDC, estabelece que o fornecedor responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço.

A Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça bem assenta a questão: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estabelecimento."

Ora, ao supermercado se impõe o dever de zelar pela segurança do veículo dos autores, em decorrência do suposto benefício que gera vantagem econômica ao estabelecimento comercial, sendo sua responsabilidade objetiva, independente, portanto, da comprovação de sua culpa no evento danoso, sendo sua colaboração com a investigação o mínimo que espera para elucidação de um crime ocorrido em seu estabelecimento.

Comprovado o dano e os fatos no interior do estabelecimento da apelante, caracterizada está sua responsabilidade, por inexistir qualquer causa de excludente da culpabilidade.

Por se tratar de relação de consumo, não se admite falha na prestação de serviço, devendo o supermercado zelar pela segurança daqueles que fazem compras em seu estabelecimento comercial, sendo que em caso de comprovado dano sofrido pelo consumidor, decorrente desta relação, deve-se indenizar o consumidor lesado dentro dos limites da razoabilidade do caso.

Nessa senda, colho os seguintes julgados:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – FURTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO INFIRMADO PELO RÉU – DANOS MATERIAIS E MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO CONFIGURADA – HONORÁRIOS RECURSAIS – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Ainda que atécnico, não fere a dialeticidade o recurso que explicita em que momento e por qual motivo a sentença transgrediu seu direito. II - O artigo 14, § 1º, do CDC, estabelece que o fornecedor responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço. Cabia ao supermercado réu zelar pela segurança da motocicleta da parte autora. Suposto benefício que gera vantagem econômica ao estabelecimento comercial. III - Dano moral configurado. Ter seu veículo subtraído em estacionamento, que pressupõe maior segurança, não pode ser considerado mero dissabor ou aborrecimento e, muito menos, como uma normalidade do nosso dia-a-dia. IV - 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. V – A conduta descuidada do réu na forma de conduzir o processo não configura, por si só, a aplicabilidade das penas por litigância de má-fé. VI - 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. RECURSO ADESIVO DO AUTOR – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – FURTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – DANOS MORAIS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – HONORÁRIOS RECURSAIS – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - No ordenamento jurídico brasileiro não existem critérios objetivos para a quantificação do dano moral, até porque esta espécie de dano, por atingir a esfera psíquica do indivíduo

e estar intimamente ligada à sua moral, não permite que se criem parâmetros concretos para a análise de sua extensão, devendo ser arbitrado de acordo com a possibilidade econômica do ofensor, as necessidades do ofendido, a potencialidade do dano e o grau de culpa ou dolo envolvido no ato lesivo. Valor fixado na origem mantido em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. II - Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios. (TJMS. Apelação n. 0816559-64.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 18/10/2016, p: 20/10/2016.)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FURTO DE MOTOCICLETA NO INTERIOR DO ESTACIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – SÚMULA Nº 130 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL CONFIGURADO – JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJMS. Apelação n. 0056296-15.2012.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 17/03/2015, p: 19/03/2015.)

E M E N T A - AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE QUE ENVOLVE O CONSUMIDOR COM CARRINHO DO SUPERMERCADO, DENTRO DO ESTABELECIMENTO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO SUPERMERCADO - EMPRESA REVEL - AUSÊNCIA DE PROVAS DE CULPA DE TERCEIROS - DANO MORAL EXISTENTE E APLICADO DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE - REGIMENTAL QUE NÃO TRAZ NENHUM ELEMENTO NOVO CAPAZ DE ALTERAR O TEOR DO *DECISUM* OBJURGADO - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO A responsabilidade do supermercado é objetiva, independente, portanto, da comprovação de sua culpa no evento danoso. O dano e os fatos no interior do estabelecimento do réu são suficientes para fazer surgir sua responsabilidade. A responsabilização somente poderia ser afastada caso o supermercado demonstrasse alguma causa excludente da culpabilidade, o que não veio mencionado nem comprovado nos autos. Havendo típica relação de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, que não admite falha na prestação de serviço, devendo o supermercado zelar pela segurança daqueles que fazem compras em seu estabelecimento comercial, sendo que em caso de comprovado dano sofrido pelo consumidor, decorrente desta relação, deve-se indenizar o consumidor lesado dentro dos limites da razoabilidade do caso. Regimental que não traz nenhum elemento novo capaz de alterar o teor da decisão agravada. Decisão mantida. Agravo improvido. (TJMS. Agravo Regimental n. 0071428-83.2010.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 26/11/2013, p: 04/12/2013.)

O dissabor experimentado pelos autores foi além do transtorno normal de vida – "sequestro relâmpago" – caracterizando dano moral indenizável. Não merece amparo, portanto, a alegação de que o dano moral não restou devidamente comprovado, notadamente considerando tratar-se de violação a um bem jurídico extrapatrimonial, que alcança a esfera psíquica do lesado, como de ordinário acontece, independe da prova de sua existência, decorrente da própria conduta lesiva.

Presentes os requisitos autorizadores, resta verificar o montante indenizatório, uma vez que a parte recorrente pugna por sua redução.

E, neste ponto, na apuração da indenização por dano moral, deve o julgador, atendendo-se às específicas condições do caso concreto, fixar o valor mais justo para o ressarcimento, lastreado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse propósito, impõe-se sejam observadas as condições do ofensor e do ofendido, assim como a intensidade do sofrimento, o grau de reprovação da atuação do agente ativo da ilicitude, bem como a finalidade de impor ao executor o caráter punitivo da condenação para que não seja reincidente nesta conduta. De outro lado, não se pode perder de vista que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Embora a ressalva acima da possibilidade de fixar danos morais acima do pleiteado na inicial, na situação versada compreendo como elevado o montante de R$ 30.000,00 para cada um dos litigantes Erlon e Christiane.

Assim, considerando o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, a potencialidade lesiva do dano e a necessidade da vítima, bem como a finalidade da responsabilização, tenho que o valor indenizatório estabelecido excede a razoabilidade.

Voltando-se para jurisprudência tanto deste Tribunal como outros, denota-se que os valores da condenação por danos morais em "sequestro relâmpago" são em torno de R$ 20.000,00 a R$ 25.000,00, conforme se denota dos seguintes julgados:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. SEQUESTRO OCORRIDO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEVIDA. MONTANTE INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 25.000,00 PARA CADA AUTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANTIDOS. RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que condenou o estabelecimento comercial à reparação pelos danos materiais e morais decorrentes de assalto seguido de sequestro relâmpago ocorrido no seu estacionamento, porquanto a fixação de indenização, no caso, encontra-se em estreita consonância com a Súmula 130 do STJ, que dispõe que "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estabelecimento". (TJMS. Apelação n. 0820662-85.2013.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 24/01/2017, p: 25/01/2017) Nota: Danos morais de e R$ 25.000,00.

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sequestro relâmpago. Sentença de parcial procedência para condenar o réu ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de compensação por danos morais, além de R$ 4.098,00 por danos materiais. Apela o réu alegando preliminarmente nulidade da sentença por cerceamento de defesa e necessidade de denunciação à lide à operadora do estacionamento do shopping. No mérito afirma inexistir obrigação de reprimir crimes, não havendo que se falar em omissão. Assevera tratar-se de hipótese de força maior. Pede pelo afastamento dos danos morais e subsidiariamente e pela minoração do valor arbitrado. Descabimento. Aplicabilidade do CDC. Responsabilidade objetiva do réu. Sofrer sequestro relâmpago *é* fato bastante a resultar na violação da integridade moral da vítima, ocasionando ao réu, independentemente da comprovação de qualquer prejuízo, o dever de indenizar os danos experimentados. Dano decorrente do mero descumprimento do dever de segurança. Incontroversos os fatos, o dano moral resta caracterizado. Valor da indenização arbitrado o com equidade e moderação em R$ 20.000,00. Recurso improvido. (Relator(a): James Siano; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 20ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 09/09/2016; Data de registro: 14/03/2017)

Logo, evidencia-se por estes julgados o excesso na condenação, razão pela qual reduzo os danos morais para R$ 20.000,00 (vinte mil reais), por se apresentar adequado à realidade dos fatos e estar de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou parcial provimento, a fim de condenar a Companhia Brasileira de Distribuição a pagar danos morais a Erlon Carlos Bento Franco e Christiane Michelle Ferreira Nomyama Franco no montante de R$ 20.000,00 para cada um destes. Deixo de fixar honorário recursal, tendo em vista que a sentença foi proferida durante a vigência do código de processo civil anterior.

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. 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, 10 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800389-37.2013.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – FURTO DE APARELHO CELULAR – INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA – COLETOR DE METAIS JUNTO À PORTA GIRATÓRIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – RISCO INERENTE À ATIVIDADE ECONÔMICA – DANOS MORAIS – VALOR MANTIDO – PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Consumidor que teve o celular furtado no coletor de metais situado ao lado da porta giratória da agência bancária do requerido, faz jus ao ressarcimento e indenização por danos morais em virtude da responsabilidade objetiva da instituição financeira quanto aos fatos ocorridos no interior de seu estabelecimento.

Danos morais arbitrados no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) atendem à finalidade do instituto e se apresentam proporcionais ao caso em tela.

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, 3 de maio de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Banco do Brasil S.A., nos autos de Ação de Reparação de Danos nº 0800389-37.2013.8.12.0017 em que contende com Antonia Edilena Fortunato dos Santos, oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que:

A recorrida propôs a demanda alegando que perdeu seu aparelho celular em uma das agências do apelante após utilizar a porta giratória, razão pela qual pleiteou indenização por danos materiais e morais, além da inversão do ônus da prova.

Agiu de forma legal e inexiste conduta ilícita a gerar o dever de indenização material, mormente porque não houve comprovação do dano alegado.

Não é crível ser responsabilizado porque a parte se esqueceu do seu celular no compartimento do banco, visto à autora cabe provar a culpa ou dolo do réu no evento, sendo certo que sofreu danos causados por sua própria conduta, pois sequer existe relação jurídica entre os dois na operação que ensejou a presente demanda.

Não resultou demonstrada a existência de dano moral, eis que o fato constituiu mero aborrecimento cotidiano.

Subsidiariamente, protesta pela redução da indenização arbitrada em R$ 5.000,00, por representar quantia excessiva, afrontando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer o conhecimento e provimento do apelo para julgar improcedentes os pedidos.

O recurso foi respondido batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo (p. 169/171) .

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Banco do Brasil S.A., nos autos de ação de reparação de danos de n.0800389-37.2013.8.12.0017 em que contende com Antonia Edilena Fortunato dos Santos, oferece recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, que julgou procedentes os pedidos para condenar o apelante ao pagamento de danos materiais à apelada no valor de R$ 229,00, e indenização por danos morais de R$ 5.000,00 (p. 140/151).

A autora propôs a demanda alegando que no dia 16/11/2012 teve o seu celular furtado no coletor de metais situado ao lado da porta giratória da agência bancária do requerido.

Afirma que no momento do incidente pediu ao gerente para mostrar-lhe as imagens de segurança, o que foi negado, tendo o funcionário dito que nada poderia fazer. Assim, pugnou pela condenação do requerido em indenizá-la em danos materiais e morais decorrentes de furto e do tratamento recebido.

Neste apelo, a instituição financeira argumenta que agiu de forma legal e inexiste conduta ilícita a gerar o dever de indenização material, mormente porque não houve comprovação do dano alegado.

Aduz que não é crível ser responsabilizado porque a parte se esqueceu do seu celular no compartimento do banco, visto que à autora cabe provar a culpa ou dolo do réu no evento, sendo certo que sofreu danos causados por sua própria conduta, pois sequer existe relação jurídica entre os dois na operação que ensejou a presente demanda e não resultou demonstrada a existência de dano moral, eis que o fato constituiu mero aborrecimento cotidiano.

Pois bem.

Tratando-se de tema que envolve relação de consumo na prestação de serviço bancário, é de aplicar-se o CDC (art. 3º e § 2º), consoante entendimento reiterado e firmado na súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.

Por tal preceito ao consumidor é assegurado o direito de voltar-se contra todos os que tiverem na cadeia de responsabilidade que lhe causaram danos seja na esfera de má prestação de serviços ou fornecimento de produtos, vez que é destinatário final do serviço.

Analisando detidamente os autos, infere-se que a instituição financeira não nega o fato, qual seja, que ocorreu o furto do aparelho celular da autora no interior da agência bancária ao depositar o objeto no coletor de metais junto à porta giratória, insurgindo-se apenas quanto a sua responsabilidade pelo evento danoso.

Por conseguinte, considerando o boletim de ocorrência registrado pela requerente e notícia veiculada, ambos acostados à exordial (p. 10/11), bem como a condição de correntista da apelada (p. 14), resultou incontroversa a ocorrência do furto do celular dentro do estabelecimento bancário requerido, sendo inconteste a responsabilidade do recorrente pelo ocorrido.

Veja-se o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - FURTO OCORRIDO NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE - DANO MORAL - *QUANTUM* FIXADO DENTRO DOS PADRÕES DE RAZOABILIDADE – PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO.
>
> (AgRg no Ag 1163339/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 29/10/2009)

E a jurisprudência pátria:

> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FURTO NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR DO BANCO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) às instituições financeiras. 2. Não há controvérsia acerca da apropriação indevida do numerário pertencente ao autor pelos terceiros que, ardilosamente, o distraíram no momento em que realizava o saque em caixa eletrônico. 3. Caracterizada a responsabilidade civil da instituição financeira pelos danos materiais sofridos pelo cliente, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, em razão da defeituosa prestação dos serviços bancário. 4. Danos morais a serem indenizados em atenção aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e em atendimento da dupla finalidade da reparação: caráter compensatório para o ofendido e punitivo-pedagógico para o ofensor. Correção monetária na forma do Manual de Cálculos aprovado segundo a Resolução 134, de 21.12.2010, com as alterações da Resolução nº 267, de 02.12.2013, ambas do Conselho da Justiça Federal. 5. Danos materiais deverão ser corrigidos desde a data do evento e acrescidos de juros de mora no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês até 10.01.2003 e, a partir de então, deverá ser aplicada a taxa Selic, não cumulada com qualquer outra forma de atualização, sob pena de *bis in idem*. 6 Honorários advocatícios de 10% (dez por cento) do valor da condenação. 7. Apelação do autor a que se dá parcial provimento.
>
> (TRF-3 - AC: 00055616720024036126 SP 0005561-67.2002.4.03.6126, Relator: Desembargador Federal Nino Toldo, Data de Julgamento: 26/01/2016, Décima Primeira Turma, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 Data:29/01/2016)
>
> INDENIZATÓRIA ROUBO OCORRIDO EM ESTACIONAMENTO LOCALIZADO NAS DEPENDÊNCIAS DA AGÊNCIA BANCÁRIA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA A permissão para que os clientes do banco utilizem o estacionamento conveniado e agregado ao próprio imóvel da sede do banco, impõe a responsabilidade de ambos pelos eventuais danos causados pela deficiência na prestação desses serviços.
>
> No caso em tela, não se cogita de caso fortuito ou força maior a ponto de eximir os réus do dever de indenizar a autora, notadamente pela previsibilidade de ocorrência desse tipo de evento (furto), risco, portanto, inerente à atividade explorada.

> Prova testemunhal dos fatos e danos morais que restaram inquestionáveis, decorrentes da falha na prestação de serviços Indenização fixada em R$ 10.000,00, que se mostra razoável ao caso concreto Sentença reformada Recurso Provido Neste Tópico" (apel. nº 0003322-21.2014.8.26.0363, rel. Des. Sérgio Shimura, j. 17-2-2016).
>
> Apelação. Ação de ressarcimento de danos materiais. Procedência em parte. Inconformismo. Desacolhimento. Autor vítima de roubo no estacionamento da agência bancária. Dever de segurança e risco da atividade que determinam a assunção da responsabilidade civil, independentemente da terceirização do serviço. Exploração indireta e subordinada do estacionamento. Responsabilidade solidária. Dever de indenizar os prejuízos materiais, porém limitados ante a ausência de comprovação da quantia roubada. Pertinência subjetiva da demanda bem delineada. Fato constitutivo do direito alegado. Prova oral e documental. Risco da atividade. Dever de indenizar. Recursos improvidos (apel. nº 0028878-11.2005.8.26.0114, rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 17-10-2014).

Nem há falar-se em excludente de responsabilidade pelo fato de terceiro ou caso fortuito, pois o risco da ocorrência de roubos ou furtos no interior de agência bancária ou respectivos estacionamentos é inerente da atividade explorada pelo apelante.

Do ponto de vista do dever de indenizar, a responsabilidade civil do réu é oriunda do risco integral de sua atividade econômica (cf. Luiz Antonio Rizzatto Nunes, em Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Saraiva, 1ª ed., 2000, p. 153, comentário ao art. 12) e só não é responsabilizado se provar a culpa exclusiva do consumidor (cf. § 3º, inciso III, do art. 12), do que, por óbvio, não se cuida na espécie.

No tocante ao dano moral, são conhecidos os casos em que não há discussão sobre o seu cabimento (cf. arts. 5º, V e X, da CF e 186, do CC de 2002) e entre esses está a violação de direitos da personalidade, como a ameaça à incolumidade física.

Afinal, o furto de que foi vítima a demandante certamente lhe causou abalo emocional e psicológico, com implicações em sua vida pessoal, acarretando ofensa à honra e à dignidade da pessoa, vítima do erro.

Aí estão a ação e a lesão, resultando ao réu o dever de indenizar, dispensada qualquer outra prova. Notadamente porque não se há "falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação" (cf. REsp. 86.271- SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

A jurisprudência do STJ "está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto" (cf. REsp. 196.024-MG, rel. Min. César Asfor Rocha).

A vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (CF, art. 5º, incisos V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, arbitrada segundo as circunstâncias.

Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva, sendo meramente arbitrável, por haver ausência de parâmetro objetivo na legislação. Ainda que se abstraia a ideia de produzir no causador do mal um impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado, persiste a necessidade da reparação pecuniária, como medida apta a compensar a sensação de dor do ofendido com uma sensação agradável em contrário, a ponto de a paga em dinheiro representar-lhe uma satisfação, moral ou psicológica, capaz de neutralizar ou remediar o sofrimento impingido.

E bem certo é que se devem considerar certos parâmetros para o fim de arbitramento da verba reparatória, como as condições financeiras e sociais das partes e a intensidade do dano, buscando-se, por

meio da reparação, dar conforto psicológico à vítima e, ao mesmo tempo, sancionar o causador do fato danoso, a fim de que tome a devida cautela no exercício de sua atividade e evite a reincidência.

Sopesados esses fatores, observado o critério da razoabilidade e presente a necessidade de se atentar para que o arbitramento se opere sem abusos ou exageros, proporcionalmente ao grau de culpa, às condições das partes, o nível de ofensa à honra, mostra-se adequado o arbitramento da indenização em R$ 5.000,00, estabelecido na sentença, por ser apresentar razoável e de acordo com as circunstâncias do caso em tela.

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada.

Fixo honorários recursais de 2% (dois por cento) do valor da condenação, a ser pago pelo recorrente ao patrono da recorrida, cujo percentual deverá ser somado aquele estabelecido na sentença.

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 03 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0803165-87.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – INTERVENÇÃO ESTATAL NA FORMA DE COBRANÇA DOS ESTACIONAMENTOS PRIVADOS – DESCABIMENTO – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ART. 2º, *CAPUT* E §§ 1º E 2º, DA LEI MUNICIPAL DE N. 5.166/2012 – RECONHECIDA – SENTENÇA MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

Considerando que a Lei Municipal n. 5.166/2012, intervém no domínio da propriedade privada e impõe regras de fracionamento de cobrança nos estabelecimentos privados, cominando penalidades em caso de descumprimento, cuja matéria legislativa é de competência exclusiva da União, merece ser mantida a decisão de primeiro grau que declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade formal e material do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, daquela norma.

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, manter a sentença em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

O Juízo de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais desta Comarca submete à remessa necessária a sentença proferida neste mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Brasileira de *Shopping Centers* - Abrasce em face de ato praticado pelo Prefeito Municipal de Campo Grande – MS e pelo Superintendente do Procon (p. 557-566).

Não houve interposição de apelo voluntário (p. 591).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso obrigatório (p. 599-602).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de remessa necessária submetida, pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais desta Comarca, contra a sentença proferida neste mandado de

segurança coletivo impetrado pela Associação Brasileira de Shopping Centers - Abrasce em face de ato praticado pelo Prefeito Municipal de Campo Grande – MS e pelo Superintendente do Procon.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o somente em seu efeito devolutivo (arts. 1.012, V, e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Com efeito, infere-se que a impetrante ajuizou o presente mandado de segurança coletivo visando afastar a intervenção estatal na sistemática de cobrança dos seus estacionamentos, bem como declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Municipal de n. 5.166/2012, a qual obriga os estacionamentos privados a cobrar, de forma fracionada, pela permanência dos veículos em seu estabelecimento, sob pena de multa.

Pois bem, o teor da Lei Municipal de n. 5.166/2012, possibilita concluir que a matéria abordada (cobrança fracionada pela permanência de veículos em estacionamentos privados) é da competência legislativa federal, haja vista o teor dos artigos 22, I; 25, § 1; e, 30, I e II, todos da Constituição Federal:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
>
> (...)
>
> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
>
> § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.
>
> (...)
>
> Art. 30. Compete aos Municípios:
>
> I - legislar sobre assuntos de interesse local;
>
> II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Portanto, por estar a citada legislação, regulamentando a forma de exploração econômica de propriedade privada (matéria de direito civil) forçoso reconhecer que esta incorre em inconstitucionalidade formal (por não ser matéria da competência do Município), além de inconstitucionalidade material (restrição ao uso da propriedade), violando a livre iniciativa privada e concorrência da recorrida, não sendo admitido ao Município legislar, conforme insculpido nos artigos 1º, *caput* e inciso IV[1], bem como art. 5º, inciso XXII[2] e art. 170, incisos II e IV[3], todos da CF.

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

2 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:
(...)
XXII - é garantido o direito de propriedade;

3 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:
(...)
II - propriedade privada;
(...)
IV - livre concorrência;

A respeito:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL 4.049/2002. ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS. GRATUIDADE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E AOS MAIORES DE SESSENTA E CINCO ANOS. VIOLAÇÃO AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL. VEDAÇÃO À VINCULAÇÃO DE RECEITA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. EMBARGOS RECEBIDOS PARA ESCLARECIMENTOS. **I – Declaração de inconstitucionalidade de lei estadual pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que entendeu infringir a competência da União Federal a intervenção na propriedade particular para conceder benefício de gratuidade de estacionamento a idoso e a portadores de deficiência física, e, no que concerne às áreas públicas, a necessidade de previsão de receita, consoante preceito contido na Constituição estadual, e a vedação de vinculação de receita pública para fazer frente à efetivação do benesse.** (...). III – No que concerne à intervenção indevida na propriedade privada, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADIs. 1918/ES e 3710/GO). Relativamente à concessão do benefício de estacionar gratuitamente em área pública, o Tribunal de origem assentou a ausência de previsão de receita para fazer frente à despesa e suposta vinculação de receita pública, fundamentos que não foram impugnados pela recorrente. Incidência da Súmula 283/STF. IV – Embargos de declaração recebidos apenas para prestar esclarecimentos, sem modificação do acórdão embargado. (AI 742679 AgR-ED-ED, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, acórdão eletrônico DJe-101 divulg 27-05-2014 public 28-05-2014).Destacado.

> COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – DIREITO CIVIL – ESTACIONAMENTO – *SHOPPING CENTER* – HIPERMERCADOS – GRATUIDADE – LEI Nº 4.541/2005, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – PRECEDENTES. Invade competência legislativa da União, prevista no artigo 22, inciso I, da Carta da República, norma estadual que veda a cobrança por serviço de estacionamento em locais privados. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1.472/DF, relator ministro Ilmar Galvão, nº 2.448/DF, relator ministro Sydney Sanches, e nº 1.623/RJ, relator ministro Joaquim Barbosa. (STF - AI 730856 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, acórdão eletrônico DJe-110 divulg 06-06-2014 public 09-06-2014)

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. ESTACIONAMENTO EM LOCAIS PRIVADOS. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 22, I DA CONSTITUIÇÃO. Esta Corte, em diversas ocasiões, firmou entendimento no sentido de que invade a competência da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I da CF/88) a norma estadual que veda a cobrança de qualquer quantia ao usuário pela utilização de estabelecimento em local privado (ADI 1.918, rel. min. Maurício Corrêa; ADI 2.448, rel. Min. Sydney Sanches; ADI 1.472, rel. min. Ilmar Galvão). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (STF - ADI 1623, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-072 divulg 14-04-2011 public 15-04-2011 ement vol-02504-01 PP-00011 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 337-341)

> LEIS 10.927/91 E 11.262 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. SEGURO OBRIGATÓRIO CONTRA FURTO E ROUBO DE AUTOMÓVEIS. *SHOPPING CENTERS*, LOJAS DE DEPARTAMENTO, SUPERMERCADOS E EMPRESAS COM ESTACIONAMENTO PARA MAIS DE CINQÜENTA VEÍCULOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O Município de São Paulo, ao editar as Leis l0.927/91 e 11.362/93, que instituíram a obrigatoriedade, no âmbito daquele Município, de cobertura

> de seguro contra furto e roubo de automóveis, para as empresas que operam área ou local destinados a estacionamentos, com número de vagas superior a cinqüenta veículos, ou que deles disponham, invadiu a competência para legislar sobre seguros, que é privativa da União, como dispõe o art. 22, VII, da Constituição Federal. 2. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios. 3. Recurso provido. (STF - RE 313060, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 EMENT VOL-02222-03 PP-00538 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130)

Outro não é o entendimento deste Tribunal em caso idêntico, vejamos:

> E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR CONCEDIDA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – REQUISITOS DEMONSTRADOS – SUSPENSÃO DA LEI MUNICIPAL N. 5.166/2012 QUE IMPÕE REGRAS DE FRACIONAMENTO DE ESTABELECIMENTOS PARTICULARES – DIREITO DE PROPRIEDADE – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – ART. 22, I, DA CF – MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU – RECURSO DESPROVIDO. **(...). Considerando que a Lei Municipal n. 5.166/2012 intervém no domínio da propriedade privada (art. 170, CF, art. 1.228, CC), e impõe regras de fracionamento dos estabelecimentos objeto da norma, cominando penalidades em caso de descumprimento, cuja matéria legislativa é de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22, I, da CF, merece ser mantida a decisão agravada que concedeu a liminar e determinou a suspensão da aplicação do § 2º do art. 2º da referida Lei Municipal, até o julgamento do presente mandado, por constatar, em sede de cognição sumária, fortes indícios de inconstitucionalidade.** (TJMS, AI de n. 1401135-33.2015.8.12.0000, Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/03/2015; Data de registro: 24/03/2015) Destacado.

Portanto, a competência da União volta-se, entre outras, a regular o direito de propriedade, enquanto que o Município legisla sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber e, por último, o Estado exerce o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, em vista das normas editadas pela União, sem invadir questões que não lhes sejam vedadas pela Constituição, tal como a livre iniciativa privada.

É oportuno consignar, ainda, que a competência para legislar sobre direito do consumidor é concorrente entre a União e o Estado, nos termos do art. 24, VIII[4], da Constituição Federal, não abarcando os Municípios.

Outrossim, a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, conforme dispõe o art. 30, I[5], da Carta Magna, não autoriza que legisle sobre matéria que na repartição de competência entre os entes da federação não foi conferida, quer comum ou concorrente.

A propósito:

> (...). 2. A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição

4 "Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;"

5 "Art. 30. Compete aos Municípios:I - legislar sobre assuntos de interesse local";

> das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios. 3. Recurso provido. (RE 313060, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 ement vol-02222-03 PP-00538 lexstf v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130). Destacado.
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL 4.049/2002. ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS. GRATUIDADE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA E AOS MAIORES DE SESSENTA E CINCO ANOS. VIOLAÇÃO AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL. AGRAVO IMPROVIDO .**(...). Verifica-se, no caso, a inconstitucionalidade formal da mencionada lei, pois a competência para legislar sobre direito civil é privativa da União.** Precedentes. II – Agravo regimental improvido. (AI 742679 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, DJe-195 Divulg 10-10-2011 public 11-10-2011 ement VOL-02605-04 PP-00619). Destacado.

Assim, forçoso reconhecer a procedência do pedido inicial, impossibilitando-se a intervenção do ente público municipal na forma de cobrança dos estacionamentos em propriedades privadas, bem como para que se declare incidentalmente a inconstitucionalidade formal e material do art. 2º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei Municipal de n. 5.166/2012.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, conheço da remessa necessária e, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, 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. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0000720-94.2009.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO E AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO CAMBIAL – RECURSO DO AUTOR – ILICITUDE NA OBTENÇÃO DO CHEQUE – NÃO COMPROVADA – ENDOSSO AO PORTADOR – CARACTERIZADO PELA ASSINATURA NO VERSO DA CÁRTULA – RECURSO DO REQUERIDO – RECONHECIMENTO DE DIREITO EM SEU FAVOR – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE DEMANDA DO REQUERIDO CONTRA O AUTOR – ADSTRIÇÃO DO JUÍZO AOS LIMITES DA LIDE – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO CARTÓRIO DE PROTESTO – DEVIDA – DECORRÊNCIA LÓGICA DA REVOGAÇÃO DA LIMINAR – ARTIGO 17, § 1º, DA LEI 9.492/97 – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INDEVIDA – VALOR EM CONSONÂNCIA COM O ARTIGO 20, §§ 3º E 4º DO CPC DE 1973 – RECURSO DO AUTOR DESPROVIDO E RECURSO DO REQUERIDO PARCIALMENTE PROVIDO.

O autor não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, visto que não juntou prova hábil a comprovar a alegada má-fé do requerido na obtenção do título. Portanto, prevalece o princípio da inoponibilidade, ao portador, das exceções fundadas em relações pessoais entre emitente e favorecido.

Consoante preceituam a Lei Uniforme de Genebra e a Lei nº 7.357/85, a assinatura no verso do cheque caracteriza o chamado endosso em branco, o qual autoriza a transferência do título a qualquer pessoa. O endossatário, por sua vez, pode transformá-lo em endosso em preto, basta especificar a quem de direito o título se destina, como fez o apelado.

Não há demanda do requerido contra o autor que possibilite o reconhecimento de direito daquele em desfavor deste. Julgada improcedente a pretensão declaratória de nulidade do cheque, a singela conclusão é que o cheque não é nulo. A Lei prevê meio específico para o réu, no mesmo feito, demandar em face do autor, por meio de reconvenção, que não ingressou.

A revogação da medida em razão do julgamento improcedente implica seja oficiado ao mesmo Tabelionato para reversão da suspensão antes determinada e prosseguimento nos atos de protesto do cheque, conforme artigo 17, § 1º, da Lei 9.492/97.

A quantia arbitrada a título de honorários advocatícios está em harmonia com o artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC de 1973 e com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

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 apelo de José Sidney Benatto e dar parcial provimento ao recurso de José Cícero da Silva e outro, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de junho de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Tratam-se de recursos de apelação, o primeiro interposto pelo autor José Sidney Benatto e o segundo interposto pelo requerido José Cícero da Silva e pelo terceiro interessado Ariovaldo Hebert da Cruz, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Mundo Novo, que julgou improcedentes as ações anulatória e cautelar movidas pelo primeiro apelante.

Em seu recurso, o primeiro apelante relata que buscou a tutela jurisdicional para declarar nulo de pleno direito o cheque nº 000814 sacado contra o Banco Bradesco S/A, no valor de R$ 10.000,00, com vencimento para 26.04.2009.

Alega que o portador do cheque não o obteve de forma lícita, de modo que a ele não se aplicaria o princípio da inoponibilidade das exceções, segundo o qual as exceções pessoais entre emitente e beneficiário não podem ser opostas ao endossatário.

Aduz que o requerido se apoderou do título sem ordem da portadora. Se o tivesse recebido como pagamento, como alega, teria juntado o comprovante do acerto e do recebimento do cheque.

Argumenta pela inexistência de endosso, visto que a assinatura da portadora no verso do cheque constou sem a expressão "por aval" ou "transfiro por endosso", além de ser exigida regularmente pelo Banco, em razão dos cheques nominais a ela que apresentava para depósito em conta.

Invoca dispositivos da Lei nº 7.357/85 para sustentar a ilegitimidade do depósito do cheque realizado pelo requerido e a legitimidade da sustação do pagamento por ele autor. Assim, pugna pela reforma da sentença e procedência da ação.

Em contrarrazões (f. 288/290), o apelado afirma que o ponto controvertido reside no endosso. Entende que o recorrente não comprovou, como lhe incumbia, a má-fé do endossatário ou qualquer vício que inquinasse o negócio jurídico, de forma que não se poderia falar em nulidade do endosso. Assim, requer o desprovimento do recurso.

Em seu recurso (f. 292/303), os segundos apelantes alegam que, embora tenha julgado improcedente o pedido, a sentença deixou de reconhecer a autonomia da relação jurídica cambial entre o autor e o requerido, bem como a obrigação daquele pagar a este a quantia do cheque com seus acréscimos legais.

Argumentam que "a sentença declaratória que acolher o pedido de existência do débito, que é o caso em questão, dá ao vencedor o direito do cumprimento dessa decisão, na forma do artigo 475-J do Código de Processo Civil" (f. 295).

Além disso, aduzem que o magistrado deveria ter determinado ao Cartório de Protesto, por ofício ou mandado, o cumprimento do *decisum* de revogação da sustação do processo, sob pena de sua ineficácia. Por fim, requerem a majoração dos honorários de sucumbência para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Intimado para contrarrazões (f. 321), o apelado quedou-se inerte (f. 322).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Relatados.

Primeiramente, anoto que os recursos em tela serão apreciados com base no Código de Processo Civil de 1973, porquanto interpostos e a sentença proferida sob sua égide.

Do recurso de José Sidney Benatto

Deve ser negado provimento ao recurso.

A afirmação de que o requerido teria obtido o cheque de forma ilícita não se sustenta, visto que não há qualquer evidência nesse sentido, tão somente alegação da favorecida Silvania, a única a quem aproveitaria a narrativa de furto do título.

Ora, não se pode atribuir pesos diversos à alegação da depoente de que o cheque fora subtraído do cofre pelo requerido e à alegação deste de que recebera o cheque como pagamento da venda de suas quotas da empresa que mantinha com aquela.

Em verdade o requerente não se desincumbiu do ônus probatório que lhe competia, visto que não juntou prova hábil a comprovar a alegada má-fé do apelado na obtenção do título. Portanto, prevalece o princípio da inoponibilidade, ao portador, das exceções fundadas em relações pessoais entre emitente e favorecido.

Ademais, também não se revela verissímil a tese de que Silvania teria assinado o cheque em virtude de exigência do Banco. Ainda que a exigência seja feita, o seria no ato do depósito, portanto não há justificativa plausível para a assinatura do cheque mesmo antes de seu vencimento, a não ser o endosso realizado em favor de terceiro.

Ora, consoante preceituam a Lei Uniforme de Genebra e a Lei nº 7.357/85, a assinatura no verso do cheque caracteriza o chamado endosso em branco, o qual autoriza a transferência do título a qualquer pessoa. O endossatário, por sua vez, pode transformá-lo em endosso em preto, basta especificar a quem de direito o título se destina, como fez o apelado.

O cheque nº 815 (f. 29) corrobora a conclusão de que se trata de endosso, visto que emitido pelo Autor e transferido ao requerido da mesma forma que a cártula cheque nº 814 (f. 28), ora em questão, apenas com a assinatura de Silvania no verso, sem que houvesse irresignação. Portanto, a presunção é de que a lâmina em apreço tenha sido endossada da mesma forma que a subsequente.

Assim, independentemente do ângulo pelo qual se observe, não é possível concluir senão pela improcedência da ação.

Do recurso de José Cícero da Silva e outro

Deve ser dado parcial provimento ao recurso.

Descabida a alegação de que o juízo deveria ter reconhecido, no dispositivo da sentença, a autonomia da relação jurídica cambial e a obrigação do autor de pagar a quantia do cheque em questão ao requerido.

Na inicial, o autor requereu “seja julgada procedente a ação para decretar a nulidade do cheque 000814, da conta 008076, da agência 1325 do Banco Bradesco S.A de Mundo Novo MS” (f. 4). É sabido

que o Juiz está adstrito aos limites do pedido da ação, nos termos do artigo 460, do Código de Processo Civil de 1973. Outrossim, o artigo 459, do mesmo diploma, estabelece que "O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor".

Assim, evidentemente não há, neste feito, demanda do requerido contra o autor que possibilite o reconhecimento de direito daquele em desfavor deste. A pretensão é de declaração de nulidade do cheque; ou seja, julgada improcedente, a conclusão é que o cheque não é nulo.

A Lei prevê meio específico para o réu, no mesmo feito, demandar em face do autor, desde que em conexão com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Trata-se do instituto denominado reconvenção, previsto no artigo 315 e seguintes do CPC de 1973, que não foi utilizado pelo requerido.

Sob risco de ser repetitivo, ressalto que, ocupando o apelante o polo passivo do feito, não cabe reconhecimento de direito em seu favor, apenas improcedência do direito que o Autor pretende ver reconhecido. Não há como reconhecer obrigação do autor pagar quantia certa, simplesmente porque não é esse o objeto da ação.

De qualquer forma, não seria o caso de prescrição da executoriedade do título, pois o artigo 202, III, do Código Civil, dispõe que a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á por protesto cambial. A concessão de liminar de sustação do protesto e a retenção, por conseguinte, do título executivo pelo Tabelionato de Protestos, em cumprimento à determinação do artigo 17, da Lei 9.492/97, inviabiliza o ajuizamento de ação executiva com o original do título e constitui verdadeira condição suspensiva a obstar o curso do prazo prescricional.

No que tange ao pedido de expedição de ofício ao Cartório de Protesto, assiste razão ao recorrente. Determinada pela concessão da liminar na ação cautelar para suspensão dos efeitos do protesto, com a revogação da medida em razão do julgamento improcedente, a decorrência lógica é que seja oficiado ao mesmo Tabelionato para reversão da suspensão e prosseguimento nos atos de protesto do cheque.

Esse entendimento é corroborado pelo artigo 17, § 1º, da Lei 9.492/97, dispositivo que estabelece: "O título do documento de dívida cujo protesto tiver sido sustado judicialmente só poderá ser pago, protestado ou retirado com autorização judicial".

Por fim, com respeito à condenação a título de honorários advocatícios, entendo que a sentença *a quo* não merece reforma. Conforme artigo 20, § 4º, do CPC 1973, "Nas causas (...) em que não houver condenação (...) os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".

Nesse sentido, diante dos requisitos previstos no § 3º do referido dispositivo legal, em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e diante do valor da causa (R$ 10.000,00 – dez mil reais), concluo adequada a quantia arbitrada em primeiro grau, de R$ 1.000,00 (mil reais) em cada uma das ações (cautelar e ordinária).

Por essas razões, ao presente recurso deve ser concedido parcial provimento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por José Sidney Benatto e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por José Cícero da Silva e Ariovaldo Hebert da Cruz, apenas para o fim de determinar a expedição de ofício ao cartório de protesto, para que prossiga nos atos de protesto do cheque objeto desta ação. Quanto ao mais, mantenho a sentença de origem, em seus termos e por seus próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao apelo de José Sidney Benatto e deram parcial provimento ao recurso de José Cícero Da Silva e outro, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

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, 06 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801945-33.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – AÇÃO MOVIDA CONTRA PESSOA FALECIDA ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL INDISPENSÁVEL – IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL PARA EVENTUAL SUBSTITUIÇÃO DA PARTE – RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando de ação de busca e apreensão, é pressuposto indispensável a demonstração prévia de constituição em mora do devedor, por notificação extrajudicial ou equivalente, o que não ocorre na hipótese de falecimento do devedor antes mesmo da expedição da respectiva notificação. Precedentes.

Por se tratar de requisito essencial ao ajuizamento da demanda, não há se falar em emenda à inicial ou possibilidade de substituição processual do polo passivo.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de junho de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Panamericano S/A contra a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, nos autos de ação de busca e apreensão movida contra Maria de Souza Cruz, que extinguiu o feito sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto processual, tendo em vista o falecimento da ré antes mesmo do ajuizamento da demanda.

O apelante alega que ajuizou a ação de origem em virtude de inadimplemento contratual, sendo que a liminar foi deferida e cumprida, com a apreensão do bem. Aduz que o espólio da apelada, representado por Simone de Souza Cruz, interpôs embargos de terceiro, alegando inexistência de mora na hipótese, tendo em vista que a requerida possuía seguro que cobriria parcelas não adimplidas no caso de morte; no mesmo recurso, o espólio reconheceu que atrasou o pagamento de parcela em razão do falecimento da ré. Assevera que em momento algum o apelado depositou a integralidade da dívida para discutir a ação. Alega

que, diante do deferimento da liminar e da ausência de pagamento pela recorrida, procedeu à venda do bem, pois a posse e a propriedade estariam consolidadas em seu nome, nos termos da lei.

Argumenta que, depois de ocorrida a situação descrita, o Juízo extinguiu o feito por ausência de pressuposto processual. Afirma que em nenhum momento houve má-fé de sua parte, tendo em vista que existia comprovação de inadimplência da apelada, com constituição em mora; ademais, a representante do espólio foi quem assinou o recibo e mesmo assim não veio ao processo para informar o falecimento da requerida. Diz que a notificação da devedora se deu em momento anterior ao ajuizamento da demanda e foi devidamente recebida no endereço da recorrida. E, ainda, que falecida aquela, foi o documento assinado pela representante do espólio. Sendo assim, o adimplemento parcial do contrato não obstaria a apreensão do bem; além disso, as demais parcelas estavam vencidas, por força contratual e legal.

Afirma, também, que o seguro de proteção financeira, cobertura por morte, tem vigência somente por 24 meses, a contar da data da celebração do contrato, ou seja, vigorou somente de 10.04.2012 a 09.04.2014, pelo que não cobriu o sinistro noticiado nos autos (falecimento da ré), ocorrido em 07.12.2014.

Requer seja dado provimento ao apelo para o fim de ser decretada a anulação da sentença, com o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

O espólio da requerida apresentou contrarrazões a f. 296/303 e pugnou pelo desprovimento do recurso, ao argumento de que a requerida não foi constituída em mora, por notificação extrajudicial, tendo em vista que na data de expedição da notificação aquela já havia falecido. Como o DL nº 911/1969 exige a comprovação da mora, a ausência de tal requisito enseja o reconhecimento de inexistência de pressuposto processual, nos termos da Súmula nº 72, do STJ. Aduz que por se tratar a comprovação da mora de requisito essencial ao ajuizamento da ação de busca e apreensão, sua ausência constitui vício insanável, não podendo ser suprida por emenda à inicial, pelo que a sentença deve ser mantida. Por fim, requer a manutenção da sentença, com determinação, ao apelante, de reintegração de posse do veículo descrito na inicial à representante do espólio, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, sem limite e, ainda, condenação nas custas processuais e honorários advocatícios.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Antes de adentrar no julgamento da ação, reputo necessário anotar que, nada obstante a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) ter entrado em vigor em 18.03.2016, ao presente caso são aplicáveis as regras processuais (e não de direito material) do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que tanto a sentença recorrida, quanto o próprio apelo, foram aviados sob a égide deste último *Codex*.

Presentes os pressupostos processuais, conheço da presente apelação. Em análise do processado, concluo que ao recurso do apelante deve ser negado provimento.

A irresignação do recorrente apoia-se na alegação de que teria constituído a devedora em mora regularmente, por notificação extrajudicial anterior ao ajuizamento da demanda, pelo que a busca e apreensão do veículo seria legítima, bem como sua venda depois de executada a liminar, por não ter havido o pronto pagamento das parcelas vencidas e vincendas, no prazo legal de cinco dias.

Entretanto, a irresignação não merece guarida.

Isso porque, ao contrário do alegado pelo apelante, não houve constituição da devedora por uma razão bastante singela: esta já era falecida ao tempo da expedição da notificação extrajudicial, pelo que a

suposta notificação não se trata sequer de ato nulo ou anulável, mas sim de ato inexistente, por absoluta impossibilidade de se notificar pessoa morta.

Com efeito. Por análise do processado é possível concluir-se que a notificação extrajudicial foi lavrada em 13.02.2015 (f. 76), e supostamente entregue a terceira pessoa em 14.02.2015, conforme documento de f. 77. Ressalto que se trata apenas de suposição porque não há, nos autos, sequer o Aviso de Recebimento (A.R.) da correspondência em que remetida a notificação, com assinatura do recebedor.

Por outro lado, a certidão de óbito da devedora, acostada a f. 123 dos autos, dá conta de que aquela falecera no dia 07.12.2014, ou seja, praticamente dois meses antes da expedição da notificação extrajudicial.

Sob qualquer prisma que se examine a questão, a ação carece de pressuposto processual indispensável à propositura da demanda. O artigo 3º, do Decreto-Lei nº 911/1969, traz como requisito essencial para o ajuizamento de ação de busca e apreensão a comprovação da mora, o que, à obviedade, não fora levado a efeito no presente caso, tendo em vista que impossível a constituição de mora, por notificação extrajudicial, de pessoa falecida antes mesmo da expedição de referida notificação.

Já o Código de Processo Civil de 1973, em toda a parte que versa sobre a capacidade processual, veda a propositura de ação contra pessoa morta, tendo em vista que se esta não possui sequer capacidade civil (pela extinção de tal capacidade pelo evento morte), sendo lógico que pessoa falecida também não ostenta capacidade processual, seja passiva, seja ativa.

A ausência de tal pressuposto processual é insanável, não sendo, portanto, o caso de determinação de emenda à inicial, nos termos do que determina o artigo 284, do CPC/1973. É que já no início da demanda é constatável o vício que não se pode retificar, pois, se para o ajuizamento de ação de busca e apreensão é necessária notificação extrajudicial prévia da devedora, e esta já estava morta ao tempo da expedição do documento, é evidente que não há o que se corrigir.

Evidentemente que não se pode suspender a ação para aguardar a eventual notificação extrajudicial do espólio, uma vez que o processo já deve vir instruído com tal documento no início da lide, sob pena de extinção.

Saliento que a matéria é de ordem pública e, portanto, pode ser conhecida de ofício pelo magistrado que, diante da notícia do falecimento da recorrida antes mesmo do ajuizamento da ação (e até mesmo da notificação extrajudicial), julgou extinto o feito por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 267, IV, do CPC/1973).

No mesmo sentido do acima esposado é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça e também de diversos Tribunais de Justiça, incluindo este:

> DECISÃO
>
> Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do TJAC assim ementado (e-STJ fl. 208):
>
> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PARTE DEMANDADA JÁ FALECIDA QUANDO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO VÁLIDA DO PROCESSO. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO."
>
> (...)

Nas razões recursais (e-STJ fls. 271/284), fundamentadas no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da CF, o recorrente aponta ofensa aos arts. 43 e 1.056 do CPC e 1.797, I, do CC/2002, bem como dissídio jurisprudencial. Sustenta, em síntese, que a companheira do de cujos, parte ré na ação de busca e apreensão, possui legitimidade passiva, sendo descabida a extinção da ação sem julgamento do mérito.

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fl. 316).

É o relatório. Decido.

O recurso não merece provimento.

O Tribunal de Justiça local decidiu nos seguintes termos (e-STJ fls. 209/211):

"Na origem, o banco ora apelante ajuizou, em 20 de agosto de 2012, ação de busca e apreensão contra a pessoa de Agustinho Marinheiro dos Santos, no que aduziu o inadimplemento de diversas parcelas do contrato de alienação fiduciária celebrado pelas partes.

No prazo de resposta, a pessoa de Maria Cardoso do Nascimento, ora apelante, na qualidade de companheira do demandado, apresentou contestação, em cuja peça processual, além de suscitar diversas matérias de defesa, informou que o réu falecera na data de 20 de abril de 2011, consoante prova feita mediante a juntada da respectiva certidão de óbito (fl. 61).

A despeito da informação trazida a respeito da morte do demandado, o autor da ação, ora apelado, nada pleiteou e o processo prosseguiu com sua marcha regular, até sobrevir a sentença presentemente recorrida, na qual o Juízo singular julgou procedente o pleito deduzido na ação de busca e apreensão.

Pois bem. Desde a origem, o processo ora em apreço carece de pressuposto de constituição válido. É assim porque, quando proposta a ação de busca e apreensão – em 20 de agosto de 2012 (fl. 01) – a parte demandada já havia falecido, o que ocorreu, como já assinalado, em 20 de abril de 2011 (fl. 61) e, portanto, ausente a chamada capacidade de ser parte. A propósito, colho da jurisprudência:

(…)

Essa particularidade é completamente distinta daquela, também muito usual, de a parte demandada vir a falecer no curso do processo. Quando é assim, a medida cabível é a substituição da parte pelo espólio ou mesmo pelos seus herdeiros, a teor do art. 43 do Código de Processo Civil.

O certo, contudo, é que o Juízo singular não atentou para nenhuma daquelas situações. É dizer, nem extinguiu o processo sem resolução do mérito, com fundamento na ausência de pressuposto de constituição, nem tampouco determinou que o autor promovesse a regularização da relação processual, mediante a citação do espólio ou dos herdeiros do de cujus.

Em suma, repita-se, o demandado já era falecido quando proposta a ação de busca e apreensão, caso em que se ressente de capacidade de ser parte, um dos pressupostos de constituição válida do processo. A matéria é de ordem pública e, portanto, pode ser conhecida de ofício.

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação e, de ofício, extingo o processo sem resolução do mérito, ante a ausência de um dos pressupostos para a sua constituição válida, o que faço nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC."

Logo, a Corte de origem extinguiu o processo sem julgamento do mérito por entender que a hipótese não trata de substituição processual, uma vez que o réu já era falecido ao tempo do ajuizamento da ação. E esclarece que, desde a origem, "o processo ora em apreço carece de pressuposto de constituição válido. É assim porque, quando proposta a ação de busca e apreensão – em 20 de agosto de 2012 (fl. 01) – a parte demandada já havia falecido, o que ocorreu, como já assinalado, em 20 de abril de 2011 (fl.61) e, portanto, ausente a chamada capacidade de ser parte" (e-STJ fl.209).

Distanciado das razões de decidir do acórdão recorrido, o recorrente defende tese de que a companheira do demandado é parte legítima para suceder o de cujus na presente demanda e que, portanto, "a ação preencheu todos os requisitos para o deferimento e o cumprimento da liminar de Busca e Apreensão" (e-STJ fl. 280).

Em tais circunstâncias, não existindo impugnação específica capaz de combater a fundamentação do acórdão, conclui-se que o recurso encontra óbice nas Súmulas n. 283 e 284 do STF.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, nego provimento ao recurso especial.

Publique-se e intimem-se. (STJ. REsp nº 1.514.935/AC. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 07.05.2015).

EMENTA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS O FALECIMENTO DO CONTRIBUINTE. REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 392/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o ajuizamento de execução fiscal contra pessoa já falecida não autoriza o redirecionamento ao espólio, haja vista que não se chegou a angularizar a relação processual, faltando, pois, uma das condições da ação: a legitimidade passiva. Precedentes: AgRg no AREsp 555.204/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 5/11/2014; AgRg no AREsp 522.268/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 17/10/2014; REsp 1410253/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013.

2. Nos termos da Súmula 392/STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução ".

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp nº 1.455.518/SC. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Min. Sérgio Kukina. Julgamento: 19.03.2015).

E M E N T A – APELAÇÃO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA) – FALECIMENTO DO DEVEDOR ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENCAMINHADA APÓS A MORTE – INEFICÁCIA – FALTA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE EXISTÊNCIA DO PROCESSO – IMPOSSIBILIDADE DE SUCESSÃO PROCESSUAL POIS NÃO OCORRIDA A MORTE NO CURSO DO PROCESSO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1- Como é cediço, um dos requisitos indispensáveis para ação de busca e apreensão é a comprovação da mora do devedor, que deve acontecer de forma efetiva em sua pessoa.

2- Se o devedor falece antes do ajuizamento da ação, inviável a aplicação do instituto da substituição processual, que só deve ocorrer no caso de falecimento da parte no curso da demanda.

> 3. Diante da ausência de pressuposto para ajuizamento desta ação – falta da notificação da mora do devedor em razão do seu falecimento - a consequente extinção do processo sem resolução do mérito, é medida que se impõe. (TJMS. Apelação Cível nº 0802644-87.2016.8.12.0008. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. J.: 28.03.2017).
>
> E M E N T A – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DEVEDOR FALECIDO ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO – ART. 110 DO CPC – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> O artigo 110 do Código de Processo Civil disponha que "Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a sucessão pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 313, §§ 1º e 2º", deve-se considerar que a possibilidade desta substituição processual aplica-se apenas aos casos de falecimento de qualquer das partes durante o curso do processo, ou seja, falecimento de quem já esteja integrando a relação processual, figurando no pólo ativo ou passivo da ação. (TJMS. Apelação Cível nº 0800132-70.2014.8.12.0051. Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Julgamento: 19.04.2017).

Assim, a manutenção da sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto processual indispensável à propositura da demanda, é medida que se impõe.

Por fim, saliento que o espólio da apelada, em contrarrazões, requereu a manutenção da sentença que extinguiu a ação de origem, com determinação, ao apelante, de reintegração de posse do veículo descrito na inicial à representante do espólio, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, sem limite e, ainda, condenação nas custas processuais e honorários advocatícios.

Os requerimentos em questão sequer podem ser conhecidos nesta Instância recursal.

Primeiro, porque o espólio da recorrida não faz e nem fez parte da relação processual, tendo atuado no feito apenas via embargos de terceiro. Como não há habilitação do espólio nos autos (o que seria até inviável, tendo em vista a falta de pressuposto processual desde o início da demanda), não pode vir agora, apenas no recurso de apelação da parte contrária, requerer qualquer providência.

Assim, eventuais providências que devam ou possam ser requeridas (como a restituição do bem ou do equivalente em espécie), devem sê-lo em ação própria, em que o espólio ou os herdeiros da falecida se habilitem para tanto, e demonstrem os requisitos necessários para o ajuizamento de eventual ação judicial.

Segundo, porque o espólio, ainda que houvesse se habilitado, não poderia requerer qualquer providência somente em sede de contrarrazões recursais, uma vez que optou por não recorrer da sentença. Eventual agravamento da situação do banco apelante, que não seja consequência direta do desprovimento do recurso, não pode ser concedida por requerimento em contrarrazões recursais da parte contrária, sob pena de ocorrência de *reformatio in pejus* da sentença em apelação aviada por uma das partes apenas, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Ante o exposto, conheço da presente apelação aviada por Banco Panamericano S/A, para o fim de negar-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida em seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

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, 13 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0805659-82.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – DEVIDA – POSTULA COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO REFERENTE AO MESMO SINISTRO JÁ JULGADO ANTERIORMENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Autora ingressa pela segunda vez, objetivando o mesmo proveito, em razão do mesmo pedido, causa de pedir e parte, ciente de que a decisão do feito anterior já havia inclusive transitado em julgado.

Não há que se considerar os argumentos esposados, eis que da sentença anterior foi devidamente intimada, inclusive em ambos os feitos atuaram o mesmo procurador, não havendo razão para alegar desconhecimento da ação anterior.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fernanda Guimarães Martins em face da Sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos autos de ação de cobrança securitária movida contra Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, que acolheu a preliminar de coisa julgada, condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da causa. Ainda, fixou multa à autora por litigância de má-fé em favor da Ré correspondendo ao valor de 5% sobre o valor atualizado da causa (R$ 13.500,00).

A apelante alega que sua condenação em litigância de má-fé não merece prosperar eis que:

> de fato, se parte do pedido formulado já foi objeto de apreciação em outra ação ordinária anteriormente ajuizada, cuja decisão de mérito transitou em julgado, resta caracterizada a coisa julgada material que, nos termos do 4º do art. 337 do Código de Processo Civil, deve ser reconhecida de ofício, para exclusão do correspondente pedido da lide. Todavia, não se detecta deslealdade processual no procedimento da parte que não foi bem sucedida na busca de apoio das pretensões, cujos fundamentos, em princípio, eram defensáveis.

Requer a exclusão de sua condenação em litigância de má-fé.

Intimado a apresentar contrarrazões, o apelado manifestou-se pelo improvimento do recurso, requerendo seja mantida sentença em toda sua integralidade.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Tenho que o presente recurso não merece prosperar.

O artigo 80, V do CPC prevê litigância de má-fé quando quaisquer das partes litiga de modo temerário.

> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> (...)
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

Por certo que a alegação da parte autora, ora apelante, não pode prevalecer, eis que totalmente desarrazoada e desprovida de fundamentos:

> de fato, se parte do pedido formulado já foi objeto de apreciação em outra ação ordinária anteriormente ajuizada, cuja decisão de mérito transitou em julgado, resta caracterizada a coisa julgada material que, nos termos do 4º do art. 337 do Código de Processo Civil, deve ser reconhecida de ofício, para exclusão do correspondente pedido da lide. Todavia, não se detecta deslealdade processual no procedimento da parte que não foi bem sucedida na busca de apoio das pretensões, cujos fundamentos, em princípio, eram defensáveis.

É óbvio que quando ingressou com a segunda lide (em 30/06/2016), objetivando o mesmo proveito em razão do mesmo pedido, causa de pedir e parte, já tinha ciência do resultado da lide anterior (autos 0805486-29.2014.8.12.0002), eis que dessa primeira Sentença foi intimada no dia 25/03/2015, pelo Diário da Justiça de n.º 3312, Relação n.º 0066/2015. Tanto isso é verdade e a parte não pode alegar desconhecimento do resultado do feito anterior, eis que o patrono da primeira causa é o mesmo da segunda, advogado Paulo César Nunes da Silva.

Ademais, seu argumento de que "não se detecta deslealdade processual no procedimento da parte que não foi bem sucedida na busca de apoio das pretensões, cujos fundamentos, em princípio, eram defensáveis" é inconcebível, eis que, designada perícia, a parte autora sequer compareceu (f. 81 dos autos 0805486-29.2014.8.12.0002).

Assim, não há qualquer argumento plausível, neste caso, que justifique a parte ingressar novamente com medida judicial se já obteve anteriormente uma decisão que inclusive já transitou em julgado. Resta configurada a má-fé.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego provimento, mantendo incólume da sentença *a quo*, para o fim de manter a multa por litigância de má-fé na forma arbitrada pelo juízo de primeira instância.

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. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

***

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 0009764-83.2012.8.12.0000
Relator Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – REANÁLISE EM FACE DO JULGAMENTO DO RE 608.482/RN SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL – ART. 543, § 3º, DO CPC DE 1973 – APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE DISTINÇÃO – JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO – MANTIDA A ORDEM CONCEDIDA.

Inexistindo semelhança entre o caso *sub judice* e aquele objeto do recurso representativo de controvérsia – RE n. 608.482/RN, não há falar em retratação do julgado, mas em aplicação da técnica de "distinção" ou *distinguishing.*

A questão tratada no presente *mandamus* é totalmente distinta daquela analisada no paradigma do STF, porquanto se refere à promoção de servidor em face de classificação em concurso interno, e não de provimento originário de cargo público em decorrência de concurso público, não havendo razão para retratação do julgado que entendeu pela aplicação excepcional da teoria do fato consumado, em consonância com a orientação do STJ, conforme reconhecido pela própria Corte Superior no julgamento do RE n. 1.535.240/MS interposto contra o acórdão objeto do presente reexame, e no AgRg no Resp. 1535240/MS, e do próprio STF, que no mencionado paradigma admite a aplicação da teoria do fato consumado em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.

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 maioria, com aplicação do art. 543 do Código de Processo Civil, conceder a ordem, nos termos do 1º Vogal, vencido o Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 6 de março de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de processo remetido a este gabinete pelo desembargador Vice-Presidente desta Corte, com supedâneo no art. 1.040, II, do NCPC (repercussão geral), para reexame do acórdão proferido no julgamento do mandado de segurança impetrado por Alberto Romero e outros contra ato do Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e outro, cuja ementa restou assim redigida:

> EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA. SELEÇÃO INTERNA PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL. MATRÍCULA REALIZADA MEDIANTE LIMINAR. DECURSO DE PRAZO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Incide a teoria do fato consumado, em se tratando de concurso público, quando o objetivo é a convalidação de uma situação de fato considerada ilegal, mas que perdurou ao longo

do tempo, em razão da relevância e da preponderância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da boa-fé e da razoabilidade sobre o princípio da legalidade estrita.

Opostos embargos de declaração pelo Estado de Mato Grosso do Sul foram eles rejeitados, por unanimidade, pela 1ª Seção Cível (fls. 2.181-2.185).

Ato contínuo, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso especial e extraordinário, tendo sido este último sobrestado, em razão de o Supremo Tribunal Federal ter selecionado o recurso extraordinário representativo de controvérsia (RE 608482/RN - Tema 476) (fl. 2387). Ao recurso especial, entretanto, foi dado seguimento (fls. 2384-2386).

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial e determinou o retorno dos autos para que este Colegiado se manifestasse sobre toda a matéria articulada nos embargos de declaração opostos pelo Estado (fls. 2391-2392).

A 1ª Seção Cível, em novo julgamento, por unanimidade, acolheu os aclaratórios, sanando os vícios apontados, sem contudo atribuir-lhes efeitos infringentes.

O Estado de Mato Grosso do Sul, mais uma vez, interpôs recurso especial e extraordinário.

O Vice-Presidente, em decisão monocrática, negou seguimento de plano a ambos os recursos supramencionados.

Interposto agravo, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão que negou seguimento ao recurso especial, e o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, deu provimento ao recurso extraordinário, determinando o retorno dos autos à origem para que se observe o disposto no art. 543-B do CPC de 1973.

O Vice-Presidente, em despacho proferido às fls. 2824-2826, determinou assim o retorno dos autos à 1ª Seção Cível deste Tribunal para nova análise da questão, afirmando que "o *decisum* recorrido parece estar em desconformidade com o que o restou decidido pelo Pretório Excelso" (destaquei).

Foram, então, os autos encaminhados ao meu gabinete, os quais estão agora sendo relatados para fins de serem pautados para julgamento.

VOTO (EM 07.11.2016)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de processo remetido a este gabinete pelo desembargador Vice-Presidente desta Corte, com supedâneo no art. 1.040, II[1], do NCPC (repercussão geral), para reexame do acórdão proferido no julgamento do mandado de segurança impetrado por Alberto Romero e outros contra ato do Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e outro.

Direto intertemporal

Anote-se, desde logo, que, tendo em vista a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões do presente recurso, necessária uma breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

1 Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: (...)
III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

Na espécie, o advento do NCPC, implica em examinar os efeitos do direito intertemporal que incidem no caso concreto, a teor do que consta no art. 14, do CPC, assim redigido:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Ou seja, a regra geral que regulamenta vigência da lei no tempo é a da irretroatividade da lei nova. A retroatividade é exceção, com interpretação e aplicação restritivas, ante as disposições da Constituição Federal que, em seu art. 5º, inciso XXVI, diz que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela referida garantia constitucional, não podendo ser atingidos pela lei nova.

Destarte, considerando que o acórdão, ora reanalisado, foi prolatado na sessão de julgamento que ocorreu em 5.11.2012, tendo a respectiva intimação ocorrido em 19.11.2012, os atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual por este são regidos.

Aliás, os enunciados administrativos aprovados pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão de 9 de março de 2016, em especial o Enunciado 2[2], acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

De início, registro que a questão dos autos cinge-se em saber se é possível ou não a manutenção do acórdão que, aplicando a teoria do fato consumado, concedeu a ordem para declarar a nulidade de todos os atos administrativos que anularam a promoção dos impetrantes e, por consequência, garantir-lhes a permanência na graduação de 2º Sargentos da PMMS.

Nos termos do § 3º do artigo 543-B[3] (Repercussão Geral) do Código de Processo Civil de 1.973, o atual art. 1.039 do NCPC[4], procedo juízo de retratação para afastar a aplicação da teoria do fato consumado e, por conseguinte, denegar a segurança impetrada.

Com efeito, restou decidido no acórdão combatido que:

> Alberto Romero e outros impetram mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra o Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e outro, alegando, em síntese, que (i) são 2º Sargentos da PMMS, com mais de 20 anos de serviço na corporação; (ii) iniciou-se uma verdadeira caça às bruxas por parte da administração do Estado, liderados pela PGE/MS, no sentido de distorcer a lei e o direito para efetuar a "despromoção" de todos os integrantes da turma de sargentos dos impetrantes; (iii) tais atos, portarias e despromoção são ilegais e inconstitucionais, por ofenderem a segurança jurídica e também coisa julgada decorrente da decisão do Mandado de Segurança n. 0038402-70.2005.8.12.0001, cujo trânsito em julgado foi favorável aos impetrantes, onde foi determinada a promoção dos mesmos à graduação de 3º Sargento PM; e (iv) o fato de ter sido reconhecida a decadência do Mandado de Segurança 0000926-95.2005.8.12.0001 (001.05.000926-6) não significa a improcedência do próprio direito, muito menos a decadência do mandado de segurança que garantia aos impetrantes participarem do curso de formação dos sargentos não sendo passível de nulificar suas aprovações meritórias no curso e suas respectivas promoções.

2 STJ - Enunciado administrativo n. 02 - 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.

3 Art. 543-B. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

4 Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Ao final, requerem a concessão de segurança para (i) determinar em definitivo a nulidade de todos os atos administrativos que visem a anular a promoção dos impetrantes; (ii) reconhecer a incidência da Teoria do Fato Consumado a todos os impetrantes matriculados no Curso de Formação de Sargentos que, em razão de suas aprovações, viram-se promovidos, dando como devidas as promoções decorrentes das aprovações meritórias; e (iii) garantir aos impetrantes o direito de permanecerem nas atuais graduações.

Razão assiste aos impetrantes.

Concedo, assim, a segurança.

De fato, incide, no caso, a Teoria do Fato Consumado, porquanto a situação que o Estado visa reverter está consolidada no tempo, razão pela qual fazer com que os impetrantes retornem à patente anteriormente ocupada implica em causar-lhes prejuízo, sem que signifique qualquer ganho por parte da Administração Pública.

Conquanto o Estado argumente que a referida teoria não se aplica ao caso, é certo que o Superior Tribunal de Justiça entende que "Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a Teoria do Fato Consumado em matéria de concurso público requer o cumprimento pretendido[5].

Ou seja, a Corte Superior afirma que, em se tratando de concurso público, a aplicação da Teoria do Fato Consumado está condicionada à demonstração de que foram preenchidos os requisitos para investidura no cargo.

No caso, demonstrado está que os ora impetrantes conseguiram se inscrever no curso de formação e, por conseguinte, foram promovidos à 3º Sargentos da PMMS, podendo-se afirmar inequivocamente que preenchem os requisitos para tanto.

Destarte, é certo que à época em que foram promovidos, ainda que por força da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança n. 0000926-95.2005.8.12.0001, os impetrantes adimpliram os requisitos legais para galgar a graduação de 3º Sargento.

Assim, presentes os requisitos, autorizada está a aplicação da Teoria do Fato Consumado, conforme colhe-se dos seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO. PARTICIPAÇÃO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. FATO SUPERVENIENTE. APROVAÇÃO EM DISCIPLINA DO CURSO DE FORMAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO DA ÉPOCA DA PROLAÇÃO DA DECISÃO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Consoante jurisprudência da Terceira Seção firmada na época em que proferida a decisão ora agravada, a Teoria do Fato Consumado, discutível criação jurisprudencial, somente é cabível em situações especialíssimas, mormente quando se preserva situação decorrente de liminar, embora irregular e ilegal, porque consolidada no tempo e irreversível.

2. No presente caso, os Militares, ora agravados, por força de decisão judicial, culminaram por participar do Curso de Formação de Oficiais e, com isso, alçaram o posto de Aspirantes a Oficial da Polícia Militar. Consignou-se, ainda, na decisão agravada, que devem ter sido promovidos ao posto de Segundo Tenente, pois tal promoção, conforme informações prestadas, é automática, e independentemente de vagas, observado o lapso temporal de seis meses no exercício no posto hierárquico inferior.

5 AgRg no REsp 1248007/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011

3. Agravo regimental a que se nega provimento[6]. (Destaquei)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. MATRÍCULA POR FORÇA DE LIMINAR.

MÉRITO JULGADO IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO NA ACADEMIA, INGRESSO E PROMOÇÃO NA CARREIRA POR ATOS DA ADMINISTRAÇÃO POSTERIORES À CASSAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL. TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS. ANULAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA E BOA-FÉ OBJETIVA VULNERADOS. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONSTATAÇÃO DE QUE O CANDIDATO PREENCHIA O REQUISITO CUJA SUPOSTA AUSÊNCIA IMPEDIRA SUA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS PARA INGRESSO E EXERCÍCIO DO CARGO DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR.

1. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados.

2. À luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica-se que o Recorrente, em sentido material, preenchia os requisitos editalícios para admissão no Curso de Formação, inclusive aquele cuja ausência formal constituíra obstáculo inicial à sua matrícula e que ensejou o ajuizamento da ação judicial em cujo bojo obteve a liminar.

3. Hipótese em que, embora a liminar que autorizara a matrícula do Recorrente no Curso de Formação tivesse sido cassada, expressamente, em 18 de fevereiro de 1997 e não houvesse nenhum outro título judicial que determinasse sua permanência na carreira militar, não tomou a Administração nenhuma atitude no sentido de afastá-lo. Pelo contrário, além de permanecer matriculado até a conclusão do Curso de Formação, findada em 05 de dezembro de 1997, ingressou na carreira e, ainda, foi promovido, em 05 de outubro de 1998, à patente de 2º Tenente, vindo a ser anulados esses atos tão-somente em 21 de maio de 2002.

4. A ausência de atos administrativos tendentes a excluir o Recorrente das fileiras militares após a cassação da liminar, corroborada pela existência de atos em sentido contrário (manutenção no Curso, promoção), além da instauração de processo administrativo, pela Academia de Polícia Militar, de ofício, para tornar definitiva a matrícula que fora efetivada, inicialmente, em razão de liminar, fez criar uma certeza de que a questão do seu ingresso na carreira militar estava resolvida.

5. Os atos de admissão e promoção do Recorrente praticados pela Administração, bem como o longo tempo em que eles vigoraram, indicavam, dentro da perspectiva da boa-fé, que o seu ingresso na carreira militar já havia se incorporado, definitivamente, ao seu patrimônio jurídico, pelo que sua anulação, com base em fato anterior à prática dos atos anulados (cassação da liminar), feriram os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, tendo sido infringida a cláusula *venire contra factum proprium* ou da vedação ao comportamento contraditório.

6 AgRg no RMS 19837/PI, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do Tj/SP), Sexta Turma, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010

> 6. Hipótese concreta que não cuida da aplicação da teoria do fato consumado para convalidar ato ilegal, o que é rechaçado por esta Corte, mas de fazê-la incidir, juntamente com os princípios da segurança jurídica e boa-fé, para tornar sem efeito atos praticados com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.
>
> 7. Recurso ordinário provido para conceder a segurança e anular o ato que cassou a promoção do Recorrente à patente de 1º Tenente, bem como o ato que determinou sua exclusão dos quadros da Polícia Militar, determinando seu imediato retorno à função ocupada, com todos os consectários jurídico-financeiros dele decorrentes[7].(Destaquei)
>
> Ressalte-se, ainda, que os ora impetrantes comprovaram seu mérito por meio da aprovação no curso de formação e que não possuem nenhuma anotação desabonadora de sua conduta em suas fichas funcionais, de modo que não é razoável que agora, após quase 8 anos, retornem eles à graduação inicial.
>
> Outrossim, a "despromoção" não atende ao princípio da eficiência, pois a Administração Pública necessita de militares na graduação dos impetrantes, o que foi demonstrado por meio da abertura de novo concurso de seleção interna, que disponibilizou 60 vagas para a modalidade habilitação por tempo de serviço por processo de seleção.
>
> Nesse sentido, aliás, já tive oportunidade de decidir nos autos da Apelação Cível n. 2007.0328929-1, ocasião em que afirmei que "não se pode negar que os agravados foram matriculados no curso de formação, por força de liminar, e alcançaram, consequentemente, o respectivo aproveitamento, e qualquer modificação na sua situação atual lhes trariam sérios danos tanto materiais quanto morais, ferindo, assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, além de violar o princípio da razoabilidade, conforme bem vislumbrou a magistrada de primeira instância".
>
> Por tais razões, os impetrantes fazem sim jus à permanência na graduação de 2º Sargentos da PMMS e, por conseguinte, à concessão da segurança.
>
> Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial, concedo a segurança para declarar a nulidade de todos os atos administrativos que anularam a promoção dos impetrantes e, por consequência, garantir a permanência dos mesmos na graduação de 2º Sargentos da PMMS.

Contudo, este entendimento não encontra guarida no Supremo Tribunal Federal, que, em sede de repercussão geral (RE 608.482 – Tema 476), já decidiu que:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. "TEORIA DO FATO CONSUMADO", DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua

7 RMS 20572/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009

> revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido.[8] (Grifei)

Portanto, revendo a questão, por força da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, não há outro caminho senão reformar o acórdão que concedeu a segurança epigrafada.

Insta salientar que, além do afastamento da teoria do fato consumado, nos autos do mandado de segurança n. 0000926-95.8.12.0001, impetrado pelos autores, ora impetrantes, em razão da não homologação de curso interno por eles realizado em 2002 e a abertura de novo certame em 2004, houve o reconhecimento da decadência.

Portanto, não cabe aqui acompanhar o entendimento adotado pela 1ª Câmara Cível no julgamento do Agravo Regimental em Apelação Cível n. 0074566-68.2004.8.12.0001/50000, ocasião em que a segurança foi concedida em acórdão proferido pelo Desembargador Marcelo Câmara Rasslan, assim ementado:

> AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA - **REANÁLISE EM FACE DO JULGAMENTO DO RE 608.482/RS SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL - ART. 543-B, § 3.º, DO ANTIGO CPC - JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO PARA AFASTAR O FUNDAMENTO DO FATO CONSUMADO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO** -- REFORMA DA SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA POR OUTROS FUNDAMENTOS - RECURSO PROVIDO. Reexaminando a matéria à luz do que estabelece o art. 543-B, § 3.º, do Código de Processo Civil/73, impositiva é a readequação do julgado, nos moldes do voto do relator, pelo afastamento da aplicação da teoria do fato consumado, em retratação, mas com provimento do mérito do recurso de apelação interposto pelos impetrantes, posto que a segurança deve ser concedida[9]. (grifei)

Assim, em juízo de retratação, nos termos do disposto no § 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso para, adequando o entendimento à repercussão geral julgada pelo STF no RE n. 608.482/RN, afastar a incidência da teoria do fato consumado e, por corolário, denegar a ordem pleiteada no *writ*.

Sem honorários, porquanto incabíveis, a teor da Súmula n. 105 do STJ e do art. 25 da Lei n. 12.016/09. Custas pelos impetrantes, observando-se, porém, que a exigência neste particular ficará suspensa, nos moldes do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Odemilson), após o relator denegar a segurança. Os demais aguardam. (SUST. ORAL.)

VOTO (EM 05.12.2016)

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.

Início com um breve relato para melhor compreensão dos fatos.

8 (RE 608482, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-213 Divulg 29-10-2014 Public 30-10-2014)

9 Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 28/06/2016; Data de registro: 06/07/2016; Outros números: 74566682004812000150000

Os autores impetraram o Mandado de Segurança n. 0000926-95.2005.8.12.0001 (001.05.000926-6), visando o reconhecimento da preterição de seus direitos de aprovados no concurso interno para realização do Curso de Formação de 3º Sargento PMMS de 2002, requerendo ainda a garantia de seu direito de participar com prioridade e preferência frente aos novos candidatos no Curso de Formação de 3º Sargento PMMS de 2004/2005.

Os autores obtiveram o deferimento da liminar para realização da matrícula no Curso de Formação 2004/2005.

Concluído com êxito o curso de formação 2004/2005, e não tendo sido promovidos, alguns autores do primeiro *mandamus* impetraram um segundo mandado de segurança de n. 0038402-70.2005.8.12.0001 (001.05.038402-4), no qual foi concedida liminar para garantir aos impetrantes a promoção à graduação de 3º Sargento QPMMS, com a cláusula *sub judice*, até o julgamento em definitivo do mandado de segurança anteriormente impetrado, o qual lhes garantiu a continuidade no curso de formação de sargentos.

Em outubro de 2005 os impetrantes foram promovidos ao posto de 3º Sargento da Polícia Militar e, em 01/10/2007, esta Corte confirmou a sentença concessiva da ordem que garantia a promoção dos impetrantes à graduação de Terceiro Sargento, porém, sem a cláusula *sub judice*.

Confira-se a ementa do julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - POSSIBILIDADE DE LITISCONSÓRCIO ATIVO ANTERIOR À NOTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA - PRELIMINAR REJEITADA - **IMPETRANTES QUE PARTICIPARAM DO CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS POR FORÇA DE UMA LIMINAR - APROVAÇÃO NO CURSO - DIREITO À PROMOÇÃO SEM A CLÁUSULA *SUB JUDICE*.'** (Relator(a): Des. Atapoã da Costa Feliz; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/10/2007; Data de registro: 19/10/2007).

Em 26/02/2008, no entanto, o primeiro mandado de segurança, de n. 0000926-95.2005.8.12.0001 (001.05.000926-6), que concedeu a liminar aos autores para que se matriculassem no curso de formação 2004/2005, foi extinto, sem resolução de mérito, em face do reconhecimento da decadência.

Confira-se a ementa do julgado (f. 2171-2179):

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – ALEGADA PRETERIÇÃO DECORRENTE DE NOVO CERTAME – DECADÊNCIA – QUESTÃO PREJUDICIAL DE ORDEM PÚBLICA – RECONHECIDA – EXTINÇÃO DECRETADA. (Apelação Cível n. 2007.036331-2/0000-00, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4ª Câmara Cível, julgada em 26/02/2008).

Conquanto tal decisão revogadora da liminar tenha transitado em julgado em setembro de 2009, o Estado de Mato Grosso do Sul manteve a promoção dos impetrantes na graduação de 3º Sargento e, por iniciativa própria, os promoveu à graduação de 2º Sargento, mediante a Portaria n. 034/2010, a contar de 21/04/2009.

Não obstante isso, em 2011, o Estado de Mato Grosso do Sul iniciou processos administrativos com o objetivo de anular as promoções dos impetrantes, razão destes terem ingressado com o presente mandado de segurança (processo n. 009764-83.2012.8.12.0000/50003) em 03/04/12, no qual requereram "a concessão de medida *liminar inaudita altera pars* diante da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, para que sejam suspensos todos e quaisquer procedimentos administrativos com o intuito de "despromover" os impetrantes até que haja o julgamento final deste mandamus, mantendo-os em suas atuais graduações de 2º Sgts. PMMS" e, no mérito, a "concessão da segurança para, reconhecendo a ilegalidade e

inconstitucionalidade dos atos das autoridades coatoras, principalmente, pela incidência da Teoria do Fato Consumado, diante do transcurso de mais de 07 (sete) anos da concessão dos direitos dos impetrantes e: a) determine em definitivo a nulidade de todos os atos administrativos que visem anular a promoção dos impetrantes; b) reconheça-se incidência da Teoria do Fato Consumado, a todos os impetrantes que foram matriculados no Curso de Formação de 3º Sargento e, em razão de suas aprovações, foram promovidos, dando como devidas as promoções decorrentes das aprovações meritórias nesse (2º Sgt. PMMS); c) garantindo, sem qualquer questionamento, a permanência dos impetrantes nas atuais graduações, com todos os direitos daí decorrentes." (f. 63).

Em 18/04/12, o e. Relator, Des. Sérgio Fernandes Martins, deferiu a liminar "para determinar a suspensão de todos os procedimentos administrativos com o intuito de anular a promoção dos impetrantes, até o julgamento do presente *mandamus*" (f. 302-304).

Em 05/11/2012, a 1ª Seção Cível desta Corte concedeu a ordem aos impetrantes, aplicando a Teoria do Fato Consumado, "para declarar a nulidade de todos os atos administrativos que anularam a promoção dos impetrantes e, por consequência, garantir a permanência dos mesmos na graduação de 2º Sargentos da PMMS" (f. 1881-1886).

Confira-se a ementa do julgado:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA. SELEÇÃO INTERNA PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR DE MATO GROSSO DO SUL. MATRÍCULA REALIZADA MEDIANTE LIMINAR. DECURSO DE PRAZO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. CONCESSÃO DE SEGURANÇA.
>
> Incide a teoria do fato consumado, em se tratando de concurso público, quando o objetivo é a convalidação de uma situação de fato considerada ilegal, mas que perdurou ao longo do tempo, em razão da relevância e da preponderância dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da boa-fé e da razoabilidade sobre o princípio da legalidade estrita. (Apelação Cível n. 0009764-83.2012.8.12.0000)

Deste julgado, o Estado de Mato Grosso do Sul opôs embargos de declaração, os quais foram acolhidos em parte, sem efeito infringente, apenas para sanar os vícios, com acréscimos à fundamentação e, após, interpôs Recurso Especial (f. 2.450-2465), ao qual foi dado seguimento pelo 1º Vice-Presidente desta Corte (f. 2.715-2.716), e Recurso Extraordinário (f. 2495), ao qual foi negado seguimento pelo 1º Vice-Presidente desta Corte, decisão contra a qual o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de Agravo.

Em 27/08/2015, o Recurso Especial n. 1.535.240/MS não foi conhecido pela divergência, dada a conformidade da decisão recorrida com a orientação do STJ.

Confira-se a ementa do julgado (f. 2.758-2.770):

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. POLICIAL MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO. PROMOÇÃO PARA 3º SARGENTO. DECISÃO REVOGADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. CARÁTER EXCEPCIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp n. 1.535.240-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/08/2015).

O ARE n. 944244 interposto no STF foi provido pelo Min. Gilmar Mendes, que determinou a devolução dos autos ao tribunal de origem, para observância do disposto no art. 543-B do CPC, ao fundamento de que "os assuntos versados no recurso extraordinário correspondem aos temas 339, 476 e

660 da sistemática da repercussão geral, cujos paradigmas são, respectivamente, o AI-QO-RG 791.292, Dje 2.5.2012; o RE-RG 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 2.5.2012; e o ARE-RG 748.371, DJe 1º.8.2013, de minha relatoria".(f. 2821-2822).

Em decisão de f. 2824-2825, o 1º Vice-Presidente, "diante do determinado pelo STF e atento para o fato de que o supramencionado paradigma transitou em julgado em 08-05-2015, encaminho os autos à 1ª Seção Cível deste Tribunal, para nova análise da questão, em cumprimento ao § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil, pois nota-se que o decisum recorrido parece estar em desconformidade com o que restou decidido no Pretório Excelso".

Em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC, na sessão de 03/10/2016, o e. Relator, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, reexaminou o acórdão proferido no julgamento deste mandado de segurança em 05/11/2012, e em juízo de retratação, deu provimento ao recurso para, adequando o entendimento à repercussão geral julgada pelo STF no RE n. 608.482/RN, afastar a incidência da teoria do fato consumado e, por corolário, denegar a ordem pleiteada no *writ*.

Diversamente do nobre Relator, tenho que não seja o caso de retratação do julgado, mas de aplicação da técnica de "distinção" ou *distinguishing*, pois não verifico semelhança entre o caso *sub judice* e aquele objeto do recurso representativo de controvérsia – RE n. 608.482/RN.

Acerca do método de comparação *distinguishing*, oportuna a lição de Fredie Didier Jr, *in* Curso de Direito Processual Civil, vol 2, Ed. Juspodium:

> Nas hipóteses em que o órgão julgador está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se do método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-se com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões preferidas nessas demandas anteriores.
>
> Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.
>
> (...)
>
> Notando, pois, o magistrado que há distinção (*distinguishing*) entre o caso sub judice e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: (i) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades do caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente, nos termos do art. 489, § 1º, VI, e art. 927, § 1º, CPC; (ii) ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*), justificando-se nos moldes do art. 489, § 1º, V, e 927,§ 1º, CPC."

Pois bem.

Em 15/09/2011, o Plenário do STF, no RE n. 608.482/RN, de relatoria do Min. Ayres Britto, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional alusiva à aplicação da chamada teoria do fato consumado a situações em que a posse ou o exercício em cargo público ocorreram por força de decisão judicial de caráter provisório".

No RE n. 608.482/RN, os Ministros do STF analisaram acórdão que, com base na teoria do fato consumado, manteve a recorrida, de modo definitivo, no cargo de agente da polícia civil, no qual tomou posse em virtude de liminar deferida em ação cautelar há mais de sete anos, mesmo com a sua reprovação na segunda etapa do concurso (teste físico) e a sua não submissão à terceira etapa (exame psicotécnico), e o reformaram em sessão realizada em 07/08/2014, dando provimento ao recurso, por maioria, para julgar improcedente o pedido.

Confira-se a ementa do julgado:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO *STATUS QUO ANTE*. "TEORIA DO FATO CONSUMADO", DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.
>
> 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.
>
> 3. Recurso extraordinário provido.

No presente caso, todavia, não se está a tratar de posse/exercício em cargo público e, portanto, de concurso público, mas de direito dos impetrantes, servidores públicos militares estaduais, à promoção à graduação de 3º Sargento QPMMS em face da classificação obtida em processo seletivo interno - Curso de Formação de Sargento, consoante art. 15-B[10] e § 7º da Lei Complementar 53/90.

Trata-se de julgamentos que têm abordagens absolutamente diferentes, a começar pela clara distinção existente entre concurso público e concurso interno, assim como entre as formas de provimento nomeação e promoção.

Segundo ensina José dos Santos Carvalho Filho, *in* Manual de Direito Administrativo, 21ª edição, Editora Lumen Iuris, "Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas" (p. 595), enquanto que "O concurso interno é o processo seletivo realizado exclusivamente dentro do âmbito de pessoas administrativas ou órgãos públicos. Como demonstra a própria expressão, esse tipo de certame não pode ser tido como concurso público, sabido que a participação dos candidatos é de caráter limitados" (p. 601-602).

10 Art. 15-B. O acesso do Soldado e do Cabo QPPM à graduação de 3º Sargento QPPM dar-se-á mediante processo seletivo interno pelos critérios de merecimento intelectual, de antiguidade e de tempo de serviço, nas seguintes condições:
(...)
§ 7º As promoções pelos critérios de merecimento intelectual e de antiguidade à graduação de 3º Sargento serão realizadas de acordo com a ordem de classificação intelectual, obtida ao final do respectivo curso de formação de sargento concluído com aproveitamento.

Quanto às formas de provimento, o doutrinador ensina que "Nomeação é o ato administrativo que materializa o provimento originário. Em se tratando de cargo vitalício ou efetivo, a nomeação deve ser precedida de aprovação prévia em concurso público", enquanto que "Promoção é a forma de provimento pela qual o servidor sai de seu cargo e ingressa em outro situado em classe mais elevada. É a forma mais comum de progressão funcional".

Além destas flagrantes distinções, há outras extremamente peculiares e que tornam o caso dos impetrantes excepcionalíssimo, autorizando a aplicação da teoria do fato consumado.

Os impetrantes, embora tenham ingressado no Curso de Formação de 3º Sargento por meio de liminar deferida em mandado de segurança, foram aprovados em todas as fases do concurso interno e, por esta razão, tiveram reconhecido o seu direito à promoção à graduação de Terceiro Sargento em decisão judicial transitada em julgado proferida nos autos do Mandado de Segurança n. 0038402-70.2005.8.12.0001.

Não fosse isso, após o cumprimento da decisão que determinou a promoção dos impetrantes à graduação de 3º Sargento, e posterior trânsito em julgado da decisão que extinguiu o mandado de segurança no qual foi deferida a liminar que assegurava aos autores a participação no Curso de Formação de Sargento, por iniciativa da própria Administração, os impetrantes foram promovidos à graduação de 2º Sargento.

Tal circunstância provocou nos impetrantes a convicção de que se tratava de uma promoção legítima, de modo que a superveniente constatação da ilegitimidade dessa vantagem pela administração, com a abertura de processo administrativo para "despromoção" dos impetrantes, caracteriza comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, autorizando a manutenção das promoções dos impetrantes, pela teoria do fato consumado, dada a excepcionalidade do caso.

No julgamento do recurso representativo de controvérsia n. 608.482/RN, inclusive, o Rel. Min. Teori Zavascki, ressaltou que o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado, "é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada a seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável convicção de que se trata de um status ou de uma vantagem legítima. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do "fato consumado", a manutenção do status quo, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade".

Como se vê, portanto, a questão tratada no presente *mandamus*, é totalmente distinta daquela analisada no paradigma do STF, porquanto se refere à promoção de servidor em face de classificação em concurso interno, e não de provimento originário de cargo público em decorrência de concurso público, não havendo razão para retratação do julgado que entendeu pela aplicação excepcional da teoria do fato consumado, em consonância com a orientação do STJ, conforme reconhecido pela própria Corte Superior no julgamento do RE n. 1.535.240/MS interposto contra o acórdão objeto do presente reexame, e no AgRg no Resp. 1535240/MS.

Confiram-se as ementas:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. POLICIAL MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO. PROMOÇÃO PARA 3º SARGENTO. DECISÃO REVOGADA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. CARÁTER EXCEPCIONAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM

CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp n. 1.535.240-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 27/08/2015).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. POLICIAL MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO. PROMOÇÃO PARA 3º SARGENTO ASSEGURADA EM DECISÃO TRANSITADO EM JULGADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. CARÁTER EXCEPCIONAL.

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. No caso dos autos, os agravados, policiais militares, ingressaram no curso de formação de 3º Sargento por meio de liminar deferida em Mandado de Segurança e, após a conclusão do curso, tiveram reconhecido, por preencherem todos os requisitos legais, o direito à promoção assegurado por decisão judicial transitada em julgado, em acórdão exarado em outro Mandado de Segurança. Ocorre que, após vários anos da promoção, o primeiro *mandamus* que assegurou a participação no curso de formação foi extinto por ter sido verificada a decadência. Por consequência, determinou-se o retorno dos policiais às suas graduações iniciais.

3. Em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo, como no presente caso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do fato consumado. Precedentes: AgRg no RMS 28.346/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 03/08/2015; AgRg no REsp 1.478.224/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 02/03/2015; AgRg no REsp 1.416.078/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/12/2014; REsp 1.172.660/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/09/2014; AgRg no REsp 1.465.543/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/09/2014; AgRg no AgRg no REsp 1.192.881/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 29/03/2012.

4. Ressalte-se que a Corte *a quo*, ao aplicar a teoria do fato consumado na espécie, pautou-se pelo princípio da eficiência - diante da necessidade administrativa de sargentos nas corporações -, além dos princípios da segurança jurídica, da hierarquia e da irredutibilidade de vencimentos. E, ainda, registrou a peculiaridade de que a promoção dos agravados está assegurada por outra decisão judicial transitada em julgado, pelo reconhecimento do preenchimento dos requisitos legais, inclusive a aprovação no curso de formação.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1535240/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

Ressalto, por oportuno, que a prevalecer o entendimento do nobre Relator, no sentido de afastar a incidência da teoria do fato consumado em juízo de retratação do julgado, os impetrantes serão "despromovidos" de suas atuais graduações, 1º e 2º Sargentos PMMS, retornando ao grau inicial da carreira, soldado PMMS, o que acarretará mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo.

Em caso similar ao dos presentes autos, já se manifestou o egrégio STJ:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PROMOÇÃO DE MILITAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ABERTURA DE NOVA TURMA. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DE LIMINAR DO PRIMEIRO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO DO SEGUNDO.
>
> 1. Não se trata de simples aplicação da Teoria do Fato Consumado, pois os recorridos obtiveram provimento judicial garantido à promoção ao cargo de 3º Sargento da PM/MS.
>
> 2. Há direito líquido e certo quando o candidato é aprovado dentro do número de vagas e outro certame é aberto para preenchimento das mesmas vagas, antes de o prazo de validade do concurso anterior expirar.
>
> 3. Agravo Regimental não provido.
>
> (AgRg no REsp 1384295/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2013, DJe 06/12/2013)

Não fosse isso, o direito à distinção é corolário do princípio da igualdade, devendo ser obrigatoriamente observado pelos órgãos julgadores.

Posto isso, com vênias ao nobre Relator, mantenho o acórdão que aplicou a teoria do fato consumado em face da distinção entre este julgado e o precedente do STF.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista formulado pelo 2º vogal (Des. Paulo Alberto de Oliveira), após o relator denegar e o 1º vogal conceder a ordem. Os demais aguardam.

VOTO (EM 06.03.2017)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Patricia Silva Estigarribia, Flavio Cavalcante Machado, Osvaldo Souza Santos, Flavio Rogerio Coelho Lobo, Obianor da Silva Muller, Wandelcy Romão, Valdeir Barros da Silva, Kelly Rosa de Assunpção, Cleber Augusto Moraes de Almeida, Kelson Augusto Brito Ujacov, Luciano Marcos de Oliveira, Alberto Romero, Joacir Quaresma Vieira, Johaine Vinhal dos Santos e João Roberto Gomes de Oliveira contra ato tido por ilegal, praticado pelo Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Na inicial, os impetrantes afirmam que:

> [...] são 2º Sgts. PMMS, com mais de 20 anos de serviço na Corporação Militar deste Estado (f. 6).
>
> (...) iniciou-se uma verdadeira "caça as bruxas" por parte da Administração deste Estado, liderados pela PGE/MS, no sentido de distorcer a lei e o direito para efetuar a "despromoção" de todos os integrantes da turma de sargentos dos impetrantes (f. 6).
>
> Todavia, tais atos, portarias e "despromoções" são ilegais e inconstitucionais, por ofenderem a segurança jurídica e também a coisa julgada decorrente da decisão do MS 0038402-70.2005.8.12.0001 (001.05.038402-4), cujo transito em julgado foi favorável aos autores, sem que o Estado conseguisse desfazer a sentença, onde foi determinada a promoção dos impetrantes a graduação de 3º Sgt.PM (f. 7).

> Vêm as autoridades coatoras alegando que as promoções dos impetrantes para 3º Sgt. PM seriam inválidas, pois conforme razões de seu parecer jurídico, houve o reconhecimento da decadência do *writ* n. 0000926- 95.2005.8.12.001 (001.05.000926-6), esse outro impetrado para garantir aos autores a participação no Curso de Formação de 3º Sgts. PMMS (f. 8).
>
> De fato a decadência do direito de impetrar *mandamus* não significa a improcedência do próprio direito, muito menos a decadência do *mandamus* que garantia aos impetrantes participarem no curso de formação de 3 SGT/PMMS é passível de nulificar suas aprovações meritórias no curso e suas promoções por preencherem os requisitos legais (f. 9).
>
> Pretendeu e pretendem as autoridades coatoras negarem vigência a sentença transitada em julgado que lhes foi desfavorável, bem como pretendem aniquilar direitos consolidados pelo tempo, violando expressamente o art. 467, *caput*, e 485 incisos, do CPC e art. 5º, XXXVI, da CRFB, pois mero parecer jurídico não se enquadra entre aquelas situações passives de desconstituição da coisa julgada e o tempo de uma situação jurídica consolidada (f. 9).

A celeuma instaurada na espécie decorre, conforme já relatado, do julgamento de dois mandados de segurança anteriormente impetrados pelos ora impetrantes: o primeiro, de nº 0000926- 95.2005.8.12.001, que visava à matrícula dos impetrantes no Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar Estadual de Mato Grosso do Sul; e o segundo, de nº 0038402-70.2005.8.12.0001, que objetivava assegurar a própria promoção dos impetrantes – e de outros militares em idêntica situação –, nesse mesmo concurso interno, para a graduação de 3º Sargento da PM/MS.

O primeiro mandado de segurança, de nº 0000926-95.2005.8.12.001, que assegurava a mera participação dos impetrantes no concurso de promoção foi, entretanto, extinto sem resolução de mérito, ante o reconhecimento da decadência[11].

Mas no mandado de segurança nº 0038402-70.2005.8.12.0001, que tratava do reconhecimento da promoção em si, foi concedida a ordem, decisão esta que transitou em julgado em 18/08/2015, conforme certificado no AI-STF nº 862.607/MS, Rel. Min. Marco Aurélio (www.stf.jus.br).

A despeito da aparente antinomia jurídica gerada a partir de tais julgamentos, os impetrantes, por ato voluntário da Administração, foram posteriormente admitidos e promovidos em novo concurso interno, desta vez para alcançarem a graduação de 2º Sargento, ato jurídico este que fora perfectibilizado pela Portaria nº 034/2010, com efeitos retroativos à 21/04/2009.

A par disso, no ano de 2011, teriam sido surpreendidos com a prática de atos, a cargo das autoridades impetradas, voltados à anulação administrativa de suas promoções, com lastro no referido reconhecimento da decadência, ocorrido âmbito do Mandado de Segurança 0000926- 95.2005.8.12.001.

Daí a presente impetração, a qual, frise-se, já é a terceira, oriunda, assim como as demais, de um mesmo fato, qual seja, a apontada ilegalidade praticada pela Administração Pública, decorrente da abertura de novas inscrições, através do Edital nº 001/2004, para a promoção à patente de 3º Sargento, para a qual havia concurso interno anterior, ainda válido, aberto em 2002 (para a mesma patente), e no qual os impetrantes haviam obtido êxito nas respectiva etapas, mas não haviam sido efetivamente promovidos diante da – inexplicada – falta de homologação do certame.

A ordem pleiteada no presente *writ* já havia sido concedida por decisão Colegiada desta 1ª Seção Cível (Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 05/11/2012), contudo, o respectivo acórdão foi submetido

11 Apelação nº 2007.036331-2/0000-00, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, 4ª Câmara Cível, 25/02/2008.

à reapreciação deste órgão julgador, nos termos do então vigente art. 543-B, § 3º, do CPC/73[12], tendo em vista a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, com status de repercussão geral, no RE nº 608.482/RN (Rel. Min. Teori Zavascki, DJe-213 de 29/10/2014), no sentido de não ser "compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado."

No rejulgamento da causa, o ilustre Relator, Des. Sérgio Fernandes Martins, entendeu tratar-se de hipótese de retratação, ante a conclusão de que a *ratio decidendi* do precedente formado na Suprema Corte se aplicaria ao caso *sub judice*, tendo em vista que a concessão da ordem, quando do primeiro julgamento deste *writ*, lastreou-se justamente na Teoria do Fato Consumado, e daí a necessidade de revisão desse primeiro entendimento.

Com a devida vênia, entendo, todavia, na esteira do voto divergente proferido pelo ilustre 1º Vogal, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, que, na espécie, se verificam peculiaridades de ordem bastante sui generis, suficientes à conclusão de inaplicabilidade do mencionado RE nº 608.482/RN (Rel. Min. Teori Zavascki, DJe-213 de 29/10/2014) ao caso concreto, ante a distinção evidente da presente hipótese fática com relação àquela que lastreou a formação do precedente do STF.

Primeiro, observo que, na espécie, realmente não se cuida de concurso para ingresso em carreira pública, mas sim de concurso interno, que visava simples ascensão hierárquica na carreira, fato que, em meu singelo sentir, é deveras suficiente a ensejar reflexões acerca da (in)aplicação, pura e simples, da *ratio* que se extrai do precedente paradigma.

Contudo, para além disso, observo que, no particular, houve a formação de coisa julgada material no Mandado de Segurança nº 0038402-70.2005.8.12.0001 (aquele segundo *mandamus* impetrado), o qual reconheceu o direito dos impetrantes à promoção para 3º Sargento – e sem fazer constar a cláusula *sub judice* –, situação jurídica esta que, certamente, não poderia ser desconsiderada e afastada por ato meramente administrativo das autoridades impetradas.

A coisa julgada, aliás, é fundamento autônomo, que, além de dissociado, independe, no caso dos autos, da aplicação da teoria do fato consumado; e tanto isso é verdade que, no julgamento do Recurso Especial interposto contra o acórdão do primeiro julgamento do presente *writ*, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu essa particularidade, como mais um aspecto relevante a amparar a pretensão dos impetrantes.

Veja-se a respectiva ementa:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. POLICIAL MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO. PROMOÇÃO PARA 3º SARGENTO ASSEGURADA EM DECISÃO TRANSITADO EM JULGADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. CARÁTER EXCEPCIONAL.
>
> 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. No caso dos autos, os agravados, policiais militares, ingressaram no curso de formação de 3º Sargento por meio de liminar deferida em Mandado de Segurança e, após a conclusão do curso, tiveram reconhecido, por preencherem todos os requisitos legais, o direito à promoção assegurado por decisão judicial transitada em julgado, em acórdão

12 Correspondente ao atualmente vigente art. 1.040, inc. II, CPC/15.

> exarado em outro Mandado de Segurança. Ocorre que, após vários anos da promoção, o primeiro *mandamus* que assegurou a participação no curso de formação foi extinto por ter sido verificada a decadência. Por consequência, determinou-se o retorno dos policiais às suas graduações iniciais.
>
> 3. Em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo, como no presente caso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do fato consumado. Precedentes: AgRg no RMS 28.346/GO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 03/08/2015; AgRg no REsp 1.478.224/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 02/03/2015; AgRg no REsp 1.416.078/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 02/12/2014; REsp 1.172.660/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 25/09/2014; AgRg no REsp 1.465.543/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/09/2014; AgRg no AgRg no REsp 1.192.881/MS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 29/03/2012.
>
> 4. Ressalte-se que a Corte *a quo*, ao aplicar a teoria do fato consumado na espécie, pautou-se pelo princípio da eficiência - diante da necessidade administrativa de sargentos nas corporações -, além dos princípios da segurança jurídica, da hierarquia e da irredutibilidade de vencimentos. E, ainda, registrou a peculiaridade de que a promoção dos agravados está assegurada por outra decisão judicial transitada em julgado, pelo reconhecimento do preenchimento dos requisitos legais, inclusive a aprovação no curso de formação.
>
> Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no REsp 1.535.240/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

Assim, está evidenciado que o caso dos autos não pode ser albergado, de forma simplória, pelo entendimento firmado no RE nº 608.482/RN (Rel. Min. Teori Zavascki, DJe-213 de 29/10/2014); não só em razão da eficácia que emana da coisa julgada material formada no Mandado de Segurança nº 0038402-70.2005.8.12.0001, mas também da outra peculiaridade verificada na espécie, e muito bem lembrada pelo voto divergente, relativa à criação de uma legítima expectativa por parte dos impetrantes quanto à consolidação de sua situação jurídica no que diz respeito à – intrincada e conturbada – promoção à graduação de 3º Sargento, em especial diante do fato de que a subsequente promoção para 2º Sargento (grau imediatamente superior na hierarquia militar) ocorreu sem quaisquer controvérsias, e, frise-se-, por "iniciativa própria" da Administração.

Para efeito de se observar essa distinção, é bastante relevante, para o caso dos autos, a seguinte passagem do voto do Min. Teori Zavascki, proferido quando do julgamento do invocado RE nº 608.482/RN:

> [...]
>
> Não se trata, sequer, de considerar o argumento da boa-fé ou o princípio, a ela associado, da proteção da confiança legítima do administrado. Esse argumento é cabível quando, por ato de iniciativa da própria Administração, decorrente de equivocada interpretação da lei ou dos fatos, o servidor se vê alçado a determinada condição jurídica ou vê incorporada ao seu patrimônio funcional determinada vantagem, fazendo com que, por essas peculiares circunstâncias, provoque em seu íntimo uma natural e justificável convicção de que se trata de um *status* ou de uma vantagem legítima. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse status ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do 'fato consumado', a manutenção do *status quo*, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.

Como se observa, embora se possa utilizar, genericamente, da expressão "fato consumado", em verdade, o fundamento para a solução da presente lide é a própria boa-fé objetiva e a segurança jurídica, os quais devem nortear também a Administração Pública, visando-se, em última *ratio*, conferir eficácia ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88), o que não ocorre, certamente, quando, passada já, mais de uma década desde o início do imbróglio, não se tem solução definitiva para situação tão singela.

Sem dúvida alguma, dada a sensível função exercida pelos impetrantes, todo esse vai-e-vem-jurídico acarreta, como bem expressado no voto divergente, "mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo", em evidente prejuízo à coletividade e ao bem comum.

Por oportuno, observo que, mesmo tendo os impetrantes inequívoco conhecimento de que fora reconhecida a decadência naquele primeiro *writ*, não se pode afirmar que a insurgência dos impetrantes caracteriza comportamento contraditório, pois, na espécie, tamanho é o absurdo quadro de perplexidade e insegurança – em especial diante da inusitada e despropositada inércia da Administração Pública quanto à homologação do primeiro certame –, que soaria iníquo se atribuir exclusivamente aos impetrantes a responsabilidade pelas múltiplas e recorrentes vicissitudes, com visos de ilegalidade, lamentavelmente ocorridas a cargo da Administração Estadual na condução de tais promoções.

A propósito, com relação a esse aspecto, reputo relevante transcrever excerto do voto proferido pelo Des. Marcelo Câmara Rasslan no julgamento do Agravo Regimental nº 0074566-68.2004.8.12.0001/50000 (Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 27/06/2016), *verbis*:

> O caso dos autos, como tantos outros com idêntica situação já analisada por esta Corte, decorre do simples fato de ter ou não configurado violação ao direito líquido e certo dos impetrantes, diante da não homologação de concurso interno por eles realizado em 2002, e a abertura de novo certame em 2004.
>
> [...]
>
> Ressalto, todavia, tantas as ações mandamentais impetradas pelo mesmo fato ou por fatos semelhantes ocorridos em outros concursos promovidos pelo Estado, algumas preocupações que penso importantes.
>
> A não homologação do concurso permite que ele continue válido indefinidamente. Isto provocará, talvez, a convocação de todos que a ele se submeteram e foram aprovados. Inclusive aqueles que, eventualmente, tenham sido mal classificados, com impacto direto, no futuro, na própria prestação do serviço público. E é de se convir, porque tal já está ocorrendo, que avolumar-se-ão as ações mandamentais para garantia do direito advindo aos aprovados, qualquer que seja a sua classificação, disto decorrentes.
>
> E é evidente que, com este simples retardamento ou omissão que torna ainda válido o concurso anterior, se permite indagar quanto à licitude do novo concurso aberto.
>
> Instaura-se verdadeira confusão no serviço público e a própria Administração passa a desmerecer o crédito que a ela deve ser dado quanto à correção e legalidade de suas atitudes. E esta passa, por via transversa e em verdadeira afronta aos princípios da legalidade, da moralidade administrativa e, talvez, até da impessoalidade, a transgredir os mais comezinhos princípios constitucionais, porque basta não homologar o concurso para permitir, com o conhecimento da classificação dos aprovados, que alguém, escolhido para ser beneficiado pela omissão e que não tenha sido aprovado no quantitativo originário de vagas, seja aproveitado para preencher as novas vagas.
>
> É disto que aqui se trata, e que neste Estado se tornou a regra.

De omissão ou retardamento de ato de ofício de autoridade que, além de desorganizar completamente o serviço público, pode beneficiar, de forma indevida, quem não haveria de ser beneficiado, fazendo tábula rasa dos princípios da legalidade, moralidade administrativa, impessoalidade e, até mesmo, de igualdade entre os participantes do certame.

A lei é por todas conhecida e ninguém pode alegar o seu desconhecimento, notadamente com o fito de não cumpri-la.

Veja-se, até para que se verifique a adequação quanto à sua aplicação, o que disciplina a Lei n.º 8.429/92, em seu art. 11, incisos II e V, *verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; V - frustrar a licitude de concurso público;

E, mais, o Código Penal:

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa.

Cito apenas um julgado, para não tornar o voto fastidioso:

ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EX-DETENTOR DE FUNÇÃO PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO *EX OFFÍCIO*. REJEIÇÃO DO INCIDENTE. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JUGAR EX-PREFEITO. RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL. ENQUADRAMENTO NAS HIPÓTESES DO INC. II, DO ART. 12, DA LEI 8429/92. RETARDAR OU OMITIR ATO DE OFÍCIO. RECEBIMENTO. I - Rejeição do incidente de inconstitucionalidade, declarado, *ex officio,* pelo Relator, do § 1.º do art. 84 do CPP, fixando-se a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar as ações civis por ato de improbidade administrativa; II - o retardamento ou omissão de ato de ofício pelo agente público enseja o seu enquadramento nas hipóteses do inc. II, do art. 12, da Lei 8429/92, configurando, neste juízo prévio de admissibilidade, ato de improbidade administrativa; III - ação de improbidade administrativa recebida. (TJMA AIAD 166172044 Relator, Des. Cleones Carvalho Cunha, j. em 13/01/2005).

Se ocorrentes ou não tais situações, compete ao Ministério Público Estadual, eventualmente, agir, verificar, comprovar e pleitear o que for de direito. Mas tal registro é necessário, até por dever de ofício. Assim como é necessário ressaltar que com a mudança de administração, parece que todos os concursos que permaneciam em aberto ante a omissão quanto às respectivas homologações foram, finalmente, encerrados com a homologação.

Dessarte, à luz dos argumentos reportados, reexaminando a matéria à luz do que estabelece o art. 543-B, § 3.º, do Código de Processo Civil/73, impositiva é a readequação do julgado, nos moldes do voto do relator, pelo afastamento da aplicação da teoria do fato consumado, em retratação, mas com provimento do mérito do recurso de apelação interposto pelos impetrantes, posto que a segurança deve ser concedida.

Portanto, e na linha do que fora julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em situação idêntica a dos autos[13], hei por bem, na hipótese, acompanhar a divergência, para que seja mantida a concessão da ordem em favor dos impetrantes.

Diante do exposto, rogando sincera vênia ao ilustre Relator, Des. Sérgio Fernandes Martins, acompanho a divergência inaugurada pelo 1º Vogal, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, para, em reexame da controvérsia, nos termos do art. 1.040, inc. II, CPC/15, manter a concessão da ordem em favor dos impetrantes, embora com fundamentos mais abrangentes.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com aplicação do art. 543 do Código de Processo Civil, concederam a ordem, nos termos do 1º vogal, vencido o relator. Decisão com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Nélio Stábile e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 06 de março de 2017.

***

13 ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PROMOÇÃO DE MILITAR. APROVAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. ABERTURA DE NOVA TURMA. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA. REVOGAÇÃO DE LIMINAR DO PRIMEIRO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO DO SEGUNDO.
1. Não se trata de simples aplicação da Teoria do Fato Consumado, pois os recorridos obtiveram provimento judicial garantido à promoção ao cargo de 3º Sargento da PM/MS.
2. Há direito líquido e certo quando o candidato é aprovado dentro do número de vagas e outro certame é aberto para preenchimento das mesmas vagas, antes de o prazo de validade do concurso anterior expirar.
3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.384.295/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/10/2013, DJe 06/12/2013)

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0810865-17.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – INAPLICABILIDADE – ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE COM OS TERMOS DO DECRETO-LEI N. 911/69 – MÉRITO – PAGAMENTO DA DÍVIDA – NÃO COMPROVADO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E RESCISÃO DO CONTRATO – DEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Comprovada a mora do requerido e tendo a 2ª Seção Cível do STJ, no Resp n. 1.622.555/MG, em julgamento datado de 22/02/2017, firmado entendimento no sentido da absoluta incompatibilidade da teoria do adimplemento substancial com o que restou decidido no REsp n. 1.418.583/MS[1], afetado para julgamento como recurso repetitivo (Tema 722), e com os termos da lei especial de regência – Decreto-Lei n. 911/69, a rescisão do contrato e consolidação da propriedade e posse sobre os bens apreendidos a favor do requerente é medida que se impõe.

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 1º Vogal, vencidos o relator e o 4º Vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Banco Fibra S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida em favor de Elio Esquivel nos autos de ação de busca e apreensão pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande/MS onde o juízo *a quo* reconheceu o boa-fé objetiva do requerido/apelado de acordo com o adimplemento substancial do contrato, revogando a liminar concedida na exordial, com base na teoria do adimplemento substancial do contrato, julgou também ser recíproca a sucumbência, tendo em vista o princípio da causalidade.

1 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.
1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "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 na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".
2. Recurso especial provido.
(REsp 1418593/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/05/2014, DJe 27/05/2014)

Versa na origem sobre veículo, objeto da demanda de busca e apreensão, avaliado em R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) financiado pelo banco requerente/apelante, onde o requerido/apelado deu R$ 42.550,00 (quarenta e dois mil e quinhentos e cinquenta reais) de entrada, sendo valor líquido do financiamento a monta de R$ 45.450,00 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta reais) sendo pago mensalmente ao banco em 48 parcelas de R$ 1.614,03 (um mil, seiscentos e quatorze reais e três centavos).

Ocorre que o requerido/apelado deixou de cumprir com sua obrigação do contrato, deixando de adimplir com as 35, 36, 37 e 38 das 48, dando causa à ação de busca e apreensão.

Em contestação a parte requerida/apelada suscitou a preliminar da teoria do adimplemento substancial, demonstrando a sua boa-fé objetiva, sendo então acatada pelo juízo *a quo* que negou provimento ao pedido de busca e apreensão do bem, expedindo-se mandado de restituição em favor do mesmo.

Em suas razões, afirma o requerente/apelante que a mora ínfima também é passível de cobrança devendo, então, ser afastado o adimplemento substancial.

Alega que no decreto lei 911/69 não há que se falar em adimplemento substancial, uma vez que é necessário a quitação integral do bem para que seja considerado quitado o contrato de alienação fiduciária.

Ao final, requer que seja dado provimento ao recurso no sentido de, reformar a decisão, reconhecendo a necessidade de purgação da mora e a impossibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Sem contrarrazões.

Prequestiona a matéria.

VOTO (EM 22/03/2017)

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

Banco Fibra S.A. interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida em favor de Elio Esquivel nos autos de ação de busca e apreensão pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande/MS onde o juízo *a quo* reconheceu o boa-fé objetiva do requerido/apelado de acordo com o adimplemento substancial do contrato, revogando a liminar concedida na exordial, com base na teoria do adimplemento substancial do contrato, julgou também ser recíproca a sucumbência, tendo em vista o princípio da causalidade.

Versa na origem sobre veículo, objeto da demanda de busca e apreensão, avaliado em R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais) financiado pelo banco requerente/apelante, onde o requerido/apelado deu R$ 42.550,00 (quarenta e dois mil e quinhentos e cinquenta reais) de entrada, sendo valor líquido do financiamento a monta de R$ 45.450,00 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta reais) sendo pago mensalmente ao banco em 48 parcelas de R$ 1.614,03 (um mil, seiscentos e quatorze reais e três centavos).

Ocorre que o requerido/apelado deixou de cumprir com sua obrigação do contrato, deixando de adimplir com as 35, 36, 37 e 38 das 48, dando causa à ação de busca e apreensão.

Em contestação a parte requerida/apelada suscitou a preliminar da teoria do adimplemento substancial, demonstrando a sua boa-fé objetiva, sendo então acatada pelo juízo *a quo* que negou provimento ao pedido de busca e apreensão do bem, expedindo-se mandado de restituição em favor do mesmo.

Em suas razões, afirma o requerente/apelante que a mora ínfima também é passível de cobrança devendo, então, ser afastado o adimplemento substancial.

Alega que no decreto lei 911/69 não há que se falar em adimplemento substancial, uma vez que é necessário a quitação integral do bem para que seja considerado quitado o contrato de alienação fiduciária.

Ao final, requer que seja dado provimento ao recurso no sentido de, reformar a decisão, reconhecendo a necessidade de purgação da mora e a impossibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Sem contrarrazões.

Prequestiona a matéria.

É o relatório. Passo a decidir

Presente os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Verifica-se que no presente caso, é aplicável a teoria do adimplemento substancial ao contrato firmado entre as partes.

A teoria do adimplemento substancial é fundamentada nos princípios da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), da função social dos contratos (art. 421 do CC), da vedação ao abuso de direito (art. 187 do CC) e ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CC).

A jurisprudência pátria tem admitido plenamente a aplicação desta teoria, como limitação ao direito do credor à resolução do contrato.

Vejamos a jurisprudência do C. STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. TEMA CENTRAL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DEPÓSITO PARCIAL. PROCEDÊNCIA NA MESMA EXTENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.I. [...]. III. Se as instâncias ordinárias reconhecem, após a apreciação de ações consignatória e de busca e apreensão, com fundamento na prova dos autos, que *é* extremamente diminuto o saldo remanescente em favor do credor de contrato de alienação fiduciária, **não se justifica o prosseguimento da ação de busca e apreensão, sendo lícita a cobrança do pequeno valor ainda devido nos autos do processo.** IV. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ. REsp 912.697/RO, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 25/10/2010). (grifei)

Vejamos outras decisões neste sentido:

> 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. (TJ-MS - AI: 14119846420158120000 MS 1411984-64.2015.8.12.0000, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 02/12/2015, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/12/2015)

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINAR CONSIDERANDO O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE DE PURGAÇÃO DA MORA. DISCUSSÃO PREJUDICADA. VIABILIDADE DE COBRANÇA DA DÍVIDA VENCIDA. AGRAVO IMPROVIDO. I. A decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o adimplemento substancial da dívida não importa em violação da norma de regência das ações de busca e apreensão, inclusive a jurisprudência do C. STJ têm admitido plenamente a aplicação da teoria, como limitação ao direito do credor, de resolução do contrato. (...) III. Agravo improvido. (TJMA. Acórdão n.º 143.895/2014. 5ª Câmara Cível. Rela. Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. D.J. 17/03/2014).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (DL 911/67). CONTRATO BANCÁRIO DE OUTORGA DE CRÉDITO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CASO CONCRETO. LIMINAR DEFERIDA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA DÍVIDA. LIMINAR REVOGADA.** A devedora fiduciária, ora agravante, 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, adotar outras medidas judiciais para reaver o crédito, sem que haja o desapossamento do bem e o rompimento do contrato. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento provido de plano. (Agravo de Instrumento Nº 70066017609, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 12/08/2015). (TJ-RS , Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Data de Julgamento: 12/08/2015, Décima Terceira Câmara Cível). (grifei)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. CONSÓRCIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITO CIVIL/OBRIGAÇÕES. CONTRATO DE CONSÓRCIO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CASO CONCRETO. PROVA SEGURA E ESCORREITA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DE 89,9745% DO VALOR CORRESPONDENTE AO BEM OBJETO DO CONTRATO DE CONSÓRCIO. LIMINAR INDEFERIDA . ADOÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. PRESERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, ANTE A BOA-FÉ E O EQUILÍBRIO CONTRATUAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA, NA HIPÓTESE. RECURSO DESPROVIDO. DESPROVERAM A APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70035417948, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 24/06/2010)

Admite-se a teoria do adimplemento substancial do contrato em comento, pois observa-se que o apelado pagou 34 (trinta e quatro) das 48 (sessenta) parcelas acordadas, ou seja, exatos 70 % (setenta por cento) do contrato de financiamento, equivalente 54.877,00 (cinquenta e quatro mil oitocentos e setenta e sete reais) somado à entrada efetuada no valor R$ 42.550,00 (quarenta e dois mil e quinhentos e cinquenta reais) perfaz a monta de R$ 97.427,00 ou seja, montante superior ao valor do bem alienado em garantia.

Assim, resta demonstrada a boa-fé por parte da apelado, pois apesar de encontra-se em inadimplente honrou com quase a totalidade do contrato. Além disso, a apreensão do veículo caracterizaria abuso de direito e enriquecimento sem causa por parte do banco apelante.

Cumpre salientar que o interesse fundamental para o ajuizamento de ação de busca e apreensão não é o bem alienado em si, mas a satisfação do suposto crédito de titularidade da instituição financeira, o que pode ser alcançado por outras vias, sem a necessidade da rescisão contratual, com a retirada forçada do automóvel adquirido pelo financiado.

Ao decidir caso análogo, o STJ, em decisão monocrática de relatoria do Min. Marco Buzzi, nos autos do AREsp n.º 100123, afirmou que:

> (...) constata-se que aproximadamente 77% do valor contratado foi adimplido, o que configura o adimplemento substancial do ajuste e elimina a possibilidade da casa bancária deflagrar a demanda de busca e apreensão, voltada exclusivamente *à* ruptura do vínculo negocial.

Deve ser preservado o ajuste entre as partes e o equilíbrio do contrato à luz dos princípios constitucionais antes albergados, assim como a boa-fé contratual e a tutela da confiança e constatada, portanto, a inadequação da busca e apreensão, em virtude da aplicação da teoria em comento, o crédito contratual remanescente deverá ser exigido através de ação de cobrança ou, eventualmente, em execução de título extrajudicial.

Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente.

Inegável é a importância do instituto do adimplemento substancial para os contratos na sociedade moderna. O movimento pendular dos efeitos do adimplemento carecia da complementação que a substancial performance trouxe, o que levou o direito contratual à um novo patamar, constitucional, por meio da função social do contrato bem como da boa-fé, advinda do princípio da segurança das relações jurídicas.

Por certo, o direito civil brasileiro evoluiu consideravelmente com tal princípio, todavia, não se pode abusar dos efeitos da relativização dos contratos tendo a boa-fé e a função social como escusas, pois, nem muito flexível, nem muito rígido, mas temperado, de acordo com o fato concreto, traz uma nova perspectiva, e com isso, um novo viés de um direito que tem como objetivo maior a garantia de acordos e obrigações.

Do Prequestionamento

O prequestionamento de normas constituições e infraconstitucionais fica atendido nas razões de decidir deste julgado, o que dispensa manifestação pontual acerca de cada artigo aventado.

Ademais, conforme entende o STJ, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado.

Diante disso conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento, mantendo inalterada sentença, inclusive para manter a sucumbência recíproca pois, apesar de vencida parte apelante, a apelada deu causa à presente demanda.

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

VOTO (EM 29/03/2017)

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

Sr. Presidente, pedi vista para analisar com mais cuidado a questão, e peço vênia para divergir do nobre relator.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco Fibra S/A em face da sentença que, nos autos da ação de busca e apreensão proposta por Elio Esquivel, julgou improcedente o pedido.

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 de veículo com garantia de alienação fiduciária em 10/01/2012 (f. 20-23), no valor de R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais), com entrada de R$ 42.550,00 e o restante a ser pago em 48 (quarenta e oito) parcelas mensais e consecutivas de R$ 1.614,03 (mil seiscentos e catorze reais e três centavos), com vencimento da primeira parcela em 10/02/2012 e da última parcela em 10/01/2016.

O requerido deixou de pagar as parcelas do financiamento a partir da 34ª (trigésima quarta) prestação do financiamento, vencida em 10/12/14, tornando-se inadimplente em relação a 14 (catorze) parcelas, o que motivou o ajuizamento da ação cautelar.

Deferida a liminar, ao requerido foi concedido o prazo de cinco dias, contados do cumprimento da liminar para, querendo, pagar a integralidade da dívida pendente (f. 47).

Em contestação, o requerido, ante o pagamento do valor de R$ 42.550,00 de entrada, e de 34 das 48 parcelas do financiamento do valor de R$ 45.450,00, requereu fosse aplicada a teoria do adimplemento substancial, ao argumento de que restam apenas 14 parcelas, as quais não foram adimplidas em razão de estar desempregado (f. 55-68).

Foi proferida sentença de improcedência do pedido, forte no fundamento de que "tem-se por desarrazoada e desproporcional impor à parte devedora a perda do bem objeto do contrato em favor do requerente, quando adimpliu, como se vê, substancialmente a avença, reservando-se, contudo, em favor do credor, o direito de exigir, em demanda própria, o saldo devedor em aberto" (f. 96).

No presente recurso, o apelante requer a reforma da sentença, para que seja afastada a aplicação da teoria do adimplemento substancial, porquanto nas ações regidas pelo Decreto n. 911/69 é necessária a quitação integral do bem, para que seja considerado quitado o contrato de alienação fiduciária, além do que o valor pago pelo recorrido corresponde a 70% do contrato, remanescendo um saldo devedor de 30% do total, o que não pode ser considerado insignificante.

Conquanto em sede de ação de busca e apreensão, em casos excepcionalíssimos, já tenha aplicado a teoria do adimplemento substancial do contrato[2], revejo meu posicionamento em face do entendimento firmado na 2ª Seção Cível do STJ, composta pela 3ª e 4ª Turma, no Resp n. 1.622.555/MG, em julgamento datado de 22/02/2017, no sentido da absoluta incompatibilidade da teoria do adimplemento substancial com

2 EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. REALIZADA PAGAMENTO DE MAIS DE 90% DO VALOR CONTRATADO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (AC n. 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).

o que restou decidido no REsp n. 1.418.583/MS[3], afetado para julgamento como recurso repetitivo (Tema 722), e com os termos da lei especial de regência – Decreto-Lei n. 911/69.

Confira-se a ementa do recente julgado:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004).
>
> 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.
>
> 2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário

3 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.
1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "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 na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".
2. Recurso especial provido.
(REsp 1418593/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/05/2014, DJe 27/05/2014)

ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1622555/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017)

Não fosse a vedação à aplicação da teoria do inadimplemento substancial às ações de busca e apreensão regidas pelo Decreto-Lei n. 911/69, diversamente do nobre Relator, tenho que o presente caso sequer se enquadraria dentre as hipóteses de aplicação da aludida teoria.

E isso porque, apesar de ter dado de entrada o valor de R$ 42.550,00, o requerido está a dever 14 (catorze) das 48 (quarenta e oito) parcelas do financiamento (R$ 45.450,00), já que adimpliu apenas as parcelas vencidas no período de 10/02/12 a 10/12/14, importando o cumprimento de aproximadamente 81% (oitenta e um por cento) do contrato originário, não havendo falar em adimplemento substancial das parcelas antes do ingresso da ação de busca e apreensão e tampouco no curso desta.

Posto isso, com vênias ao nobre relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedentes os pedidos formulados nesta ação de busca e apreensão proposta por Banco Cifra S/A em face de Elio Esquivel, para, rescindindo o contrato (f. 20-23), consolidar a propriedade e posse plena e exclusiva, em mãos do requerente, relativamente ao veículo marca Honda, modelo Civic Sedan L, ano 2009/2010, placa HTQ7066, tornando definitiva a apreensão e depósito constante de f. 53.

Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Claudionor Miguel Abss Duarte), após o relator ter negado provimento e o 1º vogal ter dado provimento ao recurso.

VOTO (EM 05/04/2017)

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

Pedi vista para melhor análise da matéria posta a apreciação e relativa à possibilidade da aplicação da teoria do adimplemento substancial à presente ação de busca e apreensão.

Banco Fibra S/A interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (fls. 92/97) proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, na ação de busca e apreensão movida em face de Elio Esquivel que julgou improcedente o pedido inicial nos seguintes termos:

> Por essas razões, revogando-se a liminar anteriormente deferida, julgo improcedente o pedido formulado por Banco Fibra S/A. em desfavor de Elio Esquivel.
>
> Expeça-se o competente mandado de restituição do bem apreendido em favor do requerido.
>
> À luz do princípio da causalidade, porquanto o devedor continua em mora, todavia, diante do reconhecimento do adimplemento substancial que levou *à* improcedência do presente pedido, entendo que houve sucumbência recíproca, razão pela qual, com fulcro no artigo 21 do Código de Processo Civil, determino que as custas sejam rateadas pelas partes na mesma proporção, ou seja, 50% para cada (CPC, art. 21), ficando compensados os honorários (STJ - Súmula 306 e Resp. n.º 155.135), ficando indeferida a gratuidade da Justiça postulada pela parte requerida, mormente pela evidente condição de pagamento demonstrada nos termos da contratação, bem ainda, porque não restou efetivamente comprovado a alegada necessidade." (fls. 96/97)

O d. relator, Des. Amaury da Silva Kuklinski negou provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença, inclusive quanto à distribuição recíproca dos honorários sucumbenciais.

Entendeu que seria o caso de aplicação da teoria do adimplemento substancial ao contrato firmado entre as partes ressaltando que:

> Admite-se a teoria do adimplemento substancial do contrato em comento, pois observa-se que o apelado pagou 34 (trinta e quatro) das 48 (sessenta) parcelas acordadas, ou seja, exatos 70 % (setenta por cento) do contrato de financiamento, equivalente 54.877,00 (cinquenta e quatro mil oitocentos e setenta e sete reais) somado à entrada efetuada no valor R$ 42.550,00 (quarenta e dois mil e quinhentos e cinquenta reais) perfaz a monta de R$ 97.427,00 ou seja, montante superior ao valor do bem alienado em garantia.
>
> Assim, resta demonstrada a boa-fé por parte da apelado, pois apesar de encontrase em inadimplente honrou com quase a totalidade do contrato. Além disso, a apreensão do veículo caracterizaria abuso de direito e enriquecimento sem causa por parte do banco apelante.

Já o 1º vogal, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, deu provimento ao apelo interposto pela instituição financeira por entender que "Conquanto em sede de ação de busca e apreensão, em casos excepcionalíssimos, já tenha aplicado a teoria do adimplemento substancial do contrato[4], revejo meu posicionamento em face do entendimento firmado na 2ª Seção Cível do STJ, composta pela 3ª e 4ª Turma, no Resp n. 1.622.555/MG, em julgamento datado de 22/02/2017, no sentido da absoluta incompatibilidade da teoria do adimplemento substancial com o que restou decidido no REsp n. 1.418.583/MS[5], afetado para julgamento como recurso repetitivo (Tema 722), e com os termos da lei especial de regência – Decreto-Lei n. 911/69."

Peço vênia ao e. Des. Odemilson para acompanhar o entendimento adotado pelo e. relator e aplicar, ao caso em análise, a teoria do adimplemento substancial.

Inicialmente, oportuno destacar que ocorre o adimplemento substancial quando a prestação for essencialmente cumprida e, assim, os interesses pretendidos pelo credor são satisfeitos em sua maior parte de tal forma a impedir a mera resolução do contrato, sob pena de enriquecimento sem causa.

Assim, se do conjunto fático é possível extrair que houve o adimplemento da maior parte das parcelas contratadas, é possível a aplicação da teoria do adimplemento substancial, não devendo, pois, ser reconhecida a mora do devedor, que autorizaria a concessão da busca e apreensão.

Nesse sentido, já se pronunciou este Tribunal:

> (...) Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1405963-38.2016.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 09/08/2016, p: 25/08/2016)

4 E M E N T A – RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. REALIZADA PAGAMENTO DE MAIS DE 90% DO VALOR CONTRATADO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (AC n. 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).

5 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR.
1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: "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 na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária".
2. Recurso especial provido.
(REsp 1418593/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/05/2014, DJe 27/05/2014)

> (...) A teoria do adimplemento substancial, alicerçada nos postulados da boa-fé objetiva e da função social, preceitua que, alcançando-se uma satisfação muito próxima do resultado desejado quando da celebração do contrato, considerando-se o comportamento das partes, *é* vedada a resolução daquele, permitindo, apenas, que o credor exija através dos instrumentos legais, v.g., ação de execução o valor que lhe é devido. No caso em apreço, do total de 60 parcelas, quando da propositura da demanda, a requerida já havia saldado 48, ou seja, 80% do valor total do negócio jurídico, corroborando a alegação de cumprimento de praticamente toda a obrigação e permitindo, desse modo, a aplicação da teoria do adimplemento substancial. (...) (TJMS. Apelação n. 0812786-11.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Divoncir Schreiner Maran, j: 09/08/2016, p: 15/08/2016)

> (...) Mantém-se a sentença que julgou extinta a ação por ausência de interesse de agir, considerando que a demandada adimpliu 50 das 60 parcelas contratuais, ou seja, cumpriu 83,33% da obrigação contratada. A teoria do adimplemento substancial visa a impedir a resolução do contrato realizado entre as partes, caso o devedor tenha efetuado o pagamento de parcela considerável da avença. Aplica-se a teoria do adimplemento substancial do contrato, porquanto, no caso, o réu pagou a totalidade do valor inadimplido, além das parcelas vincendas do contrato, ensejando sua quitação. Com a aplicação da teoria do adimplemento substancial conclui-se que a retomada do bem pretendido e a consequente resolução do contrato de compromisso de compra e venda tornam-se medidas desproporcionais diante do cumprimento integral da avença, ainda que ocorrido durante o trâmite do processo. (TJMS. Apelação n. 0800863-07.2014.8.12.0006, Camapuã, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 07/03/2017, p: 27/03/2017)

Do mesmo modo têm se posicionado os Tribunais pátrios:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. LIMINAR. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. REVOGAÇÃO. - A liminar de busca e apreensão deve ser indeferida quando demonstrado o adimplemento substancial do contrato. - Embora subsistente a dívida, deve o credor optar por meio menos gravoso para cobrança das poucas parcelas pendentes de pagamento. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. (TJ-MG - AI: 10024120508015001 MG , Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata, Data de Julgamento: 27/02/2014, Câmaras Cíveis / 13ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/03/2014)

> ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA BUSCA E APREENSÃO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO RECONHECIMENTO RECURSO IMPROVIDO. O adimplemento substancial do contrato inviabiliza a busca e apreensão do bem alienado, autorizando o credor lançar mão da ação de cobrança ou promover a execução do saldo da dívida, pois tal medida se mostra excessivamente lesiva ao devedor que já pagou parte expressiva do financiamento. (TJ-SP - APL: 00003315020118260566 SP 0000331-50.2011.8.26.0566, Relator: Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 12/03/2014, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/03/2014)

In casu, observa-se que o apelado adquiriu veículo no valor de R$ 88.000,00 e deu, a título de entrada, o valor de R$ 42.550,00, sendo que o restante, equivalente a R$ 45.450,00, foi financiado em 48 prestações de R$ 1.614,03.

Houve o pagamento de 34 prestações, das 48 contratadas, o que corresponde a 70% do total do financiamento realizado entre as partes, atingindo R$ 54.877,00 que, se somados ao valor da entrada, alcança montante superior ao valor do bem dado em garantia.

Diante disso, diante da peculiaridade do caso e em respeito ao princípio da boa-fé, entendo ser aplicável a teoria do adimplemento substancial.

Em face do exposto, acompanho o relator para negar provimento ao presente recurso de apelação interposto pelo Banco Fibra S/A.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal que dava provimento. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento para sessão ulterior, em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

VOTO (EM 26/04/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 4º vogal, nos termos do art. 942, do CPC.

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, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0831091-77.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CORPO ESTRANHO DENTRO DE GARRAFA DE REFRIGERANTE – PRODUTO NÃO INGERIDO – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO DA EMPRESA FABRICANTE – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

Prevalece o entendimento no STJ, no sentido de que não há ato ilícito passível de responsabilização o fato de existir componente estranho no interior de produto que não tenha sido ingerido, havendo, no caso, mero dissabor.

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, 7 de junho de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

João Renato Pinto de Arruda Sodre interpôs apelação em face da sentença proferida em 20.02.2017, por Juiz Thiago Nagasawa Tanaka, da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais proposta em desfavor de Spal Industria Brasileira de Bebidas S/A-Coca Cola, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial e condenou o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Em razões recursais (f. 99-116), alega que ao adquirir refrigerante da requerida, antes de consumi-lo, constatou a existência de fragmentos estranhos no interior da garrafa.

Aponta que "a identificação de um corpo estranho em produto de gênero alimentício colocou em risco a saúde e a integridade física e psíquica do consumidor, na medida em que, na hipotética ingestão, não seria pequena a probabilidade de ocorrência de dano."

Ressalta que o dano moral "se caracteriza em razão do próprio fato inusitado, não havendo necessidade do consumo do produto".

Sustenta que o art. 12, § 1º, II, do CDC, dispõe que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, colocando em risco o consumidor.

Aduz que existe ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Enfatiza que o fato de o produto não ter sido consumido não afasta a responsabilidade civil do apelado, pois é inegável o dano moral sofrido.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais. Pugna a condenação da requerida ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 120-128), pugnando o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por João Renato Pinto de Arruda Sodre em face da sentença proferida em 20.02.2017, por Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais proposta em desfavor de Spal Industria Brasileira de Bebidas S/A-Coca Cola, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial e condenou o requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Confira-se ao dispositivo da sentença de f. 90-95:

> Em face do exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, extingo o processo com resolução de mérito e julgo improcedente o pedido formulado pelo Autor, condenando o Requerente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que nos termos do art. 85, § 2º do CPC, fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, atendendo-se à natureza da causa, o zelo profissional e o tempo exigido pelo advogado para patrocinar este processo. Todavia, isento o Autor do seu pagamento pela concessão dos benefícios da Justiça gratuita.
>
> Oportunamente, obedecidas as formalidades legais, arquivem-se os autos com as anotações registrais de baixa.
>
> Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Das razões recursais.

Em razões recursais (f. 99-116), alega que ao adquirir refrigerante da requerida, antes de consumi-lo, constatou a existência de fragmentos estranhos no interior da garrafa.

Aponta que "a identificação de um corpo estranho em produto de gênero alimentício colocou em risco a saúde e a integridade física e psíquica do consumidor, na medida em que, na hipotética ingestão, não seria pequena a probabilidade de ocorrência de dano."

Ressalta que o dano moral "se caracteriza em razão do próprio fato inusitado, não havendo necessidade do consumo do produto".

Sustenta que o art. 12, § 1º, II, do CDC, dispõe que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, colocando em risco o consumidor.

Aduz que existe ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Enfatiza que o fato de o produto não ter sido consumido não afasta a responsabilidade civil do apelado, pois é inegável o dano moral sofrido.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais. Pugna a condenação da requerida ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 120-128), pugnando o improvimento do recurso.

Relato dos fatos.

O requerente João Renato Pinto de Arruda Sodre relata na inicial que no dia 14.09.2014, adquiriu o refrigerante da marca Coca-Cola, fabricado pela requerida Spal Industria Brasileira de Bebidas S/A-Coca Cola, para seu consumo e de sua família, fabricado pela requerida. Mencionou que antes de ingerir o refrigerante, reparou que no interior do produto havia fragmentos estranhos no interior da garrafa. Ressaltou que contatou a requerida, mas não teve êxito. Argumentou que, mesmo sem a ingestão do refrigerante, a identificação de corpo estranho em produto de gênero alimentício coloca em risco a saúde e integridade física e psíquica do consumidor. Requereu a inversão do ônus da prova e a procedência do pedido de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Apresentou documentos de f. 17-20.

Citada, requerida sustentou que mantém rigoroso controle de processamento na fabricação do refrigerante, desde o recebimento de matérias-primas e embalagens até a obtenção do produto final, seguindo um rigoroso padrão de segurança e qualidade exigido mundialmente por todas as empresas que fabricam os produtos da marca Coca-Cola. Mencionou que o pedido de dano moral não se justifica, uma vez que não houve a ingestão do refrigerante pelo autor, bem como que, em momento algum, o requerente tentou entrar em contato com o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) para tentar resolver o incidente. Aduziu que, ainda que haja a inversão do ônus da prova, tal regra não deve eximir o autor de comprovar o alegado dano sofrido. Requereu a improcedência do pedido.

Na sentença (f. 90-95), o magistrado *a quo* motivou a rejeição do pedido, no fato de que "sequer houve a ingestão do chamado corpo estranho, não restando caracterizado qualquer dano suportado pelo requerente."

Obrigação de indenizar.

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/202:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva[1]. Na hipótese dos autos, tem-se a existência de relação de consumo, de modo a incidir também o regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Consequência da incidência do CDC ao caso é que a responsabilidade da apelada é objetiva, vale dizer, não é necessário indagar se a empresa agiu com culpa ao praticar o evento danoso, bastando, apenas, verificar se daquele ato resultou algum dano ao consumidor.

1 Art. 927... Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Neste, confira-se as disposições do art. 14 do CDC:

> O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Na espécie, não está evidenciado qualquer ato ilícito praticado pela requerida-recorrida, pois não há prova de dano a saúde e, também, do dano moral alegado pelo recorrente.

É incontroverso nos autos que o produto adquirido pelo requerente não foi por ele ou por qualquer pessoa de sua família, ingerido, ainda que presente corpo estranho no interior da garrafa de refrigerante, tanto que da análise das fotografias de f. 18-20, verifica-se que sequer foi aberta.

Diante desse fato, há entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há responsabilização da fornecedora por produtos que, embora tenham componente estranho no seu interior, não tenham sido ingeridos pelo consumidor, havendo, no caso, mero dissabor.

Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. INGESTÃO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO. AUMENTO. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1. **A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ"** (AgInt no REsp n. 1.597.890/SP, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/9/2016, DJe 14/10/2016).
>
> 2. Indevida a condenação fixada em primeira instância, mantida somente em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*, não há falar em aumento do *quantum* indenizatório estabelecido.
>
> 3. Agravo interno a que se nega provimento.
>
> (AgInt no AREsp 1018168/SE, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 18/04/2017) *destaquei
>
> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXISTÊNCIA DE MATERIAL ESTRANHO NO INTERIOR DE BEBIDA. AUSÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.
>
> 2. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, **ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.**

> 3. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, mantém-se a decisão proferida, por não haver motivos para a sua alteração.
>
> 4. Agravo interno não provido.
>
> (AgInt no REsp 1597890/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 14/10/2016) *destaquei.
>
> AGRAVOS REGIMENTAIS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO EM ALIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE INGESTÃO. DANO MORAL INEXISTENTE. MERO DISSABOR.
>
> 1. Interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força do princípio da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa.
>
> **2. Não há dano moral na hipótese de aquisição de gênero alimentício com corpo estranho no interior da embalagem se não ocorre a ingestão do produto, considerado impróprio para consumo, visto que referida situação não configura desrespeito à dignidade da pessoa humana, desprezo à saúde pública ou mesmo descaso para com a segurança alimentar.**
>
> 3. Primeiro agravo regimental desprovido. Segundo agravo regimental não conhecido. (AgRg no REsp 1537730/MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016) *destaquei.

Nesse mesmo sentido, já se decidiu neste Tribunal:

> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CORPO ESTRANHO EM REFRIGERANTE. AUSÊNCIA DE RISCO À SAÚDE DO CONSUMIDOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO DISSABOR. DANO MATERIAL. NÃO COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 373, I, CPC DE 2015. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial na Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, em razão da ausência de provas dos fatos alegados. **A presença de corpo estranho no interior da embalagem de refrigerante, o qual sequer chegou a ser ingerido pelo usuário, tipifica, quando muito, mero dissabor, não tendo potencial suficiente para atingir aspectos íntimos e sociais do adquirente, muito menos para causar-lhe sofrimento físico ou psicológico, não constituindo, pois, dano moral passível de indenização.** (TJMS. Apelação n. 0828642-15.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 09/05/2017, p: 22/05/2017) *destaquei
>
> E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CORPO ESTRANHO DENTRO DE EMBALAGEM DE CAFÉ ADQUIRIDA PELA AUTORA - VÍCIO DO PRODUTO - DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **Inexiste comprovação de abalo moral suportado em razão da simples constatação de corpo estranho em alimento. A situação vivenciada pela autora, no caso, a constatação da presença de restos mortais de um passarinho em pacote de café, constitui mero dissabor, não havendo de se falar em indenização por danos morais.** (TJMS. Apelação n. 0800837-86.2013.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 08/11/2016, p: 09/11/2016) *destaquei.

Portanto, inexiste ato ilícito praticado pela requerida, não havendo falar-se em reparação por danos morais.

De consequência, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por João Renato Pinto de Arruda Sodre.

Majoro os honorários advocatícios para 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do § 11[2], do art. 85, do CPC/2015.

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, 07 de junho de 2017.

***

2 § 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.

Órgão Especial
Ação Rescisória nº 1411635-27.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL – REJEITADAS – MÉRITO – LIMITE MÁXIMO DE IDADE PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA PMMS – ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM SEDE DE RETRATAÇÃO – DENEGOU A SEGURANÇA SEGUNDO ORIENTAÇÃO FIRMADA EM AGRAVO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 678112 (TEMA 646) – CONSTITUCIONALIDADE DA LIMITAÇÃO ETÁRIA NA CARREIRA POLICIAL, INDEPENDENTEMENTE SE DA CARRREIRA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA OU MILITAR – IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO – INEXISTÊNCIA DA ALEGADA VIOLAÇÃO LITERAL DE NORMA JURÍDICA (ART. 966, V, DO CPC) – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

A Procuradoria-Geral de Justiça levanta preliminar de inadequação da via eleita sob o fundamento de que a ação rescisória não é sucedâneo de recurso. E prossegue dizendo que, *in casu,* o autor teria reconhecido, na inicial, que não interpôs recurso na ocasião oportuna, buscando apenas a reapreciação daquilo que restou decidido no acórdão rescindendo, visando reparar suposta injustiça da decisão. Ocorre que o fato do autor ter ou não exaurido todas as instâncias e recursos, não torna a presente ação inadequada. Basta que o pedido desconstitutivo seja em face de uma decisão interlocutória de mérito, decisão monocrática de relator, sentença ou acórdão transitado em julgado, com indicação da ofensa a um dos postulados no art. 966 do CPC.

Também não merece guarida a preliminar de incompetência deste Tribunal arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sob o fundamento de que houve manifestação de mérito por parte do Supremo Tribunal Federal, sendo o pretório excelso, portanto, o órgão competente para apreciação do *distinguishing.* Ora, não constando expressamente do texto da Constituição Federal qualquer dispositivo acerca da competência específica para a realização do *distinguishing*, não poderia o STF avocar essa competência. Sobre essa questão, coube ao órgão originário (2ª Seção Cível deste sodalício), enfrentar a matéria por força do § 3º, do art. 543-B, do CPC de 1973, tendo havido retratação daquele colegiado para o fim de denegar a segurança ao ora autor. Assim, compete a este órgão especial analisar o pedido rescisório, porquanto a questão do *distinguishing* foi enfrentada devidamente pela e. 2ª Seção Cível, em autos de mandado de segurança.

O autor objetiva a reforma do v. acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 1405944-03.2014.8.12.0000. Um dos fundamentos, é no sentido de que houve *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), uma vez que no recurso extraordinário com repercussão geral, tratou-se de limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Civil, e o caso em exame versa sobre limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Militar. Não há se falar, contudo, no invocado *distinguishing*, porquanto o tema 646 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 678.112, não trata especificamente de servidores civis, tendo em vista que a parte dispositiva do voto não trouxe limitação etária para uma carreira específica; Ao revés, tratou do limite máximo de idade em sentido geral (carreira policial), englobando, pois, os policiais militares, citando, inclusive, exemplo de julgado para concurso de PM. Deve ser ressaltado que não se pode atribuir distinção entre uma carreira policial e outra para fins de limitação etária, haja vista que todas as forças que compõe o cenário da segurança pública, entre elas

a Polícia Judiciária e a Polícia Militar, exigem força física avantajada, acima do homem médio, pois frequentemente os policiais são compelidos a lhe dar com situações de crise e enfrentamento direto com bandidos de toda a espécie, não sendo razoável permitir o ingresso de candidato com idade, por exemplo, acima de 30 anos (caso do autor).

O fato deste órgão especial, no incidente de Arguição de Inconstitucionalidade em Mandado de Segurança n. 2010.011872-4/0001-00, por maioria de votos, ter declarado inconstitucional o limite máximo de idade para ingresso no curso de formação de soldado-PM, a matéria se tornou superada. A uma porque o STF, na sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 678.112, declarou constitucional a limitação máxima de idade para ingresso em curso de formação policial. A duas, porque no referido incidente de arguição de inconstitucionalidade julgado por este Órgão Especial, vê-se que a decisão do colegiado foi no sentido declarar a inconstitucionalidade o art. 8º, I, "e", da Lei Estadual n. 3.808/2009. Ocorre que, no aludido julgamento, a declaração de inconstitucionalidade se deu por maioria de votos, não irradiando, portanto, efeito vinculante em relação a outros processos. Aliás, está previsto no § 2º, do art. 507 do RITJMS que "A decisão unânime vinculará os casos análogos, salvo se o órgão judicante considerar necessário provocar nova manifestação do Órgão Especial sobre a matéria". *A contrario sensu*, a decisão não unânime não tem efeito vinculante.

Não se pode olvidar, ainda, que a própria Lei Estadual n. 3.808/2009, na parte em que estabelecia o limite máximo de idade de 24 anos para ingresso no curso de formação de soldado da Polícia Militar, foi alterada pela Lei Estadual n. 4582/2014, para que o limite máximo de idade passasse a ser de 30 anos, dando eficácia à realidade atual. Ocorre, todavia, que o autor contava com 31 anos de idade no momento de sua inscrição no curso de formação da PM, extrapolando o limite de idade previsto pela novel Lei Estadual n. 4582/2014. Portanto, por qualquer ângulo que se analise, não se vislumbra ofensa literal a norma jurídica. Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitar as preliminares arguidas, no mérito, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de maio de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Marcos de Lima Mariano ajuíza ação rescisória com a finalidade de rescindir acórdão proferido pela e. 2ª Seção Cível deste Tribunal, a qual, por unanimidade, denegou a segurança ao ora autor, nos autos do Mandado de Segurança n. 1405944-03.2014.8.12.0000, sustentando o autor, entre outras matérias, a inconstitucionalidade da limitação máxima de idade prevista em edital de processo seletivo para ingresso no curso de formação do soldados-PMMS.

Em síntese, o autor ajuizou mandado de segurança (autos n. 1405944-03.2014.8.12.0000) em face da então Secretária de Estado de Administração – Thie Higuchi Viegas dos Santos e do então Secretário de

Estado de Justiça e Segurança Pública - Wantuir Francisco Brasil Jacini, bem assim contra o Comandante-Geral da PMMS – Cel. Carlos Alberto David dos Santos.

No aludido *mandamus*, o autor afirmou ter sido aprovado na prova objetiva (fase I), bem como no exame psicotécnico (fase II), exame de saúde, antropométrico e clínico (fase III) e exame de aptidão física (fase IV), tendo, portanto, sido considerado apto em todas as fases do certame. Contudo, no ato da inscrição para ingresso no curso de formação de praças, contava com 31 (trinta e um anos de idade), ou seja, acima do limite máximo estabelecido no edital – 24 anos de idade.

Diz que a segurança foi concedida em 08 de setembro de 2014. Ato contínuo, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso extraordinário no STF, cujo seguimento foi negado pelo então Vice-Presidente deste Tribunal. Após, o ora requerido interpôs agravo no recurso extraordinário, ao qual foi dado provimento.

Aduz que no recurso extraordinário com agravo 879.136, o ministro Gilmar Mendes deixou consignado que a questão versada no recurso extremo correspondia ao tema 646 da sistemática de repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 678.112, relator Min. Luiz Fux, Dje 17.05.2013, razão pela qual determinou a devolução dos autos a este Tribunal para que observasse o disposto no art. 543-B, do CPC. Transitado em julgado o mencionado paradigma, os autos foram encaminhados para nova análise da questão em cumprimento ao disposto no § 3º, do art. 543-B, do CPC, vez que o *decisum* recorrido, em tese, parecia estar em desconformidade com o que restou decidido no Pretório Excelso.

Diante desse cenário, a e. 2ª Seção Cível deste Tribunal, em reanálise sobre a questão, denegou a ordem, revogando a liminar outrora concedida. O acórdão que denegou a segurança transitou em julgado em 31.03.2016 (f. 933).

O impetrante, ora autor, objetiva a desconstituição do acórdão proferido nos autos do mandado de segurança n. 1405944-036.2014.8.12.0000, sob o fundamento de que houve ofensa a literal disposição de lei (art. 966, V, do CPC), vez que o acórdão rescindendo se baseou em lei estadual declarada inconstitucional em incidente de inconstitucionalidade pelo órgão máximo desta Corte; alega, ainda, *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), porquanto o acórdão paradigma tratou de limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Civil, e o caso em exame versa sobre limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Militar.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação (f. 1059-1074), alegando, em preliminar, incompetência deste Tribunal para o exame da matéria. No mérito, alega que a Lei Estadual n. 3.808/2009, que regulamentou o limite máximo de idade para ingresso no curso de formação de soldado/PMMS, vigente ao tempo da abertura do edital do concurso, não foi declarada inconstitucional em controle concentrado de inconstitucionalidade, e sim por meio de incidente de inconstitucionalidade, de modo que a decisão lá proferida, por maioria de votos, não vinculam terceiros, mas apenas as partes que compuseram aquela lide. Ademais, refuta a ideia de *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), batendo-se pela denegação da segurança.

Impugnação à contestação de f. 1082-1112, pugnando pela rejeição da preliminar e julgada procedente a presente ação rescisória.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1118-1129), onde levanta preliminar de ausência de interesse processual por inadequação da via eleita (ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso). No mais, opina pela rejeição da preliminar de incompetência deste Tribunal ventilada pelo Estado de Mato Grosso do Sul; no mérito, pela improcedência da ação, mantendo-se incólume o acórdão proferido pela colenda 2ª Seção Cível nos autos do MS n.º 1405944-03.2014.8.12.0000.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Marcos de Lima Mariano com a finalidade de rescindir acórdão proferido pela e. 2ª Seção Cível deste Tribunal, a qual, por unanimidade, denegou a segurança ao ora autor, nos autos do Mandado de Segurança n. 1405944-03.2014.8.12.0000, sustentando, entre outras matérias, a inconstitucionalidade da limitação máxima de idade prevista em edital de processo seletivo para ingresso no curso de formação do soldados-PMMS.

Conforme deixei assentado em relatório, o autor ajuizou mandado de segurança (autos n. 1405944-03.2014.8.12.0000) em face da então Secretária de Estado de Administração – Thie Higuchi Viegas dos Santos e do então Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública - Wantuir Francisco Brasil Jacini, bem assim contra o então Comandante-Geral da PMMS – Cel. Carlos Alberto David dos Santos.

No aludido *mandamus*, o autor afirmou ter sido aprovado na prova objetiva (fase I), bem como no exame psicotécnico (fase II), exame de saúde, antropométrico e clínico (fase III) e exame de aptidão física (fase IV), tendo, portanto, sido considerado apto em todas as fases do certame. Contudo, no ato da inscrição para ingresso no curso de formação de praças, contava com 31 (trinta e um anos de idade), ou seja, acima do limite máximo estabelecido no edital – 24 anos de idade.

Diz que a segurança foi concedida em 08 de setembro de 2014. Ato contínuo, o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso extraordinário no STF, cujo seguimento foi negado pelo então Vice-Presidente deste Tribunal. Após, o ora requerido interpôs agravo no recurso extraordinário, ao qual foi dado provimento.

Aduz que no recurso extraordinário com agravo 879.136, o ministro Gilmar Mendes deixou consignado que a questão versada no recurso extremo correspondia ao tema 646 da sistemática de repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 678.112, relator Min. Luiz Fux, Dje 17.05.2013, razão pela qual determinou a devolução dos autos a este Tribunal para que fosse observado o disposto no art. 543-B, do CPC. Transitado em julgado o mencionado paradigma, os autos foram encaminhados para nova análise da questão em cumprimento ao disposto no § 3º, do art. 543-B, do CPC, vez que o *decisum* recorrido, em tese, parecia estar em desconformidade com o que restou decidido no Pretório Excelso.

Diante desse cenário, a e. 2ª Seção Cível deste Tribunal, em reanálise sobre a questão, denegou a ordem, revogando a liminar outrora concedida. O acórdão que denegou a segurança transitou em julgado em 31.03.2016 (f. 933).

O impetrante, ora autor, objetiva a desconstituição do acórdão proferido nos autos do mandado de segurança n. 1405944-036.2014.8.12.0000, sob o fundamento de que houve ofensa a literal disposição de lei (art. 966, V, do CPC), vez que o acórdão rescindendo se baseou em lei estadual declarada inconstitucional em incidente de inconstitucionalidade pelo órgão máximo desta Corte; alega, ainda, *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), porquanto o acórdão paradigma tratou de limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Civil, e o caso em exame versa sobre limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Militar.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação (f. 1059-1074), alegando, em preliminar, incompetência deste Tribunal para o exame da matéria. No mérito, alega que a Lei Estadual n. 3.808/2009, que regulamentou o limite máximo de idade para ingresso no curso de formação de soldado/PMMS, vigente ao tempo da abertura do edital do concurso, não foi declarada inconstitucional em controle concentrado de inconstitucionalidade, e sim por meio de incidente de inconstitucionalidade, de modo que a decisão lá proferida, por maioria de votos, não vinculam terceiros, mas apenas as partes que compuseram aquela lide. Ademais, refuta a ideia de *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), batendo-se pela denegação da segurança.

Impugnação à contestação de f. 1082-1112, pugnando pela rejeição da preliminar e julgada procedente a presente ação rescisória.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1118-1129), onde levanta preliminar de ausência de interesse processual por inadequação da via eleita (ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso). No mais, opina pela rejeição da preliminar de incompetência deste Tribunal ventilada pelo Estado de Mato Grosso do Sul; no mérito, pela improcedência da ação, mantendo-se incólume o acórdão proferido pela colenda 2ª Seção Cível nos autos do MS n.º 1405944-03.2014.8.12.0000.

Preliminar de inadequação da via eleita – ação rescisória não é sucedâneo de recurso

A Procuradoria-Geral de Justiça levanta preliminar de inadequação da via eleita, pontuando as seguintes razões, *in verbis:*

> Importante salientar que a ação rescisória não pode ser interpretada como sucedâneo recursal, pois, há de ser respeitado o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica, não podendo a decisão que foi atingida pelo trânsito em julgado ser alterada apenas por ter sido desfavorável a uma das partes.
>
> Ocorre que, *in casu*, o requerente utiliza a presente ação como sucedâneo de recurso não interposto na ocasião oportuna, como ele mesmo reconheceu em sua inicial, bem como busca a reapreciação daquilo que restou decidido no acórdão rescindendo, visando reparar suposta injustiça da decisão.
>
> (...)
>
> Em suma, percebe-se que há nítido objetivo de uma releitura dos fatos e rediscussão da matéria aventada, em razão da insatisfação existente com os fundamentos constantes do acórdão, o que, entretanto, não é admitido, uma vez que a rescisória é instrumento processual que possui cognição limitada.

Em que pese o entendimento do órgão ministerial, entendo que não é caso de inadequação da via eleita.

Consoante as lições do professor Daniel Amorim Assumpção Neves[1], não só a sentença pode ser objeto de rescisão, mas também a decisão interlocutória, a decisão monocrática do relator e o acórdão. Basta que seja de mérito e tenha transitado em julgado.

Independe, pois, o autor ter ou não percorrido ou exaurido todas as instâncias. Basta que o pedido desconstitutivo seja em face de uma decisão interlocutória de mérito, decisão monocrática de relator, sentença ou acórdão transitado em julgado.

Ademais, vê-se claramente que o autor se vale, entre outros fundamentos, do art. 966, V, do CPC, sustentando que o acórdão recorrido viola literal disposição de norma jurídica, na medida em que o colegiado da 2ª Seção Cível teria fundamentado a denegação da ordem se valendo do art. 8º, I, alínea "e", da Lei Estadual n. 3.808/2009 (limite máximo de 24 anos de idade para ingresso no curso de formação de soldado/PM), mas este órgão especial, no incidente de arguição de inconstitucionalidade em Mandado de Segurança n. 2010.011872-4/0001-00, de relatoria do Des. João Carlos Brandes Garcia, por maioria de votos, declarou inconstitucional o limite máximo de idade para ingresso no curso de formação de praças, previsto no citado dispositivo legal.

Daí se segue que, na esteira da melhor doutrina, o simples fato de estar em exame a invocada inconstitucionalidade de norma jurídica, passível é a rediscussão por meio de ação rescisória. Destarte, a questão atinente a uma possível vinculação do resultado daquele julgamento proferido no referido incidente de arguição de inconstitucionalidade, deve ser tratada como matéria de mérito, e assim será analisada.

1 **Direito Processual Civil.** volume único. 9ª edição. Bahia: JusPODIVM, p. 1464

Assim rejeito a preliminar de inadequação.

Preliminar de incompetência deste Tribunal

Quanto à preliminar de incompetência deste Tribunal arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, ao fundamento de que houve manifestação de mérito por parte do Supremo Tribunal Federal, sendo o pretório excelso, portanto, o órgão competente para apreciação do *distinguishing*, entendo que não merece ser acolhida.

Ora, não constando expressamente no texto da Constituição Federal a competência específica para a realização do *distinguishing*, não poderia o STF avocar essa competência.

In casu, o autor alega o *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), porquanto o acórdão paradigma tratou de limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Civil, e o caso em exame versa sobre limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Militar. Sobre essa questão, coube ao órgão originário (2ª Seção Cível deste sodalício), enfrentar a matéria por força do § 3º, do art. 543-B, do CPC de 1973, tendo havido retratação daquele colegiado para o fim de denegar a ordem, sendo esse um dos fundamentos da ação rescisória.

Assim, compete a este órgão especial analisar o pedido rescisório, porquanto a questão do *distinguishing* foi enfrentada devidamente pela e. 2ª Seção Cível, nos autos do citado mandado de segurança.

Assim, com o parecer, rejeito a preliminar de incompetência.

Mérito – alegação da presença do *distinguishing*

O autor ingressa com a presente ação rescisória objetivando a reforma do v. Acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 1405944-03.2014.8.12.0000. Um dos fundamentos, é no sentido de que houve *distinguishing* com o acórdão paradigma (tema 646 de Repercussão Geral), porquanto o acórdão paradigma tratou de limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Civil, e o caso em exame versa sobre limite máximo de idade para ingresso no curso de formação da Polícia Militar.

Não é demasiado lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário com agravo n. 678.112, tema 646, pacificou a questão afeita ao limite máximo de idade para inscrição em curso de formação policial. Veja-se:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITAÇÃO DE IDADE FIXADA EM EDITAL. POLICIAL CIVIL. ART. 7º, XXX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Carmem Lúcia.

Salienta o autor o *distinguishing* com o acórdão paradigma (art. 966, inciso V, § 5º, do CPC) sob os seguintes fundamentos: a utilização de legislação de servidor civil, sendo que a Constituição Federal dedicou capítulo exclusivo aos militares; permissão de limitação etária aos policiais militares apenas por meio de edital; e aplicação de repercussão geral de servidores civis sendo que há outra específica para policial militar.

Não procede os fundamentos expostos.

Entendo que não há se falar em *distinguishing*, porquanto o tema 646 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 678.112, não trata especificamente de servidores civis, tendo em vista que a parte dispositiva do voto não trouxe limitação etária para uma carreira específica; pelo contrário, tratou do estabelecimento do limite máximo de idade em sentido geral (carreira policial), englobando, pois, os policiais militares, citando, inclusive, exemplo de julgado para concurso de PM. A propósito, trago excertos dos fundamentos do recurso paradigma, *in verbis:*

> (...) Insta saber se é razoável ou não limitar idade para ingressar em carreira policial, a par da aprovação em testes médicos e físicos. Com efeito, o Supremo tem entendido, em casos semelhantes, que o estabelecimento de limite de idade para inscrição em concurso público apenas é legítimo quando justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido. Confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados:
>
> EMENTA: CONCURSO PÚBLICO - POLICIAL MILITAR -LIMITE DE IDADE - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE NA EXIGÊNCIA. Os pronunciamentos do Supremo são reiterados no sentido de não se poder erigir como critério de admissão não haver o candidato ultrapassado determinada idade, correndo à conta de exceção situações concretas em que o cargo a ser exercido engloba atividade a exigir a observância de certo limite - precedentes: Recursos Ordinários nos Mandados de Segurança nºs 21.033-8/DF, Plenário, relator ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 11 de outubro de 1991, e 21.046-0/RJ, Plenário, relator ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça de 14 de novembro de 1991, e Recursos Extraordinários nºs 209.714-4/RS, Plenário, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 20 de março de 1998, e 217.226-1/RS, Segunda Turma, por mim relatado, Diário da Justiça de 27 de novembro de 1998. Mostra-se pouco razoável a fixação, contida em edital, de idade máxima - 28 anos -, a alcançar ambos os sexos, para ingresso como soldado policial militar. (RE 345598 AgRg/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. DJ 19/08/2005).

Vislumbra-se, pois, que o limite máximo de idade para inscrição em curso de formação policial (seja da carreira da polícia civil ou militar), foi declarado constitucional pelo STF, justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Deve ser ressaltado que não se pode atribuir distinção entre uma carreira policial e outra, haja vista que todas as forças que compõe o cenário da segurança pública, entre elas a Polícia Judiciária e a Polícia Militar, exigem força física avantajada, acima do homem médio, pois frequentemente os policiais são compelidos a lhe dar com situações de crise e enfrentamento direto com bandidos de toda a espécie, não sendo crível e razoável permitir o ingresso de candidato com idade, por exemplo, acima de 30 anos (caso do autor). Pouca importa, aqui, se o autor é exceção à regra, detentor de físico invejável em contraposição à sua idade, haja vista que lei não pode e não deve ser casuística. A lei, ao contrário, é abstrata e genérica, valendo para todos.

Desse modo, não prospera a alegação de *distinguishing*.

Mérito – violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V, do CPC

Quanto a esse ponto, melhor sorte não tem o autor.

O fato deste órgão especial, no incidente de arguição de inconstitucionalidade em mandado de segurança n. 2010.011872-4/0001-00, por maioria de votos, ter declarado inconstitucional o limite máximo de idade para ingresso no curso de formação de soldado-PM, a matéria se tornou superada. A uma porque o STF, na sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o ARE-RG 678.112, declarou constitucional a limitação máxima de idade para ingresso em curso de formação policial. A duas, porque no referido incidente de arguição de inconstitucionalidade julgado por este órgão especial, vê-se que a decisão do colegiado foi no sentido declarar a inconstitucionalidade o art. 8º, I, "e", da Lei Estadual n. 3.808/2009.

Ocorre que, no aludido julgamento, a declaração de inconstitucionalidade se deu por maioria de votos, não irradiando, portanto, efeito vinculante em relação a outros processos. Aliás, está previsto no § 2º, do art. 507 do RITJMS que "A decisão unânime vinculará os casos análogos, salvo se o órgão judicante considerar necessário provocar nova manifestação do Órgão Especial sobre a matéria". A contrário *sensu*, a decisão não unânime não tem efeito vinculante.

Não se pode olvidar, ainda, que a própria Lei Estadual n. 3.808/2009, na parte em que estabelecia o limite máximo de idade de 24 anos para ingresso no curso de formação de soldado da Polícia Militar, foi alterada pela Lei Estadual n. 4582/2014, para que o limite máximo de idade passasse a ser de 30 anos, dando eficácia à realidade atual.

É bom que se diga, o art. 2º da Lei Estadual n. 4582/2014, dispõe expressamente: "Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos retroativos para alcançar as situações que se enquadram na nova redação do art. 8º, inciso I, alínea "e", da Lei Estadual nº 3.808, de 2009, dada pelo art. 1º desta Lei, e que são objeto de demanda judicial em trâmite e não tenha transitado em julgado até o dia 7 de novembro de 2014.

Ocorre, contudo, que o autor contava com 31 anos de idade no momento de sua inscrição no curso de formação da PM, extrapolando o limite de idade previsto pela novel Lei Estadual n. 4582/2014.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise, não se vislumbra ofensa literal a norma jurídica.

Posto isso, em parte com o parecer, julgo improcedente a presente ação rescisória, mantendo inalterado o acórdão proferido pela e. 2ª Seção Cível, nos autos do Mandado de Segurança nº 1405944-03.2014.8.12.0000.

Sem custas, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita. Fixo honorários no montante de R$ 1.000,000 (mil reais), ficando, contudo, sobrestada a exigência por ser o autor beneficiário da justiça gratuita conforme § 3º, do art. 98, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares arguidas, no mérito, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 24 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0802431-95.2013.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRISÃO INDEVIDA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – POUCAS HORAS – IRRELEVÂNCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – FIXAÇÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIRMADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – QUANTIA RAZOÁVEL.

Discute-se no presente recurso: a ocorrência de danos morais ante a prisão do autor, por algumas horas, em razão de mandado de prisão expedido em razão de débito alimentar, não recolhido mesmo após determinação do juízo para tanto; a justeza do valor fixado a título de danos morais, e o índice de correção monetária e o percentual de juros incidente sobre a condenação.

O art. 5º, inc. LXXV, da CF/88, preconiza que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Embora não exatamente idêntica a hipótese versanda, pois inocorrente erro judiciário, tampouco prisão além de tempo fixado em sentença, semelhante é a situação dos autos, na medida em que o autor foi preso, e recolhido à cela, indevidamente.

O tempo de duração da prisão indevida é fator influente no cálculo da compensação por danos morais, não sendo relevante, portanto, para exclusão da ilicitude da conduta.

O valor arbitrado a título de compensação por danos morais deve se ater a critérios como a dimensão do dano, o grau de culpabilidade do ofensor, a capacidade econômica das partes, bem como as peculiaridades do caso concreto, não podendo constituir meio de enriquecimento sem causa, mas tampouco deve representar quantia que, de tão ínfima, não importe em repreensão ao ofensor, tolhendo-se da reprimenda o caráter educador e preventivo, também ínsito as condenações desse jaez. Portanto, à luz de tais considerações, com fulcro nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, afigura-se cabível a manutenção da indenização arbitrada em R$ 10.000,00.

Nas condenação impostas à Fazenda Pública, à luz do disposto no artigo 1°-F, da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009, incidem: a) juros moratórios calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, incidentes desde a data do evento danoso, nos termos do art. 398, do CC/02 e Enunciado nº 54, da Súmula/STJ; e b) correção monetária com base no IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), incidente desde a data da fixação da indenização, ou seja, desde a data da sentença, nos termos do Enunciado nº 362, da Súmula/STJ.

Apelação do réu conhecida e provida em parte. Recurso adesivo do autor 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, dar parcial provimento à apelação do Estado e negar provimento ao recurso adesivo de Robson Lopes Ferreira, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de maio de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

O Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos morais proposta por Robson Lopes Ferreira, a qual julgou procedente o pedido inicial, para condenar o réu-apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, com juros de mora de um por cento (1%) ao mês, a contar da data da prisão indevida, e correção monetária pelo IGPM, incidente desde a prolação da sentença.

Explica, inicialmente, que o pedido está amparado numa suposta conduta ilegal praticada por policiais civis, a qual consistiu em dar voz de prisão ao autor e encaminhá-lo à Delegacia de Polícia para averiguação acerca de eventual não cumprimento de mandado de prisão expedido nos autos da Ação de Execução de Alimentos nº 005.10.002099-7.

Nesse sentido, sustenta não ter havido abuso de autoridade ou emprego de força por parte dos policiais que estavam apenas agindo de acordo com o estrito cumprimento do dever legal, zelando pela manutenção da ordem social e de acordo com a legalidade, uma vez que, ao realizarem o procedimento de rotina, verificaram a existência de mandado de prisão em desfavor do autor, e mantiveram-no nas dependências da Delegacia até a verificação do mandado.

Sustenta que o simples fato de ter havido demora na retirada do mandado de prisão do Sistema Infoseg, por si só, não se mostra suficiente a amparar o pedido de indenização, uma vez que o autor não foi submetido a tratamento humilhante ou vexatório, e principalmente considerando que a permanência do autor na Delegacia deu-se apenas para a averiguação dos fatos, e tão logo esclarecida a situação e constatado que o processo que deu origem ao mandado de prisão já havia sido extinto, o autor foi liberado imediatamente, tendo havido, portanto, mero aborrecimento.

Nesse sentido, pontuou ainda que nem o autor, e nem a sentença, teriam se referido ao tempo em que aquele permaneceu recolhido, mas dos autos se depreende que seu recolhimento se dera na data de 27/11/2013, às 12h52min, sendo que a devolução do mandado para a Delegacia de Polícia se deu na mesma data às 17h06min, o que demonstra que o autor foi imediatamente liberado quando verificado que o mandado deveria ter sido recolhido.

Alternativamente, sustentou a exorbitância do valor fixado para a indenização, sugerindo que o valor seja fixado em R$ 1.000,00 (mil reais).

Ainda, no que tange aos juros e à correção monetária requereu a aplicação da regra contida no artigo 1°-F, da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, o qual prevê a incidência de "índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança" (f. 76-87).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do apelante, pugnando, assim, pelo não provimento do recurso (f. 91-93).

Recurso adesivo interposto pelo autor Robson Lopes Ferreira, requereu a majoração da indenização por danos morais (f. 94-97).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso a ocorrência de danos morais ante a prisão do autor, por algumas horas, em razão de mandado de prisão expedido em razão de débito alimentar, e não recolhido mesmo após determinação do juízo para tanto; a justeza do valor fixado a título de danos morais, e o índice de correção monetária e o percentual de juros incidente sobre a condenação.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a sentença recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 16/12/2015 (f. 73), tendo a respectiva intimação ocorrido em 07/01/2016 (f. 74), enquanto que o presente recurso foi interposto em 17/02/2016.

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, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias, contados da intimação pelo DJe (art. 282, CPC/73), na forma do art. 184.

Apelação do réu Estado de Mato Grosso Do Sul

Da ocorrência de danos morais

Da análise dos autos constata-se que o autor foi, de fato, preso indevidamente em 27/10/2013 (f. 46), mesmo diante da revogação da ordem de prisão (f. 17), dias antes.

Restou incontroverso o fato de que o autor foi preso após ter efetuado pagamento parcial do débito alimentar em 09/11/2013 (f. 22), e também após a formalização de acordo com o alimentado em 11/11/2013 (f. 20-21), fatos que ensejaram a ordem judicial de recolhimento do mandado ainda em 22/11/2013, conforme provas documentais de f. 17-18.

Nesse contexto, a responsabilidade civil decorre do nexo de causalidade e da conduta ilegal praticada pelos agentes do estado, ensejadores do alegado dano, independentemente da existência de dolo ou de culpa, *ex vi* do art. 37, § 6º, da CF/88, *verbis*:

> 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, o seguinte:
>
> (...)
>
> § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas 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.

Com efeito, incidente na hipótese dos autos a teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual a obrigação de indenizar decorre da demonstração do fato, do dano e do nexo de causalidade.

Evidente, pois, a responsabilidade do Estado, pois não verificado qualquer elemento capaz elidir a obrigação estatal de arcar com a indenizar por ato ilícito, ante erro tão elementar, perpetrado em detrimento à honra do autor-apelado, ante sua prisão indevida, ocorrida, aliás, segunda consta da inicial, "dentro de sua residência, na frente de seus filhos menores e na frente de vizinhos que estavam na Rua" (f. 03).

O art. 5º, inc. LXXV, da CF/88, preconiza que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Embora não exatamente idêntica à hipótese versanda, pois inocorrente erro judiciário, tampouco prisão além de tempo fixado em sentença, semelhante é a situação dos autos, na medida em que o autor foi preso, e recolhido à cela, indevidamente, sendo esse fato inclusive reconhecido pelo réu em sua contestação, quando afirma que "houve, no caso em apreço, inércia do Estado na retirada do mandado de prisão do sistema Infoseg" (f. 40).

Assim, incide na hipótese, sem dúvida alguma, o disposto nos artigos 186 e 927, do CC/02, bem como o § 6º, do art. 37, da CF/88.

Ainda, mesmo que a prisão indevida tenha durado poucas horas, e ainda que se alegue que "o autor não foi submetido a tratamento humilhante ou vexatório" (f. 40), não há dúvidas de que a situação em apreço desborda do natural, do aceitável e do tolerável, não sendo crível que tamanho equivoco possa estar amparado pela excludente do estrito cumprimento de um dever legal.

A propósito, o ilícito, na espécie, não decorreu da atitude dos policiais que, ao verificarem a existência de mandado de prisão em aberto, procederam à prisão do autor para averiguação; ao contrário, o ilícito que culminou no dano a direitos da personalidade do autor decorreu da falha estatal quanto à falta de baixa do mandado do sistema, já que havia ordem judicial precedente, datada de 22/11/2013 (f. 19), determinando que isso fosse feito.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o tempo de duração da prisão indevida é fator influente ao cálculo da compensação por danos morais" (REsp 1.209.341/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/11/2010), não sendo relevante, portanto, para exclusão da ilicitude da conduta.

Também nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRISÃO ILEGAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> III. No caso, o Tribunal de origem, à luz dos elementos fáticos dos autos, consignou que, 'inobstante o curto período de encarceramento da recorrente, um dia, é flagrante a ilegalidade da prisão, bem como inquestionáveis são os danos morais por ela sofridos'. Conclusão em contrário, com a verificação da ocorrência dos pressupostos legais da prisão, e, ainda, da ocorrência do dano moral, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.
>
> [...]
>
> V. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 916.125/PE, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13/02/2017)
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. [...] RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. PRISÃO EQUIVOCADA. ORDEM JUDICIAL EXPEDIDA CONTRA PESSOA HOMÔNIMA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE.
>
> 1. O Juízo de 1º grau condenou a União ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da prisão equivocada da recorrida, homônima da depositária infiel contra quem se dirigiu a ordem judicial. A sentença foi mantida pelo Tribunal Regional.
>
> [...]
>
> 4. Ademais, o julgador ordinário entendeu que, embora não tenha havido erro judiciário stricto sensu - pois a prisão foi determinada com base nas informações dadas pela parte reclamante no processo trabalhista-, houve falha na prestação do serviço administrativo, por não terem sido atendidas as formalidades necessárias no ato que supostamente teria dado prévia ciência do dever de restituir o bem depositado, medida que poderia ter evitado o constrangimento da prisão.
>
> [...]
>
> 6. A leitura do acórdão recorrido evidencia que a recorrida ficou detida por pouco mais de seis horas, tendo sido liberada logo após a constatação da homonímia. Além disso, a instância ordinária reconhece que o equívoco decorreu também da conduta da parte reclamante do processo trabalhista, ao indicar endereço errôneo.
>
> [...]
>
> 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido." (REsp 1.147.513/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/04/2011)
>
> PROCESSO CIVIL. PRISÃO INDEVIDA. ART. 5°, LXXV, DA CF. APLICAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO *EXTRA PETITA* E DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA APLICAÇÃO DOS DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS MANTIDOS.

> 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5°, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização.
>
> [...]
>
> 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 434.970/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 16/12/2002)

Assim, está correta a sentença ao concluir pela procedência do pedido condenatório e determinar o pagamento de indenização por danos morais.

Valor da Indenização

O valor para a compensação dos danos morais não pode constituir meio de enriquecimento sem causa, mas tampouco deve representar quantia que, de tão ínfima, não importe em repreensão ao ofensor, tolhendo-se da reprimenda o caráter educador e preventivo, também ínsito a condenações desse jaez.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem evoluído no sentido de estabelecer parâmetros a nortear a fixação da compensação por danos morais, levando-se em conta, principalmente, que a reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, o qual é sempre insuscetível de restituição ao status quo ante (EREsp 1.127.913/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014).

Destacam-se os seguintes precedentes:

> a) "o dano moral e seu *quantum* deve assegurar a justa reparação do prejuízo, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade, sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu." (REsp 1.047.986/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 26/03/2009);
>
> b) "na fixação do valor da indenização por danos morais, consideram-se as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito." (REsp 747.474/RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), 4ª Turma, DJe 22/03/2010);
>
> c) "a justa indenização norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo Julgador, entre a dor suportada e a capacidade econômica de ambas as partes – além da seleção de um critério substancialmente equânime." (EREsp 1.127.913/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014).

Para além dessas ponderações, convém citar, ainda, uma interessante técnica desenvolvida pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino a partir da aplicação analógica do parágrafo único, do art. 953, do Código Civil/2002[1], por meio da qual se delineou a fixação da indenização por danos morais em duas fases, a saber:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.

1 CC/02, art. 953, parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

> [...]
>
> 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento.
>
> 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes.
>
> 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.
>
> 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002.
>
> [...]
>
> 10. Recurso especial provido. (REsp 1.152.541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 21/09/2011)

Há também uma nova perspectiva que recomenda que se pondere e se analise o comportamento do autor do ilícito diante do evento danoso (grau de culpa).

Assim pontou a Min. Isabel Galotti no julgamento do REsp Repetitivo nº 1.199.782/PR (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, DJe 12/09/2011):

> Quanto à extensão da responsabilidade, especialmente o arbitramento do valor da indenização por dano moral, entendo que se deve verificar, na análise de cada caso, de um lado, a gravidade dos danos sofridos pelas vítimas, e, de outro, a conduta do banco, diante do evento.
>
> Com efeito, o banco, diante da notícia da falsidade, pode ter tomado imediatamente uma providência para deixar de cobrar a dívida contraída pelo falsário, excluir o nome da vítima de cadastros negativos, devolver valores sacados por estelionatários, entre outras providências. Esta conduta mais ou menos diligente do banco deve ser levada em conta, para diminuir ou majorar o valor da indenização por dano moral ou, até mesmo, para afastar o dano moral, se o banco imediatamente resolver o problema da vítima.
>
> Em outros casos, todavia, o que se verifica é que o banco, mesmo sabendo da falsidade, não toma providência alguma para limpar o nome da vítima, não impede a continuidade das cobranças, ela tem que entrar com uma ação na Justiça, obter antecipação de tutela, nem sempre cumprida prontamente, e ficar anos esperando com restrições de crédito de toda ordem. Nestes casos, o valor da indenização por dano moral deve ser mais alto.

Em suma, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são: a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

Na espécie, em situações semelhantes à dos autos de prisão indevida, por algumas horas, o Superior Tribunal de Justiça tem mantido condenações que, em regra, oscilam entre R$ 10.000,00 e R$ 20.000,00 (*v.g.*, AgInt no AREsp 949.546/GO, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 19/12/2016;

AgInt no AREsp 912.832/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 18/08/2016; AgRg no AREsp 751.698/PB, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/09/2015; AgRg no AREsp 625.294/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/03/2015).

A sentença fixou a indenização em R$ 10.000,00, considerando: a capacidade econômica das partes; a flagrante ilicitude da conduta, e os efeitos negativos advindos do ilícito (f. 71).

Nesse sentido, vejo que o valor estabelecido pelo juízo *a quo* não se mostra exorbitante, muito pelo contrário, o valor fixado é o mínimo que se costuma estabelecer em hipóteses tais, não sendo, todavia, insuficiente à reparação do dano sofrido pelo autor porque certamente se levou em conta o tempo da prisão indevida (poucas horas), daí porque não vejo razão para redução do valor estabelecido pela sentença, conforme pretende o réu.

Também neste ponto, portanto, não merece provimento o recurso.

Juros e Correção Monetária

No que tange aos juros e à correção monetária, o réu-apelante requereu a aplicação da regra contida no artigo 1°-F, da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009, o qual estabelece que, "nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança".

Antes de mais nada, é preciso observar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva, no sentido de que esta regra deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> [...]
>
> 2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.
>
> 3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.
>
> 4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

> [...]
>
> 8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos. (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 02/02/2012)

O artigo 1°-F, da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009, foi, entretanto, declarado inconstitucional em parte pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido invalidadas as expressões "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" e "independentemente de sua natureza", esta última em razão de sua inaplicabilidade ao âmbito tributário (ADI 4.425, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-251 de 18/12/2013; e ADI 4.357, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-188 25/09/2014).

Interessa, para a hipótese, no que tange ao índice de correção monetária incidente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", tendo concluído o Supremo Tribunal Federal que "a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública".

Com efeito, uma vez afastada essa previsão legal, e à luz das declarações de inconstitucionalidade oriundas do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que:

A correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança, devendo em substituição ser utilizado o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística; e

Os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

Essa foi a decisão tomada no julgamento do REsp 1.270.439/PR, afetado como representativo de controvérsia repetitiva:

> [...] VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).
>
> 12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.
>
> 13. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, DJe 2.2.12).
>
> 14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

> 15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.
>
> 16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.
>
> 17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.
>
> 18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.
>
> 19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.
>
> 20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.
>
> 21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (REsp 1.270.439/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 02/08/2013)

Assim, na espécie, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do artigo 1°-F, da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009. Por se tratar de ato ilícito, incidirão desde a data do evento danoso, nos termos do art. 398, do CC/02 e Enunciado nº 54, da Súmula/STJ.

Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º, Lei nº 11.960, de 29/06/2009, deverá ser calculada com base no IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), calculado Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. Por se tratar de condenação por danos morais, esta incidirá desde a data da fixação da indenização, ou seja, desde a data da sentença, nos termos do Enunciado nº 362, da Súmula/STJ.

Recurso adesivo do autor Robson L. Ferreira

Justeza do valor fixado para a indenização por danos morais

A análise acerca da razoabilidade do valor fixado pelo Juízo *a quo* para a indenização por danos morais foi feita no item 3 supra, servindo tais fundamentos também para refutar a alegação do autor no sentido de que deveria ser elevada a condenação.

O valor fixado pela sentença atende à reparabilidade esperada para hipóteses tais, especialmente levando-se em conta que, na espécie, o autor foi privado indevidamente de sua liberdade por poucas horas, sendo, assim, justo o valor de R$ 10.000,00 estabelecido para a compensação pecuniária do abalo sofrido.

Diante do exposto, conheço o recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe parcial provimento, apenas para determinar que:

Os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do artigo 1°-F, da Lei n° 9.494, de 10/09/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29/06/2009. Por se tratar de ato ilícito, incidirão desde a data do evento danoso, nos termos do art. 398, do CC/02 e Enunciado nº 54, da Súmula/STJ;

A correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º, Lei nº 11.960, de 29/06/2009, deverá ser calculada com base no IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), calculado Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. Por se tratar de condenação por danos morais, esta incidirá desde a data da fixação da indenização, ou seja, desde a data da sentença, nos termos do Enunciado nº 362, da Súmula/STJ.

Ao seu turno, conheço o recurso adesivo interposto por Robson Lopes Ferreira mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento à apelação do estado e negaram provimento ao recurso adesivo de Robson Lopes Ferreira, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 31 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo Regimental nº 1404141-14.2016.8.12.0000/50000 - Dourados
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO INTERNO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONSIDEROU NÃO SER CABÍVEL A INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA HIPÓTESE – DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO – MATÉRIA NÃO ALBERGADA PELO ART. 1.015, DO CPC/15 – ROL TAXATIVO.

Discute-se no presente recurso o cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeitou, no curso do processo, a alegação do réu-agravante no sentido de ter ocorrido a prescrição da pretensão.

O Código de Processo Civil/2015, em contraposição ao regime então aplicável na vigência do Código de Processo Civil/1973, aboliu a recorribilidade ampla das decisões interlocutórias, então passíveis de impugnação via agravo retido ou agravo de instrumento (art. 522, CPC/73), para – numa inovação inédita – restringir a recorribilidade, na fase de conhecimento, para tão somente algumas hipóteses.

A diferença do novo regime – e aí reside a sua grande inovação – consiste no fato de que, mesmo sem a prática de ato voluntário da parte, ou seja, por força de lei (*ope legis*), não se opera a preclusão quando a questão, resolvida por decisão interlocutória na fase de conhecimento, não constar do rol de cabimento do agravo de instrumento. Isso significa que eventual lesão a direito da parte não restará infensa à impugnabilidade, pois será possível, em apelação ou contrarrazões, suscitar eventual irresignação.

Na espécie, a decisão agravada, ao rejeitar a alegação de prescrição, não versou sobre o "mérito do processo"; ao contrário, tratou tão somente de questão prejudicial de mérito, não se amoldando, portanto, a hipótese, ao disposto no inc. II, do art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015.

Assim, não cabe agravo de instrumento contra decisão que rejeita a alegação de prescrição. Inteligência dos artigos 487, inc. II, e 1.015, inc. II, do Código de Processo Civil/2015.

Agravo interno 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, 10 de maio de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo interno interposto pela Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A. contra decisão monocrática proferida em agravo de instrumento.

Ação de cobrança do seguro DPVAT ajuizada pela autora-agravada contra a ré-agravante, e por meio da qual pede a condenação desta ao pagamento de indenização em razão de lesão sofrida em acidente automobilístico (f. 60-64, do agravo de instrumento).

Decisão interlocutória rejeitou a alegação de prescrição sob o argumento de que a contagem do prazo prescricional, em casos de seguros DPVAT, só tem início a partir da data do laudo que comprovar de forma inequívoca a invalidez da vítima (f. 156-161, do agravo de instrumento).

Agravo de instrumento sustenta-se, em suma, que está caracterizada a prescrição da pretensão, tendo em vista que decorreu mais de três (3) anos entre o sinistro (30/11/2006) e a propositura da ação (05/09/2011) - (f. 01-11, do agravo de instrumento).

Decisão monocrática do relator não conheceu o agravo de instrumento, sob o fundamento de que a decisão agravada não se enquadra no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015 (f. 167-172, do agravo de instrumento).

Agravo interno insurge-se a ré-agravante contra o não conhecimento de seu agravo de instrumento, sustentando ser o afastamento da prescrição uma decisão de mérito, de modo que seu recurso amoldar-se-ia à hipótese do art. 1.015, inc. II, do Código de Processo Civil/2015, devendo, assim, ser recebido e processado, a fim de que se reconheça o transcurso do prazo prescricional (f. 01-13).

Contrarrazões não foram apresentadas (f. 19).

VOTO (EM 29/03/2017)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (Relator)

Discute-se no presente recurso o cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeitou, no curso do processo, a alegação do réu-agravante no sentido de ter ocorrido a prescrição da pretensão.

Direito intertemporal – Lei processual aplicável

Registro que a decisão interlocutória agravada foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 06/04/2016 (f. 161), tendo ocorrido a respectiva publicação em 11/04/2016 (f. 163), enquanto que o agravo de instrumento foi interposto – tempestivamente – em 26/04/2016 (f. 01-11).

Como se vê, todos estes atos foram praticados já 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).

Portanto, vale frisar: embora se deva respeitar eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15), no que tange às regras de cabimento e admissibilidade, não há dúvidas de que o presente agravo de instrumento está integralmente

submetido ao novo regime processual, razão pela qual passa-se a apreciar a adequação do presente recurso sob a ótica exclusiva do disposto no Código de Processo Civil/2015.

Mens Legis do art. 1.015, do CPC/15

A reconhecida controvérsia existente acerca da interpretação do art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015, diante da inovação trazida pelo novo regime, no sentido de prever, para a fase de conhecimento, um rol de hipóteses passíveis de interposição de agravo de instrumento, recomenda que se façam alguns comentários prévios acerca da extensão e alcance que podem ser dados ao dispositivo, em razão de sua exegese.

A primeira premissa que estabeleço, para chegar a uma conclusão segura e que guarde relação de pertinência com a gênese idealizada na elaboração do novo Código de Processo Civil/2015, é a de que, ao intérprete, especialmente no âmbito do Poder Judiciário, não é dado inovar no sistema normativo legal quando se exerce mera atividade interpretativa – com o que não se confunde a atividade integrativa, exercida na hipótese de omissão legislativa –, a despeito da possibilidade – diversa –, e também conhecida, de se criarem normas jurídicas (fonte do direito) a partir do julgamento de casos concretos.

Mas a criação, ou inovação, que se pretende aqui evitar é, não aquela que impõe avanços ou uma roupagem constitucional à norma jurídica ordinária, mas sim a que, contrariando o texto expresso da lei, lhe retira eficácia e a inviabiliza, segundo os fins para os quais foi idealizada, ensejando verdadeiro ativismo, em contrariedade à organicidade – harmonia e independência – concebida para os Poderes da República (art. 2º, CF/88).

Conforme lembra Carlos Maximiliano, o trabalho do intérprete "não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouro de ideias, latentes até aquele dia." (Hermenêutica e aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 20ª ed., pág. 12).

Com lastro nessa concepção, enfatizo que o Código de Processo Civil/2015, em contraposição ao regime então aplicável na vigência do Código de Processo Civil/1973, aboliu a recorribilidade ampla das decisões interlocutórias, então passíveis de impugnação via agravo retido ou agravo de instrumento (art. 522, CPC/73), para – numa inovação inédita – restringir a recorribilidade, na fase de conhecimento, para tão somente algumas hipóteses.

A mudança de paradigma é evidente, na medida em que o novo Código, de forma bastante corajosa, extinguiu o agravo retido e limitou o cabimento do agravo de instrumento, antes cabível contra qualquer decisão "suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação", às taxativas hipóteses elencadas no art. 1.015.

Para além disso, o Código de Processo Civil/2015, adotando o regime de preclusão que vigora com sucesso desde 1995 nos Juizados Especiais Cíveis – e sem notícia de criação de graves danos processuais desde então –, estabeleceu que "as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão", devendo, assim, serem "suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões" (art. 1.009, § 1º, CPC/15).

Essa interessante fórmula, que reescreve por completo a história da impugnabilidade das decisões interlocutórias no processo civil brasileiro, parece ter origem, a par de suas características inovadoras, no vetusto Código de Processo Civil/1939, no qual também não se previa recorribilidade ampla para as decisões interlocutórias – *ex vi* do disposto em seu art. 842 –, embora se previsse, em contrapartida, a

possibilidade de interposição do chamado agravo no auto do processo (art. 851), para evitar que se operasse a preclusão relativamente a determinadas questões resolvidas por decisão interlocutória (solução dada, atualmente, pelo citado art. 1.009, § 1º, CPC/15).

A diferença do novo regime – e aí reside a sua grande inovação – consiste no fato de que, mesmo sem a prática de ato voluntário da parte, ou seja, por força de lei (*ope legis*), não se opera a preclusão quando a questão, resolvida por decisão interlocutória na fase de conhecimento, não constar do rol de cabimento do agravo de instrumento[1].

Isso significa que eventual lesão a direito da parte não restará infensa à impugnabilidade, pois será possível, em apelação ou contrarrazões, suscitar eventual irresignação.

Mas, ainda assim, é bom que se observe que o acolhimento da insurgência ficará condicionado: à possibilidade de resultado meritório desfavorável – já que do contrário, a resolução de mérito deve ser prestigiada, *ex vi* do art. 282, § 2º, CPC/15; e/ou à constatação de que o "erro de forma" acarretou efetivo prejuízo à parte; vale dizer, se eventual equivoco procedimental não puder ser convalidado (art. 283, CPC/15).

Como se vê, houve uma clara escolha por um sistema de riscos calculados, o qual, na tônica da simplificação, aposta na racionalidade do processo como medida para se alcançar mais rapidamente uma solução de mérito.

A exposição de motivos do novo código não deixa dúvidas acerca da clara e manifesta escolha do legislador por um sistema simplificado, que visa a um rendimento mais eficaz do processo:

> Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.
>
> Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no Código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo.
>
> [...]
>
> Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.
>
> [...]

1 Isso sem prejuízo, frise-se, nas hipóteses de possível ocorrência de nulidade, de se exigir o chamado "protesto de nulidade", previsto no art. 278, Código de Processo Civil/2015, no intuito de se prestigiar o diálogo das partes com o Juiz, e de impedir que se "guarde" a nulidade para o futuro.

> Bastante simplificado foi o sistema recursal. Essa simplificação, todavia, em momento algum significou restrição ao direito de defesa. Em vez disso deu, de acordo com o objetivo tratado no item seguinte, maior rendimento a cada processo individualmente considerado.
>
> Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatamente, alterado-se o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Com o novo regime, o momento do julgamento será o mesmo; não o da impugnação.
>
> [...]
>
> Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está, aqui, aludindo, proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo, do que abaixo se tratará: obter-se o maior rendimento possível de cada processo.

A reformulação do subsistema recursal, como se vê, consistiu em uma baliza central dos trabalhos de reforma, no intuito de se simplificar o processo.

Destacam-se três destes objetivos centrais a criação de condições para que o juiz possa proferir decisão "de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa"; a "simplificação" do sistema, a fim de se "resolverem problemas", reduzindo-se, assim, a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o próprio subsistema recursal, e a impressão de "maior grau de organicidade ao sistema", dando-lhe, assim, "mais coesão".

A atenção e o prestígio dados ao Juiz de primeiro grau, pelo Código de Processo Civil/2015, são sinalizadores importantes do que se pensou para o regime dos recursos, e não é por acaso que a colaboração processual (art. 6º) é um dos princípios norteadores do novo Código: se se quer um processo capaz de obter todo rendimento possível, visando à solução de problemas, com primazia do juízo de mérito (art. 4º), há que se ter a coragem e o desprendimento de se reconhecer que não será possível devolver ao segundo grau, a todo momento, questões decididas pelo Juiz no curso do processo.

As questões mais relevantes estão contempladas no rol do art. 1.015, em previsões esparsas no próprio Código (v.g., art. 354, parágrafo único, art. 356, **§** 5º, art. 1.037, **§** 13, inc. I) ou mesmo na legislação extravagante (v.g., artigos 17, 59, **§** 2º, e 100, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005 – Lei de Falência e Recuperação Judicial; art. 17, § 10, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 – Lei de Improbidade Administrativa; art. 7º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009 – Lei do Mandado de Segurança), não havendo, assim, razão para uma preocupação exacerbada quanto a eventual lesão irreparável a direito das partes, mesmo porque, nas limitadas hipóteses de flagrante ilegalidade ou de manifesta teratologia sempre haverá possibilidade de manejo excepcional de mandado de segurança ou mesmo – e porque não – de se abordar o próprio Juiz quanto aos possíveis efeitos deletérios de sua decisão.

Não existisse a salvaguarda conferida pelo art. 1.009, **§** 1º, Código de Processo Civil/2015, não haveria mesmo outro caminho à parte senão o de interpor imediatamente o agravo de instrumento, especialmente quando se tem em mente que, pelas regras do regime anterior, eventual pedido de reconsideração não interrompia o prazo recursal, circunstância que desestimulava, por completo, qualquer tentativa de diálogo das partes com o Juiz; realidade esta, todavia, que o novo Código impõe, expressamente, que se modifique.

Esta é a proposta do novo regime: diálogo, cooperação, simplificação, tudo para que se dê primazia ao juízo de mérito; e, para que isso seja possível em tempo razoável, como exige o art. 4º, só existe um

caminho; qual seja: a redução drástica das intercorrências – especialmente as recursais, que, não raro, ascendem aos Tribunais Superiores – verificadas no curso do processo, sobretudo na fase de conhecimento.

E não há, como receiam alguns, risco de uma "enxurrada" de mandados de segurança, pois diante do disposto no art. 1.009, § 1º, haverá recurso cabível, e momento oportuno – apelação –, para a impugnação da questão que não comportou interposição de agravo de instrumento, não sendo possível, assim, o manejo da ação mandamental, diante do disposto no art. 5º, inc. II, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009 (Lei do Mandado de Segurança) – sem embargo à ressalva quanto às hipóteses de flagrante ilegalidade ou manifesta teratologia, que sempre foram passíveis de impetração de *writ*, mesmo no regime do Código de Processo Civil/1973, e que não representam, deveras, número significativo, haja vista sua pequena ocorrência após decorrido já mais de um ano de vigência do Código de Processo Civil/2015.

A propósito, conforme anota Alexandre Freitas Câmara, "a afirmação de que certa decisão interlocutória não é agravável não implica dizer que é ela irrecorrível. Contra as decisões interlocutórias não agraváveis será admissível a interposição de apelação" (O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2016, pg. 522).

Também não se vislumbra risco de violação à isonomia, relativamente a hipóteses semelhantes, ou idênticas em sua gênese, àquelas previstas no rol do art. 1.015, pois, exatamente para salvaguardar que não haja qualquer tipo de tratamento não isonômico, a doutrina já tem se antecipado em dizer que, a par da taxatividade do rol legal, não se exclui a possibilidade de alguma extensão de seu alcance, com base em justificadas situações que comportem interpretação extensiva, sem que isso importe contraposição à ideia de taxatividade.

Nesse sentido, ponderam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

> As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos.
>
> [...]
>
> Há um exemplo histórico, [...] relacionado ao Direito Processual Civil, que serve para confirmar que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva.
>
> As hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas – não há sequer discussão a respeito do assunto na doutrina.
>
> O inciso VIII do art. 485 do CPC-1973 prevê a ação rescisória para o caso de haver razão para invalidar confissão, desistência ou transação em que se baseava a sentença rescindenda. Não obstante isso, a doutrina estendia essa hipótese de cabimento para os casos de reconhecimento da procedência do pedido, não previsto expressamente, além de corrigir a referência à desistência, que deveria ser lida como renúncia ao direito sobre o que se funda a ação. O entendimento é unânime. [...] São situações semelhantes, que se aproximam e merecem a mesma solução normativa. (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 13ª ed., 2016, pg. 211)

Também sobre a utilização da isonomia como critério balizador de eventual interpretação extensiva, discorre Daniel Amorim Assumpção Neves:

> [...] a melhor doutrina vem defendendo uma interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com utilização de raciocínio analógico para tornar recorrível por agravo de instrumento decisões interlocutórias que não estão expressamente prevista no rol legal. Desde que se mantenham a razão de ser das previsões legais, sem generalizações indevidas, parece ser uma boa solução.

> [...]
>
> Uma forma aparentemente segura de interpretação analógica é exigir que as hipóteses de cabimento respeitem o princípio da isonomia [...]. (Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2016, 8ª edição, pg. 1.561)

E sem pretender esgotar o assunto, observo o quão é importante – neste momento inicial de consolidação das regras do novo regime inaugurado pelo CPC/15 – que observemos, sem concepções pré-estabelecidas e desvestidos das naturais resistências que se criam em momentos de inovação, que o sistema processual atualmente vigente é – finalmente – coeso, tendo sido pensado em sua inteireza, a permitir que o processo trilhe seu caminho nas variadas instâncias do Poder Judiciário de forma mais racional e, se possível, de modo mais célere, atendendo, assim, a sua única finalidade: a resolução de conflitos.

Nesse sentido, invoco novamente a exposição de motivos do Código de Processo Civil/2015, para registrar que a coesão e a funcionalidade do sistema foram consideradas pela Comissão que elaborou o Anteprojeto do Novo Código também como balizas centrais, sendo bastante temerário, portanto, que se faça, de forma isolada e dissociada de um contexto geral, qualquer modificação pontual das regras estabelecidas, seja no intuito abrandá-las; seja de alargá-las excessivamente, ou mesmo para restringi-las sem razão de ser, *verbis*:

> Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.
>
> Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.
>
> Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.
>
> A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.
>
> O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma conseqüência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.
>
> Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.
>
> [...]
>
> Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica. Isso

> ocorreu, por exemplo, no que diz respeito à complexidade do sistema recursal existente na lei revogada. Se o sistema recursal, que havia no código revogado em sua versão originária, era consideravelmente mais simples que o anterior, depois das sucessivas reformas pontuais que ocorreram, se tornou, inegavelmente, muito mais complexo.
>
> Não se deixou de lado, é claro, a necessidade de se construir um código coerente e harmônico *interna corporis*, mas não se cultivou a obsessão em elaborar uma obra magistral, estética e tecnicamente perfeita, em detrimento de sua funcionalidade.
>
> De fato, essa *é* uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo.
>
> A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios Constitucionais.
>
> [...]
>
> A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.
>
> [...]
>
> A Comissão trabalhou sempre tendo como pano de fundo um objetivo genérico, que foi de imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema. [...].”
>
> (Exposição de Motivos – CPC/15)

Assim, concluo este tópico, observando que a nova regra trazida pelo art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil/2015, permite que se tenha a tranquilidade de aplicar na prática a limitação de cabimento do agravo de instrumento, especificamente na fase de conhecimento – pois nas demais a recorribilidade é ampla (art. 1.015, parágrafo único) –, ante a possibilidade de se remeter para um eventual momento futuro, sem maiores riscos à higidez do processo, a impugnabilidade da questão discutida.

Evidentemente que todas as dúvidas e indagações não serão respondidas neste primeiro momento, mas acredito que a aplicação pontual da técnica da interpretação extensiva resolverá os problemas surgidos no cotidiano forense, até mesmo porque não se olvida o quão criativas e inovadoras têm sido a jurisprudência e a doutrina pátrias.

Cabimento de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeita alegação de prescrição

Na espécie, foi interposto recurso pela parte ré contra a decisão do Juízo *a quo* que rejeitou a alegação de prescrição aviada na contestação, tendo a decisão monocrática de f. 167-172 negado seguimento ao presente agravo de instrumento, sob o argumento de que a hipótese não se amolda a nenhuma das situações previstas no art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015.

Embora discorra o recorrente quanto à possível aplicação do inciso II, do art. 1.015, é certo que, na hipótese, a decisão agravada não versou sobre o “mérito do processo”; ao contrário, tratou de questão prejudicial de mérito[2], qual seja, a prescrição.

2 v.g., AgRg no REsp 1.171.244/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 11/10/2010.

Aliás, valendo-me das pertinentes colocações do 2º Vogal, o Des. Vilson Bertelli, faço aqui um parênteses: há uma crítica doutrinária[3] quanto a técnica costumeira de se refutar a alegação de prescrição por meio de decisão interlocutória, na medida em que tal defesa integraria, segundo a concepção italiana, o mérito do processo.

Contudo, no direito brasileiro, mesmo no CPC/73, nunca houve essa equiparação das "preliminares de mérito" com o próprio mérito, muito embora seja corriqueiro que, para tanto, se utilize, tanto na doutrina como na jurisprudência, do conceito de prejudicial de mérito, a qual, em verdade, representa uma defesa indireta de mérito.

Assim explica Cândido Rangel Dinamarco:

> Basicamente, pode-se dizer que nos fundamentos da sentença vêm à tona as questões resultantes da controvérsia formada entre a *causa petendi* apresentada na demanda e a *causa excipiendi* que a resposta trouxe.
>
> [...]
>
> A colocação de Garbagnati é merecedora das mesmas reservas que as precedentes. Ele define o mérito como 'grupo de questões relativas ao fato constitutivo do direito invocado processualmente pelo autor e a escolha e interpretação das normas jurídicas que lhe serão aplicadas'. Essa definição mereceu também severas críticas da melhor doutrina pelo fato de haver colocado no mérito apenas as questões relativas aos fatos constitutivos. Foi alegado contra ela, em primeiro lugar, que a lei italiana incluiu no mérito as chamadas preliminares de mérito (c.p.c., arts. 41, 187, 277, 279); a lei brasileira não o faz expressamente, mas em doutrina e na linguagem dos tribunais é comum falar nessas preliminares, ou em prejudiciais de mérito, em alusão às questões sobre a prescrição, vícios de consentimento etc." (Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Malheiros, 2010, 6ª edição, pg. 309-301)

A propósito:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO DE CRUZEIRO REAL PARA URV. DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, APÓS ACOLHER A PRESCRIÇÃO DO PRÓPRIO DIREITO DE AÇÃO, PASSA AO EXAME DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. MANIFESTAÇÃO QUE SE CARACTERIZA COMO MERO *OBITER DICTUM*. DESNECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA, NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 283/STF. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> III. O acolhimento da tese de prescrição do direito de ação dispensa o exame do mérito propriamente dito, por se tratar de questão prejudicial ao pedido do autor, pois inviabiliza a obtenção da eficácia jurídica pretendida, ou, em outros termos, acolhida a prescrição, desaparece o próprio direito subjetivo pleiteado pelo autor. Sobre o tema, confira-se a doutrina de Fredie Didier Jr. (*in* "Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento". V. 1, 10ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 545), Alexandre Freitas Câmara (*in* "Lições de Direito Processual Civil". Vol. I, 9ª ed., rev. e atual. segundo o Código Civil de 2002, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 311-312) e Luis Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (*in* "Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento". V. 1, 15ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 406-407 e 688).

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo : Malheiros, 2003, 3ª edição, pg. 671.

> [...]
>
> VI. Agravo Regimental improvido." (AgRg no REsp 1.412.478/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/09/2015)

De qualquer forma, embora a decisão agravada tenha tratado de prescrição, é certo que, por ter sido esta alegação afastada, não é cabível o agravo de instrumento, com base no inc. II, do art. 1.015.

Primeiro, porque, consoante ressaltado, tecnicamente, a matéria relativa à prescrição não integra o mérito do processo (a lide, propriamente dita, conforme o conceito de mérito utilizado pela Exposição de Motivos do CPC/73, com inspiração em Carnelutti), e, por isso, a hipótese não poderia se amoldar ao disposto no inc. II, do art. 1.015.

Segundo, porque somente na hipótese de "ocorrência de prescrição" – ou seja, apenas quando esta é reconhecida – é que se atribui à respectiva decisão a qualidade de ter havido resolução de mérito, muito embora, a bem da verdade, também nessa situação não se enfrente o mérito propriamente dito.

É o que se vê da redação do art. 487, inc. II, do Código de Processo Civil/2015, *verbis*:

> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
>
> [...]
>
> II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Importante perceber que, mesmo quando eventualmente se reconheça, em hipótese diversa da dos autos, a prescrição de parte da pretensão (decisão parcial de mérito), também assim não seria aplicável o inc. II, do art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015, para subsidiar o cabimento do agravo de instrumento.

Isso porque, a par do atributo conferido a tal decisão – no sentido de se operar "resolução de mérito" para se permitir a formação de coisa julgada –, o mérito propriamente dito, também nesta hipótese, não seria enfrentado, sendo cabível o agravo de instrumento, nessa situação, apenas porque o parágrafo único, do art. 354, do Código de Processo Civil/2015, assim autoriza, e não pela incidência do art. 1.015, inc. II.

Veja-se:

> Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.
>
> Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

A propósito, nessa hipótese, o art. 1.015 seria aplicado por força de seu inc. XIII, o qual prevê o cabimento de agravo de instrumento em "outros casos expressamente referidos em lei", e não, repito, com base na hipótese do inc. II.

O entendimento aqui esposado encontra amparo em precedentes recentes de outros Tribunais de Justiça, *verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSÓRCIOS. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO.
>
> As hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento foram previstas taxativamente pelo legislador no art. 1.015 do NCPC . Decisão recorrida (que rejeitou a alegação de decadência) não se encontra elencada no referido dispositivo.

> Apenas a decisão que acolhe a alegação de prescrição ou decadência, pondo fim definitivo a um dos pedidos (sentença parcial ou decisão interlocutória de mérito - arts. 354 e 356 combinados com o art. 487 , I e II, do NCPC), é suscetível de interposição de agravo de instrumento. Recurso não Conhecido. (TJ/RS, Agravo de Instrumento nº 70070394572, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Judith dos Santos Mottecy, 27/10/2016)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Saneamento processual. Rejeição de tese prescricional e indeferimento da abertura da dilação probatória. Sistemática recursal que restabelece a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Ato decisório não previsto no rol taxativo do art. 1015, NCPC. Inexistência, ainda, de previsão específica na seção especificamente afeta ao saneamento e à organização do processo (art. 357, NCPC). Descabimento, pois, dessa modalidade recursal. Recurso não conhecido. (TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2082596-51.2016.8.26.0000, Rel. Des. Beretta Da Silveira, 29/04/2016)

Assim, diante do quanto exposto alhures, embora a decisão agravada não admita a interposição de agravo de instrumento, a matéria alegada não está acobertada pela preclusão, tendo em vista que o agravante poderá rediscuti-la em sede preliminar, em eventual recurso de apelação, ou mesmo em contrarrazões, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil/2015.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pela Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro Dpvat S/A mas nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Marcos José de Brito Rodrigues), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 10/05/2017)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento de agravo regimental interposto pela Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, nos autos de cobrança de seguro DPVAT, de nº 1404141-14.2016.8.12.0000, em que contende com Veranice Belgaro Cristaldo.

Segundo a decisão monocrática do i. Relator, que não conheceu do recurso, nos termos do art. 932, inc. III, do Código de Processo Civil/2015, incumbe ao relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, portanto, considerando o rol taxativo das decisões interlocutórias possíveis de serem agravadas, constante do art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015, somente é admissível o recurso de agravo de instrumento, em se tratando de processo de conhecimento, nas hipóteses dos seus incisos I a XI.

Concluiu, portanto, que a decisão de primeira instância objeto do instrumento, referente a prescrição, não está inserida em nenhuma das hipóteses previstas nos incisos do art. 1.015, do Código de Processo Civil/2015, não sendo, portanto, cabível sua apresentação.

Em sede de agravo interno, o seu voto reitera a impossibilidade de apresentação do recurso por ausência de previsão legal e pontua que "As questões mais relevantes estão contempladas no rol do art. 1.015, em previsões esparsas no próprio Código (v.g., art. 354, parágrafo único, art. 356, § 5º, art. 1.037, § 13, inc. I) ou mesmo na legislação extravagante (v.g., artigos 17, 59, § 2º, e 100, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005 – Lei de Falência e Recuperação Judicial; art. 17, § 10, Lei nº 8.429, de 02/06/1992 – Lei de Improbidade Administrativa; art. 7º, § 1º, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009 – Lei do Mandado de Segurança), não havendo, assim, razão para uma preocupação exacerbada quanto a eventual lesão irreparável a direito

das partes, mesmo porque, nas limitadas hipóteses de flagrante ilegalidade ou de manifesta teratologia sempre haverá possibilidade de manejo excepcional de mandado de segurança ou mesmo – e porque não – de se abordar o próprio Juiz quanto aos possíveis efeitos deletérios de sua decisão".

Destaca-se, ainda, que o fato de não ser agravável não a torna irrecorrível, sendo possível enfrentar a matéria em sede de apelação, nos moldes do art. 1.009, do CPC. Assim, não obstante o recorrente compreenda ser possível aplicação do inciso II, do art. 1.015, conclui que a decisão agravada não versou sobre o "mérito do processo"; ao contrário, tratou de questão prejudicial de mérito, qual seja, a prescrição.

Pois bem, compreendo necessário transcrever os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil:

> (...) Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.
>
> Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento. (...)
>
> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
>
> I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
>
> II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
>
> III - homologar:
>
> a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
>
> b) a transação;
>
> c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
>
> Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se. (...)
>
> Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.
>
> § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.
>
> § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.
>
> § 3º O disposto no *caput* deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrarem capítulo da sentença. (...)
>
> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos *à* execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
>
> XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Sem dúvida o art. 1.015, do CPC, de modo algum transmite a possibilidade de lançar mão do agravo de instrumento fora dos casos previstos em seus incisos e em lei ("XIII - outros casos expressamente referidos em lei.").

Ainda que se argumento acerca da aplicação do art. 354, do CPC, claramente se observa a predileção do legislador de permitir a via recursal se existir uma decisão em primeiro grau acolhendo parcela da pretensão da parte dentro dos casos elencados no art. 485 e 487, incisos II e III, para possibilitar o agravo de instrumento. Isto porque, estar-se-ia diante de parte do processo interrompida e acabada, portanto, passível de ser revista em recurso e, com tramitação célere, suscetível de retornar ao feito de origem com aresto confirmando, ou não, a decisão da origem. Em caso de reforma, inclusive, seria possível aproveitar a instrução na instância singela para produzir provas em relação a fração do direito então afastado.

Porém, como se denota, esta hipóteses são restritas e isto não implica em impedir a interposição de recurso, mas mera postergação da matéria para momento ulterior, ou seja, na apelação respeitando-se os princípios do duplo grau de jurisdição e ampla defesa, pois resta claramente na norma processual que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões art. 1.009, § 1º, do CPC).

Outrossim, mesmo que parte da doutrina e os juristas vislumbrem que esta opção do legislador de 2015 de afastar a preclusão vá abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz, a utilização desta ação para impugnar vem sendo pouco usada até o momento, decorrido pouco mais de um ano da vigência do atual código de processo civil.

Diante do exposto, acompanho o i. relator para negar provimento ao agravo interno.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 10 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1412143-70.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS (ITCD) – TRANSMISSÃO DE QUOTAS SOCIETÁRIAS – BASE DE CÁLCULO – PATRIMÔNIO LÍQUIDO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA.

Cinge-se a controvérsia a se determinar a base de cálculo de incidência do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCD), na hipótese de transmissão *causa mortis* de quotas societárias titularizadas pelo *de cujus* até a data do óbito.

Eventual incidência de imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCD) sobre a transmissão da titularidade de quotas de uma pessoa jurídica deve levar em consideração o fato de que o valor do capital social corresponde ao patrimônio total, excluídas as obrigações assumidas pela sociedade.

Como consequência, o valor patrimonial, base de cálculo do ITCD, não será necessariamente igual ao valor nominal do capital social da sociedade, podendo ser maior ou menor, a depender do patrimônio líquido da sociedade, e o cálculo do imposto variará em função dessa equação.

Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Sucessões de Campo Grande nos autos do inventário dos bens deixados por Jaime Teopisto Barbosa Abath. Foi indeferido o requerimento formulado pelo recorrente, cujo objetivo era a determinação para que o imposto de transmissão *causa mortis* incidisse sobre os bens inventariados e não sobre o valor estático das cotas sociais da empresa. Houve, ainda, determinação de avaliação judicial de todos os bens do espólio, notadamente os que integralizam o capital social da empresa arrolada.

Sustenta incidir o ITCD sobre o valor venal dos bens inventariados, nos termos do artigo 38 do Código Tributário Nacional. Afirma possuir a empresa imóveis e outros bens que devem integrar o valor da base de cálculo do imposto, sob pena de enriquecimento sem causa dos herdeiros e da inventariante.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 43/44).

A parte agravada manifestou-se às f. 47/57.

VOTO (EM 14/12/2016)

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento que Estado de Mato Grosso do Sul interpõe contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Sucessões de Campo Grande, nos autos do inventário dos bens deixados por Jaime Teopisto Barbosa Abath. Foi indeferido o requerimento formulado pelo recorrente, cujo objetivo era a determinação para que o imposto de transmissão *causa mortis* incidisse sobre os bens inventariados e não sobre o valor estático das cotas sociais da empresa. Houve, ainda, determinação de avaliação judicial de todos os bens do espólio, notadamente os que integralizam o capital social da empresa arrolada.

O recorrente sustenta incidir o ITCD sobre o valor venal dos bens inventariados, nos termos do artigo 38 do Código Tributário Nacional. Afirma que a empresa possui imóveis e outros bens que devem integrar o valor da base de cálculo do imposto, sob pena de enriquecimento sem causa dos herdeiros e da inventariante.

Reconhecidamente, a decisão deve ser reformada.

O imposto devido sobre a transferênci*a causa mortis* da empresa, da qual o *de cujus* detinha a maioria das cotas, deve refletir o valor dos bens que integram o capital social e não o valor estático das cotas sociais. Caso contrário, o imposto incidiria sobre valores arbitrariamente fixados pelo contribuinte, em detrimento dos critérios objetivos fixados em lei, a serem observados indistintamente por todos aqueles que devem o tributo.

Conforme art. 38 do Código Tributário Nacional, a base de cálculo do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. Representará o valor de mercado do bem objeto da transmissão, não devendo superá-lo.

O cálculo é feito sobre o valor dos bens na data da avaliação, observada a alíquota vigente na data da abertura da sucessão.

Por outro lado, o termo cota indica a contribuição de bens dos sócios para a formação do patrimônio social (capital social), com a finalidade de viabilizar economicamente a sociedade e a realização de seu objeto social (Finkelstein, Maria Eugência, Coordenadora – Direito Empresarial, Volume 1, Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos, editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 475/476).

A sociedade por cotas de responsabilidade limitada é formada pelas contribuições individuais de cada sócio, as quais, somadas, vão compor o capital social. Ademais, a integralização significa o efetivo pagamento das cotas subscritas, de modo que integralizar é realizar o capital social.

Na hipótese, o parágrafo segundo, da Cláusula Quinta, do contrato social da empresa Agropecuária 51 Ltda, estabelece que a sócia Feliciana Barbosa Abath integraliza (no presente do indicativo - e não integralizará), o seu capital social com: parte da Fazenda Tereré, com área de 3.649,2105 hectares; Fazenda

Guarani, com área remanescente de 1.000 hectares; parte da Fazenda Cacimba de Pedras, com área de 337,9943 hectares; e apartamento 200, do Edifício Beverly Hills e garagens números 02, 02-A e 02- B, nesta capital.

Os herdeiros afirmam que a Sociedade Agropecuária 51 Ltda. não possui nenhum patrimônio, pois os imóveis ainda não foram incorporados, diante de pendência da regularização do Georreferenciamento. Aduzem, por este fato, no balanço patrimonial que foi anexado aos autos do processo de origem (f. 218/219) não consta relação de bens, já que a sociedade possui capital a integralizar.

Como se vê, os agravados assumem que as Fazendas pertencem à sociedade, bem como que foram excluídas do balanço patrimonial. Contudo, ao contrário do que alegam, houve sim a integralização de tais bens ao capital social. Isso porque se opera a transferência dos bens com a simples tradição (efetiva entrega) para compor o patrimônio da empresa.

Ou seja, não é necessária a escritura pública para incorporação do bem. Tal ato pode ocorrer no próprio instrumento particular do Contrato Social ou alteração, desde que constem todos os elementos, como: descrição, identificação, área, dados da titularidade e da matrícula imobiliária do imóvel, objeto da incorporação e a anuência do outro cônjuge, quando for o caso; em síntese, o mesmo que seria necessário para uma escritura pública.

Ainda que os imóveis acima mencionados não tenham sido registrados no nome da empresa, constam no contrato social como integralizados ao capital social e foram efetivamente transferidos. Nesse sentido, há prova de que a Agropecuária 51 Ltda. vem administrando tais propriedades rurais como sendo de sua propriedade (f. 253/255 dos autos do processo de origem n. 0808486-69.2016.8.12.0001).

Portanto, diante da preponderância do valor real da herança, os bens do capital social integralizados, independentemente de registro, devem ser utilizados na base de cálculo.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, para reformar a decisão e declarar que o ITCMD incida sobre o valor real dos bens do patrimônio social e não sobre o valor estático das cotas sociais da empresa. Consequentemente, determino a avaliação judicial de todos os bens que integralizam o capital social da empresa arrolada (Agropecuária 51 Ltda.).

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

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Alexandre), após o relator e o 1º vogal darem provimento ao recurso.

VOTO (EM 22/02/2017)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (2º Vogal)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de decisão interlocutória proferida pelo juízo da vara de sucessões de Campo Grande nos autos do inventário dos bens deixados por Jaime Teopisto Barbosa Abath.

O magistrado de 1º grau, em sua decisão interlocutória, indeferiu o pedido de avaliação de bens feito pelo agravante e determinou o recolhimento do ITCD sobre as cotas do capital social da empresa Agropecuária 51 Ltda, ao argumento de que a integralização de bens ao capital social da empresa somente

ocorre com a sua efetiva transferência e que, no caso, por se tratarem de bens imóveis, a integralização de bens somente se dá com o devido registro no cartório de registro de imóveis competente.

Justifico, nesta oportunidade, a interrupção do julgamento pelo pedido de vistas, por se tratar de matéria que merece maior aprofundamento.

Cumpre lembrar que o relator deste agravo votou pela reforma da decisão, ao argumento de que o imposto devido sobre a transferência *causa mortis* da empresa, da qual o *de cujus* detinha a maioria das cotas, deveria incidir sobre o valor dos bens que integram o capital social e não sobre o valor estático das cotas sociais.

Após análise pormenorizada da matéria devolvida a este Tribunal peço vênia para divergir do voto proferido pelo relator, em virtude dos motivos a seguir expostos.

Pois bem. O ITCD é o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer bens ou direitos. Está previsto no art. 155, I da Constituição e nos artigos 35 e seguintes do Código Tributário Nacional.

Certo é que o ITCD deve incidir sobre a transferência de propriedade de bens ou direitos quando da morte de um indivíduo a seu respectivo herdeiro ou legatário.

Acerca da base de Cálculo do ITCD, leciona o professor Hugo de Brito Machado:

> A base de cálculo desse imposto há de ser fixada pela lei da entidade competente para instituir o tributo. Deve ser, em princípio, o valor de mercado do bem objeto da transmissão. Pode ser menor. Não pode ser maior, posto que se estaria atingindo riqueza outra que não o próprio bem transmitido. Nas leis estaduais em geral verifica-se a natural preocupação do legislador em evitar a evasão do tributo. São, todavia, inválidas na medida em que levem a uma tributação incidente sobre riquezas outras que não sejam os próprios bens transmitidos (...)[1].

Ainda sobre a base de cálculo do ITCD, assim dispõe o artigo 38 CTN: "A base de cálculo do imposto *é* o valor venal dos bens ou direitos transmitidos."

Neste sentido, sabendo que os bens transmitidos no caso concreto são as cotas da empresa Agropecuária 51 Ltda, certo é que sob o valor destas é que deve a incidir a alíquota do ITCD, valor este que consta no contrato à f. 95 dos autos.

Logo, é inconcebível que esta Corte admitida que o ITCD incida sobre bens que sequer foram inventariados, devendo incidir o ITCD sobre as cotas da empresa Agropecuária 51 Ltda, que é o que foi efetivamente transmitido para os herdeiros. Caso contrário, haveria ofensa ao disposto no artigo 38 CTN, conforme transcrito acima.

Destarte, é indubitável que os bens transmitidos aos herdeiros são, na realidade, as próprias cotas sociais da empresa Agropecuária 51 Ltda.

Tanto é que a própria legislação estadual (lei 1.810/97), alterada pela lei 3.477/07, ao regulamentar a aplicação do ITCD, prevê a possibilidade da transferência de cotas sociais e a classifica como bem passível de incidência do ITCD, não incidindo este sobre bens que possam pertencer à sociedade. Veja-se:

> Art. 121. O imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer bens ou direitos-ITCD incide sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.

1 Machado, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 37ª ed. Re.,atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul-Av. Mato Grosso, Bloco 13, Parque dos Poderes, 79031-902, Campo Grande/MS, (67) 3314-1300.

> (...)
>
> § 2º Entende-se como quaisquer bens ou direitos, os bens imóveis e os direitos a ele relativos, os móveis, tais como, os semoventes, mercadorias e qualquer parcela do patrimônio que for passível de mercancia ou de transmissão, mesmo que representados por títulos, ações, quotas.

Portanto, tendo a própria lei Estadual já disciplinado a possibilidade da transferência de quotas empresariais, não poderia este Tribunal agir de modo diverso e considerar como base de cálculo para a incidência do ITCD, os bens pertencentes à empresa.

Nesse diapasão, não resta dúvida que a base de cálculo para incidência do ITCD deve ser o valor das próprias cotas sociais objeto da transferência *causa mortis*.

Ora, o que deve ser levado em conta para encontrar a base de cálculo do ITCD é o que foi efetivamente transmitido aos herdeiros, é o que se extrai do artigo 155, I da Constituição da República Federativa do Brasil, veja-se:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
>
> I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Ora, na definição do arquétipo normativo que sustenta a regra matriz de incidência tributária relativa ao ITCD, o aspecto material que define a incidência do imposto é revelado pelo verbo "transmitir" por força da ocorrência do evento "morte".

Ademais, o que integra essa mesma regra matriz, na composição da base de imposição, é o exato "valor do bem transmitido", que, *in casu*, corresponde ao valor das quotas, e não dos bens da pessoa jurídica, qual seja: Empresa Agropecuária 51 Ltda.

A propósito, eis o disposto na Súmula 113 do Supremo Tribunal Federal:

> O imposto de transmissão *causa mortis é* calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação.

No caso em epígrafe, referida "avaliação" corresponde ao valor das quotas previsto no contrato social da empresa.

Cabe mencionar as palavras do professor Hugo de Brito Machado, que leciona:

> A transferência das ações ou quotas de uma sociedade comercial, na verdade, transfere a titularidade da pessoa jurídica, não os bens que integram o patrimônio desta, não se fazendo por isto anotação nenhuma no registro imobiliário competente.[2]

Ademais, cumpre esclarecer que, no caso em tela, sequer houve o respectivo registro da transmissão das propriedades (Fazendas Tereré, Cacimba de Pedra e Guarani) para a empresa Agropecuária 51 Ltda, uma vez que, conforme a matrícula atualizada de f. 151-153, o imóvel ainda pertence à Feliciana, e não à empresa mencionada.

Apesar de constar no contrato social que a sócia Feliciana integraliza o seu capital social com as Fazendas Tereré, Cacimba de Pedra e Guarani, além do apartamento Bervely Hills, de fato, nenhum destes bens imóveis foram efetivamente transmitidos para a empresa.

2 Machado, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** - 37ª e.D, rev, atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

Ante os argumentos apresentados, conclui-se que a decisão proferida pelo magistrado singular deve ser mantida em sua íntegra pelos seus próprios fundamentos.

Não obstante, constatei que, entre a data do pedido de vistas e a data de hoje, o magistrado de 1º grau proferiu sentença, conforme se vê as f. 300/301.

Na sentença, o magistrado *a quo* assim decidiu:

> (...). Por outro lado, em relação às cotas sociais, vê-se que a simples interposição do Agravo em nada altera a decisão agravada, bem como não impede a expedição do alvará para transferência das cotas, pois o inventariante procedeu ao recolhimento nos termos da decisão deste juízo.
>
> (...)
>
> Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, com fundamento no artigo 654 do Código de Processo Civil, homologo a partilha de f. 184-200, dos bens deixados por Jaime Teopisto Barbosa Abath, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, salvo erro, omissão ou prejuízo de terceiros, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil. (...).

Informo ainda que, o agravante, inconformado com a r. sentença de 1º grau, apresentou embargos de declaração (f. 304/307), momento em que alegou contradição e omissão na sentença proferida às f. 300/301, por não ter havido concordância da Fazenda Pública Estadual de Mato Grosso do Sul com relação à quitação dos tributos neste Estado, visto que o ITCD não teria sido recolhido em sua totalidade.

Diante de tais fatos, faz-se necessário elaborar um breve comentário acerca da eficácia processual da sentença em face do agravo de instrumento que ora se discute.

Sabe-se que é muito comum os Tribunais entenderem que, uma vez tendo sido prolatada sentença pelo juízo de 1º grau, isso acarreta, por si só, a perda do objeto do agravo de instrumento pela perda superveniente de interesse recursal.

No entanto, como bem ensina a doutrinaria processualista, nem sempre a superveniência da sentença prejudica o agravo de instrumento, até porque o artigo 946 CPC prevê a possibilidade do agravo de instrumento e da apelação caminharem juntos, vejamos, o que prevê este artigo:

> Art. 946 CPC: O agravo de instrumento será julgado antes da apelação interposta no mesmo processo.
>
> Parágrafo único: Se ambos os recursos de que trata o *caput* houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo de instrumento.

Neste sentido, cumpre transcrever as palavras do doutrinador Fredie Didier Júnior:

> A leitura de tal dispositivo já indica uma resposta: a superveniência da sentença não prejudica o agravo de instrumento. Ora, se a própria lei diz que o agravo há de ser julgado antes da apelação e, se forem julgados na mesma sessão, o agravo terá precedência, é porque não há inadmissibilidade superveniente do agravo com a posterior prolação da sentença.
>
> Na verdade, a sorte do agravo de instrumento pendente de julgamento dependerá sempre da análise do caso concreto, não se podendo dizer abstratamente que a só superveniência da sentença vai gerar, ipso facto, a perda do objeto do referido recurso. Há casos em que é evidente a utilidade do agravo de instrumento, mesmo sobrevindo a sentença.

Por fim, opino pelo seguimento deste agravo de instrumento e, data máxima vênia, divirjo do voto proferido pelo relator de modo que se mantenha, na íntegra, a decisão interlocutória (f. 11/15).

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Paulo Alberto de Oliveira), após o relator dar provimento ao recurso e o 2º vogal negar.

VOTO (EM 10/05/2017)

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

Cinge-se a controvérsia a se determinar a base de cálculo de incidência do Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCD), na hipótese de transmissão causa mortis de quotas societárias titularizadas pelo *de cujus* até a data do óbito.

Não há dúvidas de que o ITCD deve incidir sobre o valor venal do bem transmitido.

Essa é a dicção tanto do art. 38, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário Nacional), quanto do art. 127, da Lei Estadual nº 1.810, de 22/12/1997 – que dispõe sobre os tributos de competência do Estado de Mato Grosso do Sul.

Por valor venal se entende o valor de mercado do bem, ou seja, aquele que mais se aproxima da realidade.

O próprio agravante destaca que "o ITCD incide sobre o valor real dos bens a serem transmitidos, não pretendendo a Fazenda Pública locupletar-se à custa dos contribuintes e, por outro lado, também não podendo renunciar à obrigação de cobrar o tributo sobre o valor efetivo dos bens de cuja transmissão se cuida", de sorte que, o tributo, na espécie, não deveria incidir sobre "o valor originário de cotas de capital social, sem a correta avaliação das empresas, via de seus balanços patrimoniais" (f. 04).

Concordo com o relator, Desembargador Vilson Bertelli, no sentido de que o imposto não poderia incidir "sobre valores arbitrariamente fixados pelo contribuinte, em detrimento dos critérios objetivos fixados em lei"; contudo, também considero pertinente a colocação do 2º Vogal, Desembargador Alexandre Bastos, no sentido de que "os bens transmitidos aos herdeiros são, na realidade, as próprias cotas sociais da empresa", e não os bens, em si mesmo considerados, da pessoa jurídica.

Reconheço também, na linha do voto do relator, que, para fins de se perquirir o valor das quotas sociais, deve-se levar em conta os bens que foram indicados à integralização – e basta mesmo a indicação dos bens, não sendo necessárias maiores formalidades de transferência, sob pena de se tornar a integralização um mero engodo –, mesmo porque, se isolados de forma absoluta ambos os conceitos, a quota poderia, em determinadas circunstâncias, ter seu valor econômico simplesmente esvaziado.

Contudo, data venia, penso que, tanto a solução pela incidência do ITCD sobre o valor estático das quotas, quanto sobre os bens que foram indicados à integralização, não atentem, de forma completa, à preocupação externada em ambos os votos que me antecederam.

E digo isso porque basta se imaginar a situação em que a pessoa jurídica possua, para além dos bens integralizados, muitos outros, a tornar ainda mais significativo o porte econômico da transmissão via sucessão *causa mortis* – a resultar, nesta hipótese, uma arrecadação menor, se considerados apenas os bens destinados à integralização; ou, ainda, a situação inversa, em que o valor da quota não representa o porte econômico da pessoa jurídica na data do óbito, não sendo improvável a possibilidade de ter havido desvalorização do próprio capital integralizado – resultando, assim, arrecadação maior, e, portanto, indevida; isso sem contar a absurda possibilidade de os sucessores se verem obrigados a arcar com o pagamento do tributo mesmo quando o passivo da pessoa jurídica for superior ao ativo.

E, como se sabe, por imposição constitucional, deve-se respeitar a capacidade contributiva, a teor do art. 145, § 1º, da Constituição Federal/88:

> Art. 145 - [...]
>
> § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Sobre o assunto, assim discorre a doutrina:

> Do ponto de vista objetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução dos gastos à aquisição, produção, exploração e manutenção da renda e do patrimônio. Tais gastos se referem àqueles necessários às despesas de exploração e aos encargos profissionais... Ou seja, pode-se falar em capacidade econômica objetiva, que o legislador tem o dever de buscar, como a renda líquida profissional, ou o 'patrimônio líquido. (Baleeiro, Aliomar; e Derzi, Misabel. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg. 692-693)

Aplicado esse raciocínio à hipótese dos autos, tem-se que o capital social atualizado de uma pessoa jurídica corresponde ao seu patrimônio líquido, o qual se apura a partir do resultado obtido da subtração dos débitos sobre os bens e direitos (bens + direitos – obrigações = patrimônio líquido).

Isto é, o patrimônio líquido da pessoa jurídica abrange tudo aquilo que ela possui (bens e direitos) e tudo aquilo que ela deve (obrigações).

Do ponto de vista contábil, são considerados apenas os bens, direitos e obrigações que podem ser avaliados em moeda, sendo os bens e direitos – que constituem a parte positiva do patrimônio – chamados de Ativo; e as obrigações, que representam a parte negativa do patrimônio, chamada de Passivo.

Assim, eventual incidência de Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) sobre a transmissão da titularidade de quotas de uma pessoa jurídica deve levar em consideração o fato de que o valor das quotas sociais (capital social) corresponde ao patrimônio total, excluídas as obrigações assumidas pela sociedade.

Como consequência, o valor patrimonial, base de cálculo do ITCD, não será necessariamente igual ao valor nominal do capital social da sociedade, podendo ser maior ou menor, a depender do patrimônio líquido da sociedade, e o cálculo do imposto variará em função dessa equação.

A propósito:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. ITCD. BASE DE CÁLCULO. PATRIMÔNIO LÍQUIDO. PEDIDO DE NOVA AVALIAÇÃO DE BENS. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 683 DO CPC. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.
>
> A base de cálculo do ITCD leva em consideração o patrimônio líquido a ser partilhado, com a exclusão das dívidas eventualmente existentes. Não caracterizada nenhuma das hipóteses do art. 683 do CPC, a rejeição do pedido de nova avaliação judicial *é* medida que se impõe.
>
> (TJMS - Agravo de Instrumento n. 1412487-22.2014.8.12.0000, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Câmara Cível, 01/12/2015)

Essa interpretação, vale frisar, não ofende a lei de regência porque o próprio art. 127, da Lei Estadual nº 1.810, de 22/12/1997, prevê que o valor venal será apurado e calculado, na transmissão por sucessão legítima e testamentária, processada mediante inventário, à luz do "valor dos bens ou direitos fixados por avaliação judicial" (inciso I, alínea "a").

Nesse mesmo sentido tem se orientado a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná, de cujo repertório é exemplificativo o seguinte julgado:

> TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ITCMD. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE QUOTAS SOCIAIS DE PESSOA JURÍDICA. BASE DE CÁLCULO INCIDE SOBRE O VALOR VENAL DAS QUOTAS (PATRIMÔNIO LÍQUIDO). DISPOSIÇÃO EXPRESSA NO ART. 13 DA LEI N.º 8.927/98. EXCESSO DE COBRANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE CONFIGURADA. PRESENTES OS REQUISITOS DA VEROSSIMILHANÇA E DO DANO IRREPARÁVEL. INCIDÊNCIA DO ART. 273, I, DO CPC E ART. 151, V, DO CTN. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PROVIDO. (AI nº 905929-8, Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, 2ª C. Cível, 14/08/2012)

A propósito, no próprio Estado do Paraná, a Secretaria de Fazenda editou normativa específica para orientar a cobrança de ITCD, prevendo o art. 17, da Instrução - SEFA ITCMD nº 009, de 30/12/2010, o seguinte:

> Art. 17. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos ou o valor do título ou crédito, transmitidos ou doados (Lei n. 8.927/88, art. 13 e Decreto n. 9.172/2010). [...]
>
> § 4º No caso de ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital de sociedade, quando não forem objeto de negociação, bem como na falta da cotação referida na alínea anterior, a base de cálculo será o valor do respectivo patrimônio líquido, considerado na data da transmissão.
>
> § 5º O valor patrimonial da ação, quota, participação ou título representativo do capital da sociedade será obtido do balanço patrimonial e da respectiva declaração do imposto de renda da pessoa jurídica entregue à Secretaria da Receita Federal, relativos ao período de apuração mais próximo da data da transmissão, facultado ao fisco efetuar o levantamento de bens, direitos e obrigações, quando entender pelo arbitramento.
>
> § 6º Na hipótese do patrimônio líquido da sociedade apresentar-se negativo, a base de cálculo será o valor das cotas ou ações transmitidas.

Nesse sentido, volto a enfatizar que essa interpretação atende ao interesse do agravante, na medida em que este defende que "o valor venal deve ser aquele que mais se aproxima do valor real dos bens recebidos, já que a incidência do imposto é, exatamente, sobre o acréscimo patrimonial auferido pelo donatário, herdeiro, ou legatário, conforme o caso" (f. 05), mas também preserva, segundo penso, os interesses do contribuinte.

Apenas na hipótese em que se verificar patrimônio líquido negativo, é que, *s.m.j*, pode se discutir a incidência do imposto sobre o valor nominal, ou estático, das quotas sociais; mas isso não está em discussão no momento, mesmo porque sequer houve ainda apuração do balanço patrimonial.

Finalmente, no que tange à possível alegação de perda de objeto do agravo de instrumento, concordo com a posição do 2º Vogal, Desembargador Alexandre Bastos, no sentido de que, mesmo com a prolação da sentença de partilha (f. 300-301, autos na origem), não há prejuízo ao presente recurso, mesmo porque "a

existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha" (art. 654, parágrafo único, CPC/15).

Assim, eventual saldo devido a título de ITCD deverá ser apurado incidentalmente, e cobrado normalmente pelo Fisco, na forma da lei.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e, embora por fundamentos diversos do Relator, dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada, a fim de que se avalie judicialmente o patrimônio líquido da sociedade, apurado no último dia do mês posterior ao do óbito (art. 123, inc. I, Lei Estadual nº 1.810, de 22/12/1997), o qual servirá de base de cálculo para fins de incidência do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCD).

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (2º Vogal)

Retifico o meu voto e acompanho na integralidade o voto do Des. Paulo Alberto de Oliveira.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Retifico o meu voto para acompanhar o Des. Paulo Alberto de Oliveira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

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 Bastos.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801184-94.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIREITO AUTORAL – UTILIZAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM SITE DE *INTERNET* SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR – NÃO DEMONSTRADA – ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA À PARTE AUTORA – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO APELADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a sentença que julgou improcedente a ação originária, porquanto cabe à parte autora, nos termos do art. 333, I, do CPC, fazer prova do seu direito, sobretudo quanto à autoria da imagem que alega ter sido utilizada indevidamente.

Ausentes os elementos probatórios capazes de comprovar as alegações do recorrente não há falar em indenização por dano moral.

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 relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Yuri Fabio Spazzapan Ferreira contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização que move em desfavor do Município de Três Lagoas.

O apelante alega, em síntese, que:

> Na hipótese dos autos, restou patente o uso irregular da obra fotográfica em tela, uma vez que a Recorrida fez uso não autorizado da fotografia criada pelo Recorrente. Via de consequência, o dano moral encontra-se plenamente configurado. Saliente-se que o dano moral é presumido, bastando a simples violação a um dos direitos morais do autor previstos no art. 24 da Lei 9.610/9 (f. 67)
>
> Com relação ao ônus da prova, resta claro que a fotografia é obra do Recorrente, uma vez que ao clicar no referido *link* http://www.perfilnews.com.br/festaseventos/confira-fotos-da-queima-de-fogos-na-lagoa-maior, fica evidente que as fotos são do mesmo, sendo a primeira foto idêntica ao publicada no site da Recorrida e sem os créditos ao autor da Obra e muito menos autorização do mesmo. (f. 70)

Ao final, requer "que o presente recurso de apelação seja conhecido e, quando de seu julgamento, lhe seja dado integral provimento para reforma da sentença recorrida para acolher o pedido inicial do Autor Recorrente, condenando a Recorrida ao pagamento de danos morais por violação de direito autoral no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais)." (f. 70)

Devidamente intimado, o apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f. 70)

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Yuri Fabio Spazzapan Ferreira contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização que move em desfavor do Município de Três Lagoas.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

Trata-se de ação de indenização por danos morais por meio da qual objetiva o Requerente a reparação de danos, decorrentes de publicação de fotografia, de sua autoria, no site do Município, sem que para tanto tivesse autorização.

Inicialmente cumpre esclarecer que o feito comporta julgamento antecipado, na forma do art. 330, I, do Código de Processo Civil vez que, a prova constante dos autos é suficiente para o deslinde da questão.

A propósito, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "Dispondo o juiz de elementos aptos a formar sua convicção, desnecessária se torna a extensão do procedimento instrutório. Neste contexto, o antecipado julgamento da lide, além de oportuno, contribui para a Economia Processual." (RESP nº 144330/AC (1997/0057536-5), Terceira Turma, Ministro Waldemar Zveiter).

No que diz respeito à preliminar aduzida pelo Requerido Município de Três Lagoas, de ilegitimidade ativa ao argumento de inexistência de qualquer prova acerca de a fotografia ter sido objeto intelectual do Requerente, em razão de a alegação se confundir com o mérito desta demanda, conjuntamente a este será examinada.

Pois bem. Do cotejo das alegações trazidas pelas partes é possível concluir que o pedido inicial merece improcedência.

A responsabilidade civil da Administração Pública é regida pelo art. 37, § 6º da Constituição Federal. Via de regra, responde o Estado e seus delegatários de serviços públicos objetivamente pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros.

Vale dizer, se um agente público, em serviço, causar um dano a terceiro, e se este não foi o causador exclusivo do evento danoso, o Estado deve responder independentemente de culpa. É a consagração da teoria do risco administrativo, que, como dito, restou positivada na Lei Maior.

Entretanto, em caso de omissão da Administração Pública, a responsabilidade pelos danos causados por ato de terceiros ou fenômenos da natureza é do tipo subjetiva, não estando contemplada na teoria do risco administrativo. Nesses casos há necessidade de se comprovar a omissão culposa do ente público numa de suas três vertentes, quais sejam, imprudência, imperícia ou negligência para que fique configurada a obrigatoriedade de indenização estatal.

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, da Escola Superior de Administração Fazendária-ESAF, sobre a responsabilidade civil da Administração Pública em decorrência de omissão, assim prelecionam, *in verbis*:

[...]

Pois bem. Dito isso, a partir da análise do relato constante da inicial e das provas colhidas nos autos, é possível afirmar que a espécie de responsabilidade a ser analisada no caso em exame é a objetiva, decorrente da ação estatal.

No caso em espeque se discute indenização por dano moral com fundamento em violação ao direito autoral do Autor, que teria tirado fotografias em festividade local e posteriormente uma das fotos teria sido publicada ilegalmente pelo Município de Três Lagoas.

Sendo assim, oportuno esclarecer, em princípio, que o direito autoral constitui um conjunto de prerrogativas conferidas pela lei ao criador da obra intelectual, para que possa gozar dos benefícios morais e patrimoniais resultantes da exploração de seus trabalhos.

A Constituição Federal, em seu art. 5º e incisos XXVII e XXVIII, assegura que: [...]

Essa matéria é regulada pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), que tem por escopo proteger as relações entre o criador e o explorador das respectivas criações artísticas, literárias ou científicas, como no caso dos livros, pinturas, esculturas, músicas, fotografias etc.

Nos termos do art. 7, inciso VII, da Lei nº 9.610/98, são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como, por exemplo, as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia.

Essa proteção decorre do fato de ser a fotografia uma obra intelectual que tem como característica a arte e técnica, tendo em vista que, conforme ensina Eliane Y. Abrão [...]

Na hipótese em comento, em que pese a proteção constitucional garantida às criações artístico-intelectuais, não se vislumbra prova apta a ensejar um decreto condenatório.

Explico: a fotografia juntada à fl. 12 apenas informa que foi publicada foto no site "www.treslagoas.ms.gov.br/noticia/chegada-de-2014", enquanto as fotografias de fls. 15 tão somente indicam que teriam sido publicadas no jornal Perfil News, todavia, sem que para tanto exista qualquer outra demonstração que de fato foi publicada nesse meio de imprensa, eis que referido documento não traz em seu bojo endereço eletrônico ou a matéria jornalística em questão.

As fotografias de fl. 16, apesar de trazerem ao rodapé do documento informação que foram extraídas da página eletrônica "www.perfilnews.com.br/festas-eventos/confira-fotos-da-queima-de-fogos-nalagoa-maior", de igual forma, não apresentam qualquer comprovação de ser de autoria intelectual do Requerente.

No que concerne às fotografias juntadas com a impugnação à contestação, embora aquelas colacionadas à fl. 48 "indiquem" que tenham sido originadas da produção intelectual do Autor, não há confirmação nesse sentido e além disso a fotografia supostamente publicada pelo Município no site municipal é diferente delas.

Demais disso, as fotografias de fl. 49 não identificam eventual fotógrafo ou trazem semelhança com a foto que teria sido divulgada ilegalmente pelo Demandado.

Nada além disso se encontra no caderno processual, não tendo o Autor produzido prova mínima de seu direito. Não comprovou a produção intelectual que se atribui, nem que a fotografia divulgada pelo Município teria sido anteriormente veiculada por outro meio de imprensa e que teria sido o autor do material fotográfico.

Ora, à parte autora incumbe produzir as provas para demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que da parte demandada é a incumbência de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito da parte autora, o que evidentemente acarreta consequências jurídicas.

Nesse ponto tenho que o Autor não se desincumbiu, podendo e devendo, de seu ônus, na forma já mencionada, não observando a previsão do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Oportuno apresentar os ensinamentos da doutrina quanto ao ônus da prova, especialmente sobre a lição de Nelson Nery Júnior2, que brilhantemente destaca que:

[...]

Bom ter presente, no mesmo sentido, o escólio de Cândido Rangel Dinamarco3 que esclarece:

[...]

E prossegue o mesmo autor acrescentando4:

[...]

Diante disso, por manifesta falta de provas, não há como imputar qualquer responsabilidade ao Município de Três Lagoas.

Assim, o pedido de indenização por danos morais não tem como ser atendido.

Por todo o exposto, julgo improcedente a presente demanda indenizatória.

Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.

Condeno o Autor no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios ao patrono do Requerido que fixo, diante da qualidade dos trabalhos e simplicidade da matéria, em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

A cobrança de tais verbas restará suspensa pelo tempo e forma da lei, tendo em vista que o Autor é beneficiário da gratuidade de justiça.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente, arquivem-se com as baixas e anotações necessárias.

Irresignado com a sentença supratranscrita, Yuri Fabio Spazzapan Ferreira apela, alegando em síntese que: restou devidamente comprovada a utilização, sem a devida autorização, pelo Município de Três Lagoas, da fotografia de autoria do recorrente; o dano moral é presumido, bastando simples violação do artigo 24, da Lei 9.610/98; e portanto, deve ser arbitrada a condenação de R$ 10.000 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais.

Em primeiro lugar, anoto que, tendo em vista a instituição do Novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões do presente recurso, necessária uma breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

Na espécie, o advento do NCPC implica em examinar os efeitos do direito intertemporal que incidem no caso concreto, a teor do que consta no art. 14, do CPC, assim redigido:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Ou seja, a regra geral que regulamenta vigência da lei no tempo é a da irretroatividade da lei nova. A retroatividade é exceção, com interpretação e aplicação restritivas, ante as disposições da Constituição Federal que, em seu art. 5º, inciso XXVI, diz que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela referida garantia constitucional, não podendo ser atingidos pela lei nova.

Destarte, considerando que a sentença ora recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o presente julgamento deve observar aquelas disposições legais e não as novas.

Aliás, os enunciados administrativos aprovados pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão de 9 de março de 2016, em especial o Enunciado 2[1], acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

O apelante alega que o município apelado utilizou fotografia de sua autoria sem autorização, devendo, em razão disso, ser indenizado por dano moral.

Sem razão o recorrente.

Nego, portanto, provimento ao recurso interposto.

Como se vê, o caso em análise cinge-se em saber se prospera a alegação do ora apelante de que o apelado utilizou fotografia, da qual se diz autor, sem a devida autorização, situação esta que, segundo afirma o recorrente, teria causado lesões à sua personalidade passíveis de indenização por danos morais.

A magistrada de origem, juíza Aline Beatriz de Oliveira Lacerda, como depreende-se da sentença supratranscrita, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, afirmando, quanto ao dano moral, que "não comprovou a produção intelectual que se atribui, nem que a fotografia divulgada pelo Município teria sido anteriormente veiculada por outro meio de imprensa e que teria sido o autor do material fotográfico" (fl. 58).

O dever de indenizar, com efeito, decorre do instituto da responsabilidade civil, consistente na imputação civil do dano à pessoa que lhe deu causa, para que responda pela indenização correspondente, a qual pode ter natureza compensatória e/ou reparatória do dano causado, encontrando-se o instituto, como cediço, regulamentado pelo artigo 927 do Código Civil[2].

1 STJ - Enunciado administrativo n. 02 - 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 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, o que de fato ocorreu no presente caso.

No caso em apreço, o autor não logrou êxito em comprovar que a fotografia veiculada no site da Prefeitura do Município de Três Lagoas é de sua autoria, desincumbindo-se, assim, de demonstrar fato constitutivo de seu direito.

Portanto, não há como imputar a responsabilidade e dever indenizatório ao município recorrido, como, aliás, corretamente fundamentou o juízo *a quo* (fl. 58)*:*

> Explico: a fotografia juntada à fl. 12 apenas informa que foi publicada foto no site "www.treslagoas.ms.gov.br/noticia/chegada-de-2014", enquanto as fotografias de fls. 15 tão somente indicam que teriam sido publicadas no jornal Perfil *News*, todavia, sem que para tanto exista qualquer outra demonstração que de fato foi publicada nesse meio de imprensa, eis que referido documento não traz em seu bojo endereço eletrônico ou a matéria jornalística em questão.
>
> As fotografias de fl. 16, apesar de trazerem ao rodapé do documento informação que foram extraídas da página eletrônica "www.perfilnews.com.br/festas-eventos/confira-fotos-da-queima-de-fogos-nalagoa-maior", de igual forma, não apresentam qualquer comprovação de ser de autoria intelectual do Requerente.
>
> No que concerne às fotografias juntadas com a impugnação à contestação, embora aquelas colacionadas à fl. 48 "indiquem" que tenham sido originadas da produção intelectual do autor, não há confirmação nesse sentido e além disso a fotografia supostamente publicada pelo Município no site municipal é diferente delas.
>
> Demais disso, as fotografias de fl. 49 não identificam eventual fotógrafo ou trazem semelhança com a foto que teria sido divulgada ilegalmente pelo demandado.

Nesse sentido, veja jurisprudências das cortes sobre o assunto:

> Ementa: APELAÇÕES. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITOS AUTORAIS. UTILIZAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM SITE DE INTERNET SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR. SENTENÇA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. INSUBSISTÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DA FOTO. NÃO DESINCUMBÊNCIA DO *ONUS PROBANDI*. ARTIGO 333, I, DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE REPARAR. PRETENSÃO DO 2ª APELANTE PREJUDICADA. ARTIGO 557, *CAPUT* E § 1º-A, CPC. PROVIMENTO DO APELO DO RÉU E SEGUIMENTO NEGADO AO APELO DO AUTOR. - Em conformidade com a Jurisprudência pacífica e uniforme dos Tribunais pátrios atinente ao ônus da prova, notadamente do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "Nos termos do art. 333, I do CPC, caberá ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a demonstração dos fatos extintivos modificativos ou impeditivos do direito do autor" 1. - De acordo com o entendimento jurisprudencial dominante, "Fundando-se o pedido vestibular de indenização, na alegação de violação de direitos autorais, por uso indevido ou desautorizado de fotografias em jornal, cabe ao suplicante comprovar o fato constitutivo de seu suposto direito, consistente na efetiva autoria das aludidas fotografias, inclusive diligenciando para realização da necessária prova técnica, sob pena de improcedência da ação".[3]

3 TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00006671620128150731, - Não possui -, Relator Des Joao Alves da Silva , j. em 15-02-2016.

> APELAÇAO CÍVEL - DANO MORAL - ÔNUS DA PROVA - VIOLAÇAO DE DIREITO AUTORAL - NAO COMPROVAÇAO DA AUTORIA DAS FOTOGRAFIAS - MERA APRESENTAÇAO DE ESPELHO DE FOTOS. 1) De acordo com a distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do Código de Processo Civil, compete ao autor a prova de fato constitutivo de seu direito e, por sua vez, à parte ré quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante. 2) Espelho de fotos extraído da página pessoal do autor existente na *internet* não ostenta a necessária fidedignidade para tornar incontroversa a autoria das fotografias ali inseridas, e assim comprovar a alegada violação ao direito autoral. 3) Recurso desprovido.[4]

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto 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. João Maria Lós.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

***

4 TJ/AP – Processo APL 95129720108030001; Orgão Julgador: Câmara Única; Publicação 18/05/2012, Julgamento 03/05/2012; Relator Desembargador Agostino Silvério.

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0043869-78.2015.8.12.0001/50001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – PENAL E PROCESSO PENAL – ART. 305 DA LEI Nº 9.503/97 – CRIME DE ABANDONO DO LOCAL DO ACIDENTE PELO CONDUTOR DO VEÍCULO – MATÉRIA OBJETO DE RECENTE JULGAMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL – IMPOSIÇÃO DO ART. 949, PARÁGRAFO ÚNICO DO NCPC – INCIDENTE NÃO CONHECIDO.

Não se conhece de incidente de arguição de inconstitucionalidade quando subsumido ao contido no art. 949, parágrafo único, do NCPC, o qual dispõe que "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

A constitucionalidade do art. 305, da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) foi recentemente objeto de análise no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0200872-74.2012.8.12.0010/50000, julgado improcedente pelo Órgão Especial em 23 de novembro de 2016.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, contra o parecer oral, não conhecer da arguição, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade em embargos infringentes e de nulidade defensivos suscitada pelos Desembargadores da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, na qual, com fundamento nos artigos 97 da Constituição Federal, 948 do Novo Código de Processo Civil e 503 do RITJMS, procedeu-se o sobrestamento dos efeitos do acórdão que julgou os Embargos Infringentes e de Nulidade Defensivos n. 0043869-78.2015.8.12.0001/50000 interpostos por Maurício Lima, para que seja submetida à apreciação desse Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade no artigo 305 da Lei n. 9.503/97.

Os autos foram então distribuídos por sorteio a um dos integrantes deste Órgão Especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e do artigo 506 do RITJMS, cabendo-me a relatoria do feito, tendo este relator, ato contínuo, através de despacho, determinado a abertura de vistas à Procuradoria-Geral de Justiça para emissão de parecer nos termos do artigo 506, § 5º, do RITJMS.

Instado, o Ministério Público Estadual, em sede de controle difuso, "por intermédio de seu Procurador-Geral de Justiça, com fulcro no art. 948 do novo Código de Processo Civil e no art. 503, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, opina que seja declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro, por afrontar o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal" (fls. 31-43).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se, como relatado, de arguição de inconstitucionalidade em embargos infringentes e de nulidade defensivos suscitada pelos desembargadores da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, na qual, com fundamento nos artigos 97 da Constituição Federal, 948 do Novo Código de Processo Civil e 503 do RITJMS, procedeu-se o sobrestamento dos efeitos do acórdão que julgou os embargos infringentes e de nulidade defensivos n. 0043869-78.2015.8.12.0001/50000 interpostos por Maurício Lima, para que seja submetida à apreciação desse Órgão Especial a questão da inconstitucionalidade do artigo 305 da Lei n. 9.503/97.

Preliminar de não conhecimento da presente arguição de inconstitucionalidade.

Verifico que a questão referente à constitucionalidade ou não do art. 305, da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), foi objeto de deliberação recente por este Órgão Colegiado, em pelo menos duas vezes, quais sejam, quando do julgamento das Arguições de Inconstitucionalidade n. 0002008-90.2007.8.12.0002/50000, de relatoria do Desembargador Divoncir Schreiner Maran, em 14.11.2016 e n. 0200872-74.2012.8.12.0010/50000, em 23.11.2016 de minha relatoria.

Na oportunidade que tive de examinar a matéria de que trata também a presente arguição de inconstitucionalidade, isso na condição de relator, consignei que:

> Anoto, em primeiro lugar, que o parágrafo único do art. 949, do NCPC (correspondente ao art. 481 do CPC/1973), excepciona a regra da cláusula de reserva de plenário, como medida de economia processual, estabelecendo que:
>
> Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.
>
> Nesse norte, tem-se que a questão alusiva à constitucionalidade do art. 305 da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) já foi objeto de deliberação por este Colegiado, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n. 0002008-90.2007.8.12.0002/50000, de relatoria do Desembargador Divoncir Schreiner Maran, oportunidade em que foi declarada sua constitucionalidade, por maioria, em acórdão assim ementado:
>
> EMENTA - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 305 DA LEI N. 9.503/1997 - CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - AUTO-INCRIMINAÇÃO NÃO CONFIGURADA - TUTELA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA - GARANTIA DE SILÊNCIO MANTIDA - CONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO - IMPROCEDENTE. Não buscou o legislador brasileiro impor a auto-incriminação para

> o condutor que permanece no local do acidente de trânsito, o qual pode permanecer em silêncio, se assim o quiser, mas apenas colaborar com a administração da justiça para a correta apuração e identificação e apuração do sinistro[1].
>
> Portanto, à luz do regramento contido no do art. 949, parágrafo único, do NCPC, sequer seria cabível o presente incidente de inconstitucionalidade.
>
> Nada impede, contudo, que a questão seja novamente submetida a este Órgão, desde que diante de novos fundamentos ou caso haja significativa alteração na sua composição, o que definitivamente ocorreu.
>
> Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Júnior[2]:
>
> No entanto, não há vedação a que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, notadamente quando houver fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior.

Pois bem. Constato que as razões utilizadas para apreciar questão como a presente, outrora já submetida à análise deste Órgão Especial – novos fundamentos ou significativa alteração na composição do órgão julgador – não se verificam neste momento, mormente porque a Arguição de Inconstitucionalidade n. 0200872-74.2012.8.12.0010/50000 foi julgada em 23.11.2016, ou seja, há menos de 6 (seis) meses.

É bem verdade que a jurisprudência dos tribunais é objeto de constante revisão e transformação, especialmente em virtude da rotatividade de seus julgadores e das frequentes mudanças a que estão sujeitas as interpretações das normas jurídicas.

Não obstante, como dito, observo não ser esse o caso em epígrafe. Desse modo, entendo perfeitamente aplicável a restrição contida no parágrafo único do art. 949, do NCPC, o qual dispõe que:

> Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Nesse sentido, confira-se:

> AGRAVO EM APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL 13.711/11. INCLUSÃO DE EMPRESA DEVEDORA DE ICMS. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LIBERDADE ECONÔMICA.
>
> O Órgão Especial desta Corte, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 70048229124, assentou, por maioria, a constitucionalidade do Regime Especial de Fiscalização, instituído pelo artigo 2º da Lei Estadual 13.711/11, e regulamentado pelo Decreto 48.494/11, destinado a contribuintes que se tornam devedores contumazes, os quais sistematicamente deixam de recolher o ICMS devido nos prazos previstos, desde que enquadrados no que dispõe o § 1º do art. 2º da referida lei.

1 Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Dourados; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 14/11/2012; Data de registro: 23/01/2013; Outros números: 20089020078120002500000

2 Comentários ao CPC, 2015, RT, p. 1880

> Segundo aquela decisão, não fere os princípios da isonomia e da livre concorrência o tratamento diferenciado à empresa devedora contumaz, que não está em situação equivalente às demais, visto que, além de não recolher os tributos como as outras, concorre no mercado com vantagem, pois pode praticar preços inferiores pela evasão fiscal que pratica.
>
> Havendo decisão do Órgão Especial, afastando a inconstitucionalidade da Lei Estadual 13.711/11, a decisão é de ser aplicada aos demais casos, sendo dispensável nova submissão da matéria ao Órgão Especial (art. 481, parágrafo único, do CPC/73, atual parágrafo único do art. 949 do NCPC). AGRAVO PROVIDO.[3]
>
> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 11.945/09 - AFASTADA - INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL INCOMPLETA - PERDA FUNCIONAL DE REPERCUSSÃO MÉDIA - GRAU DE LESÃO - VALOR DA INDENIZAÇÃO RECEBIDO ADMINISTRATIVAMENTE - INCIDÊNCIA DA LEI Nº 6.194/74, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 11.945/09 - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.
>
> Não há que se falar em inconstitucionalidade da tabela constante na Lei nº 11.945/09, sobretudo porque a arguição já foi submetida e rejeitada pelo Órgão Especial desta Corte Estadual, sendo despicienda a rediscussão da matéria, consoante dispõe o parágrafo único do art. 949 do CPC/15.
>
> A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez permanente parcial incompleta com perda funcional de repercussão média, será paga de forma proporcional ao grau de invalidez, na fórmula estampada no art. 3º da Lei nº 6.194/74, com alterações introduzidas pela Lei nº 11.945/09, conforme, inclusive, determina a Súmula nº 474 do STJ.[4]

Ademais, insta salientar que a questão posta em julgamento – constitucionalidade ou não do artigo 305 da Lei nº 9.503/1997 – é objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 35, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, que encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, em virtude de a matéria ser relevante e exigir, portanto, ampla discussão, penso ser aconselhável aguardar o julgamento da questão pela Corte Suprema, quando enfim haverá decisão que vinculará os tribunais pátrios.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, enquanto não houver julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, razoável reputar como constitucional o comando normativo em apreço. Eis o aresto do referido julgado:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DO CTB. QUESTÃO ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A irresignação do recorrente se limita ao enfoque constitucional da matéria. 2. **A Corte Constitucional ainda não reconheceu a inconstitucionalidade da lei, sendo razoável concluir que a norma não padece de vício material**. 3. A decisão agravada, que negou provimento ao recurso em habeas corpus, não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. 4. Agravo Regimental improvido.[5] (Destaquei)

3 TJRS. Apelação Cível n. 70060226248. Rel. Desembargadora Marilene Bonzanini. Julgamento 15.9.2016.

4 TJMS. Apelação Cível n. 08316191420148120001. Rel. Juiz Jairo Roberto Quadros. Julgamento 28.9.2016.

5 STJ. AgRg no RHC 73783 / SP. Rel. Ministro Nefi Cordeiro. Julgamento 13.9.2016.

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

Peço vênia ao eminente relator para rejeitar a arguição de não conhecimento da arguição.

A Constituição Federal adotou o sistema eclético, híbrido ou misto de controle de constitucionalidade das normas, combinando o controle pela via incidental e difuso com o controle por via principal e concentrado, conforme lição de Luis Roberto Barroso[6].

O art. 97, da Constituição Federal estabelece a chamada cláusula de reserva de plenário, no sentido de que "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

Os presentes autos versam sobre controle incidental de constitucionalidade, suscitado por órgão fracionário e submetido a este Órgão Especial por força da cláusula de reserva de plenário.

Conforme destacou Sua Excelência, o Des. Sérgio Fernandes Martins, este Órgão Especial já declarou a constitucionalidade do art. 305 da lei 9.503/97, em duas ocasiões (Arguições de Inconstitucionalidade n. 0002008-90.2007.8.12.0002/50000, de relatoria do Desembargador Divoncir Schreiner Maran, e n. 0200872-74.2012.8.12.0010/50000, relatoria do Desembargador Sérgio Fernandes Martins). Concluiu o Relator, que em virtude dos precedentes a presente arguição não poderia ser conhecida.

Em que pese a seriedade e relevância dos fundamentos, entendo que os referidos precedentes resultam de julgamentos de controle difuso/concreto/incidental de constitucionalidade, possuindo eficácia *inter partes* e sem efeito vinculante. Em razão disso, poderá a questão alusiva à inconstitucionalidade ser novamente apreciada por este Órgão tantas vezes quanto suscitada.

É nesse sentido a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Quando o plenário do STF ou o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, onde foi ou poderia ter sido suscitado o incidente, já tiverem se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada, não há necessidade de o órgão fracionário (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção, etc.) remeter a questão ao julgamento do plenário ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário pode aplicar a decisão anterior do plenário do STF ou do próprio tribunal, que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. Trata-se de medida de economia processual. **No entanto, não há vedação a que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, notadamente quando houve fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior**.[7] [destaquei]

De sorte que, as decisões do Órgão Especial no exercício de controle incidental/difuso/concreto de inconstitucionalidade, não possuem eficácia vinculante produzindo efeitos apenas em relação às partes envolvidas, mas meramente persuasiva, inexistindo óbice à sua reapreciação e, inclusive e eventualmente, até mesmo alteração de entendimento, conforme novos fundamentos sejam ventilados ou mesmo na hipótese de alteração da composição do órgão, o que, aliás, ocorreu na espécie.

Importante consignar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é bastante firme no sentido de não admitir a transcendência dos motivos determinantes:

> EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DE DECISÃO TOMADA NA ADI 1.851/AL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE ESTRITA ENTRE OS ATOS DECISÓRIOS CONFRONTADOS. TEORIA DA TRANSCEDÊNCIA

6 O **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, ed. Saraiva, 6ª ed., 2014, p. 87

7 **Comentários ao CPC**. RT, 2015, p. 1.880

> DOS MOTIVOS DETERMINANTES. NÃO APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA DO STF. RAZÕES RECURSAIS GENÉRICAS. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Firmou-se nesta Suprema Corte o entendimento de que inviável o manejo de reclamação constitucional para garantia da autoridade de suas decisões quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos. 2. Razões recursais de Agravo Regimental genéricas e desvinculadas do contexto decisório e fático do caso concreto, que demonstram a total ausência de aptidão para infirmar decisão monocrática. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, nos casos em que as razões do recurso não impugnam os fundamentos da decisão agravada ou deles estejam dissociadas, não resta preenchido o requisito de regularidade formal disposto no artigo 317, 1º, do RISTF e no artigo 1.021, § 1º, do CPC/2015. Agravo regimental não conhecido. (Rcl 2491 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/12/2016, Processo Eletrônico DJe-267 divulg 15-12-2016 public 16-12-2016)

E se a decisão não possui eficácia vinculante, não há falar em desobediência ou resistência do órgão fracionário. Nem se diga da violação à presunção de constitucionalidade das normas, que é pressuposto do controle de constitucionalidade. Pensamento contrário, *data venia*, levaria à fossilização do Órgão Especial, que ficaria impedido de reapreciar a constitucionalidade de determinada norma ou rever seu posicionamento, o que não se admite nem mesmo no controle abstrato/concentrado de constitucionalidade.

Considerar inadmissível incidente de arguição de inconstitucionalidade em função de precedente meramente persuasivo equivale a inadmissibilidade de um recurso, porque contrária a precedente do órgão julgador, hipótese que caracteriza inequívoca negativa de prestação da tutela jurisdicional.

De tudo quanto exposto, com a devida vênia às expressões diversas, rejeito à arguição de inadmissibilidade da presente arguição de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (3º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (4º vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (6º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (7º vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (8º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (9º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (10º vogal)

Cuida-se de incidente de inconstitucionalidade do artigo 305, da Lei 9.503/97, arguida pelos desembargadores da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

O relator, desembargador Sérgio Fernandes Martins, não conhece do incidente, posto que, em 23.11.16, esta Corte julgou a Arguição de Inconstitucionalidade n. 0200872-74.2012.8.12.0010/50000, que trazia tema semelhante ao tratado no presente feito.

Entretanto, ouso divergir do relator, posto que entendo que o presente incidente merece ser conhecido.

Isso porque fiz parte do julgamento dos autos 0200872-74.2012.8.12.0010/50000 que, por maioria (10x5), rejeitou a arguição de inconstitucionalidade do art. 305, do CTB, nos termos do voto do relator Des. Sérgio, ficando vencido naquela oportunidade juntamente com os Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Marco André Nogueira Hanson, Manoel Mendes Carli e Ruy Celso Barbosa Florence, que julgaram procedente a arguição, declarando a inconstitucionalidade da norma. Naquela oportunidade, acompanharam a maioria os Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, João Mairá Lós, Divoncir Shereiner Maran, Tânia Garcia de Freitas, Paschoal Carmello Leandro, Julizar Barbosa Trindade e Marcos José de Brito Rodrigues.

Ocorre que, no julgamento do presente feito, nova composição deste Órgão Especial é apresentada, já que agora proferirá entendimento também os Desembargadores Dorival Renato Pavan, Claudionor Abss Duarte, Carlos Eduardo Contar e Francisco Gerardo de Sousa.

Ora, pela alteração dos participantes no julgamento, evidente que aquela decisão deverá ser revista, não podendo ser descartada a hipótese de novo entendimento, quanto a inconstitucionalidade do tipo penal em comento.

Com efeito, neste momento, compete aos novos integrantes do julgamento do feito, Desembargadores Dorival Renato, Claudionor, Carlos Eduardo e Francisco Gerardo, examinar e emitir um juízo sobre o tema posto em discussão.

Ademais, a questão de constitucionalidade do artigo 305, do CTB foi levada ao Supremo Tribunal Federal, na ação declaratória de constitucionalidade nº 35, de relatoria do ministro Marco Aurélio, bem como o tema ensejou o reconhecimento de repercussão geral pelo Plenário no Recurso Extraordinário nº 971959, de relatoria do ministro Luiz Fux, porém, citadas ações, encontram-se pendentes de julgamento, não obstando, portanto, a análise do tema por esta Corte, até mesmo porque o artigo 949, parágrafo único, do CPC, impede a discussão se houver manifestação da Suprema Corte, o que não ocorreu, conforme citado.

Consigne-se, também, que os Tribunais dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Espirito Santo e Roraima, bem como o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, manifestando-se em reserva de plenário, já pronunciaram pela inconstitucionalidade da norma em tela, conforme julgados a seguir:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ARTIGO 305. EVASÃO DO LOCAL DO ACIDENTE. CONDUTA INEXIGÍVEL DO CONDUTOR. AUTOINCRIMINAÇÃO. FLAGRANTE PREJUÍZO

PROCESSUAL. A prática de um ato ilícito enseja a correlata responsabilidade, civil ou penal. No caso de responsabilidade civil, a apuração compete exclusivamente ao titular da pretensão indenizatória. Tratando-se de responsabilidade penal, a persecução é dever do Estado, através do órgão imbuído de tal competência, mas jamais exigindo do autor do ilícito determinado proceder que possa, ao facilitar a administração da justiça, possibilitar sua incriminação, ao menos dentro da sistemática estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Incidente de inconstitucionalidade julgado procedente. Por maioria. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70047947478, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 24/06/2013)

Incidente de inconstitucionalidade (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Código de Trânsito Brasileiro, art. 305 - fuga à responsabilidade penal e civil. Tipo penal que viola o princípio do art. 5°, LXIII - garantia de não autoincriminação. Extensão da garantia a qualquer pessoa, e não exclusivamente ao preso ou acusado, segundo orientação do STF. Imposição do tipo penal que acarreta a autoincriminação, prevendo sanção restritiva da liberdade, inclusive para a responsabilidade civil. Inconstitucionalidade reconhecida. Incidente acolhido. É inconstitucional, por violar o art. 5°, LXIII, da Constituição Federal, o tipo penal previsto no art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro. (TJSP. Relator(a): Reis Kuntz; Comarca: Registro; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 14/07/2010; Data de registro: 22/09/2010; Outros números: 990101590204)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 305 DO CTB - FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE PARA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OU PENAL - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE SILÊNCIO E DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (CF/88, ART. 5º, LXIII) - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - TRATAMENTO DIFERENCIADO SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA - PROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO. Não se pode conceber a premissa de que, pelo simples fato de estar na condução de um veículo, o motorista que se envolve em um acidente de trânsito tenha que aguardar a chegada da autoridade competente para averiguação de eventual responsabilidade civil ou penal porquanto reconhecer tal norma como aplicável, seria impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra si, hipótese vedada pela Constituição Federal por ofender o preceito da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), além de incorrer em malferição ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII). Ademais, estar-se-ia punindo o agente por uma conduta praticada por qualquer outro delinquente, qual seja, a evasão da cena do delito, sem que por tal conduta recebam sanção mais alta ou acarrete maior gravosidade em suas penas, estabelecendo-se forte contrariedade aos princípios da isonomia e da proporcionalidade. Desse modo, afigura-se inviável vislumbrar outra responsabilidade penal a ser imputada ao motorista que se evade do local em que estivera envolvido em acidente de trânsito com vítima que não a omissão de socorro, situação com disposição específica no CTB (art. 304). Assim, se o condutor que se encontra nessas circunstâncias, que resultaram apenas em danos materiais, pode ter sua liberdade cerceada, está-se criando nova modalidade de prisão por responsabilidade civil, matéria que encontra limites constitucionais inestendíveis pelo legislador ordinário, o qual sofre limitação pelo art. 5º, LXVII da CF/88, que impede a prisão civil por dívida, afora as hipóteses nele excetuadas. (TJSC, Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Criminal n. 2009.026222-9, de Forquilhinha, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 01-06-2011).

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO - ART. 305, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0000.07.456021-0/000, Relator(a): Des.(a) Sérgio Resende , Corte Superior, julgamento em 11/06/2008, publicação da súmula em 12/09/2008)

CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIME DE FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE. ARTIGO 305 DA LEI Nº 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). GARANTIAS DA AMPLA DEFESA, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*. BEM JURÍDICO PROTEGIDO. AUSÊNCIA DE SUPORTE CONSTITUCIONAL. ÔNUS DO ESTADO DE FAZER PROVA DA ACUSAÇÃO. 1. O artigo 305 da lei nº 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) conflita com a ordem jurídica vigente ao impor sanção ao acusado pelo fato de afastar-se do local do acidente, tisnando os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados, consubstanciados nas garantias da ampla defesa, da presunção de inocência, da não autoincriminação e do devido processo legal para a apuração de atos contrários ao direito. 2. Inolvidável é a natureza subsidiária do direito penal, que atua sempre como ultima ratio de bens jurídicos cuja lesão (ou perigo de) se mostre digna e necessitada de cominação de pena. 3. O tipo em comento (artigo 305 do CTB) carece de referência constitucional, na medida em que, buscando garantir o esclarecimento de fatos ocorridos em acidente de trânsito, a fim de evitar que o agente se furte à responsabilidade civil e criminal, lançou mão de tutela visivelmente desproporcional, porquanto extremamente gravosa aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, especialmente quando em cotejo com a finalidade visada pela norma penal, outorgando tratamento sobremaneira oneroso ao motorista implicado em acidente de trânsito. Sendo o estado titular da pretensão punitiva, sobre ele pesa o ônus de fazer a prova da acusação, mediante a observância do devido processo legal, revelando-se incompatível com a ordem constitucional vigente, na qual consagrada a presunção de inocência, a tipificação de figura delitiva a modo de facilitar o exercício do jus puniendi estatal. 4. Reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo adversado. (TRF 4ª R.; ArgInc 0004934-66.2011.404.0000; RS; Corte Especial; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 19/12/2012; DEJF 25/01/2013; Pág. 1)

(...) INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 305 DO CTN. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REALIZADA PELO TRIBUNAL PLENO. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. O E. Tribunal Pleno deste e. Tribunal de Justiça na Arguição Incidental de Inconstitucionalidade nº 0002317-39.2011.8.08.0049 declarou inconstitucional o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro, uma vez que a norma viola frontalmente o princípio do nemo tenetur se detegere, de modo que o apelante deve ser absolvido da respectiva imputação. (...). (TJES; APL 0055185-65.2013.8.08.0035; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 10/08/2016; DJES 26/08/2016)

(...) FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE PARA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OU PENAL (ART. 305, DO CTB). VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE SILÊNCIO E DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO. INCONSTITUCIONALIDADE. (TJRR. AIN 0010.07.157490-8, DES. TANIA VASCONCELOS DIAS, TRIBUNAL PLENO, JULG. 07/08/2013, DJE 13/08/2013, P. 02). ABSOLVIÇÃO (ART. 386, III, DO CPP). (...) 3. O artigo 305 da Lei nº 9.503/97 (código de trânsito brasileiro) conflita com a ordem jurídica vigente ao impor sanção ao acusado pelo fato de afastar-se do local do acidente, objurgando os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados, consubstanciados nas garantias da ampla defesa, da presunção de inocência, da não autoincriminação e do devido processo legal para a apuração de atos contrários ao direito, mostrando-se despida de razoabilidade ao impor ao condutor um agir que não é exigido nem daqueles que cometem os ilícitos penais mais graves. 4. Recurso parcialmente provido. (TJRR; ACr 0010.11.002449-3; Câmara Única; Relª Desª Tânia Vasconcelos Dias; DJERR 15/10/2013; Pág. 18)

Desta forma, divergindo do relator, contudo, nos termos do parecer ministerial, tenho que o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade merece ser conhecido.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (11º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (12º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (13º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (14º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer oral, não conheceram da arguição, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 17 de maio de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 1401856-14.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator designado Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO LIMINAR – LEI MUNICIPAL N. 2.552 DE 3 DE SETEMBRO DE 2014 – BRASILÂNDIA – DEFINIÇÃO DAS CORES OFICIAIS DO MUNICÍPIO – VERDE E BRANCO CONTIDO NA BANDEIRA – PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR – REQUISITOS DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA NECESSÁRIOS À CONCESSÃO – AUSENTES – INDEFERIMENTO.

Não se encontrando presentes os requisitos da plausibilidade do direito e do perigo da demora, necessários à concessão da liminar pretendida na ação direta de inconstitucionalidade, o indeferimento da tutela de urgência é de rigor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria indeferir a medida cautelar, nos termos do voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 5 de abril de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator designado.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Antônio de Pádua Thiago, prefeito do município de Brasilândia-MS, ajuíza ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar contra a Câmara Municipal de Brasilândia, tendo por objeto a lei municipal n. 2552/2014, que definiu como cores oficiais do aludido município, aquelas predominantes na sua bandeira (verde e branco), determinando, entre outras medidas, que os imóveis públicos, os particulares utilizados pela administração direta e indireta, bem como as obras de engenharia e arquiteturas públicas, obrigatoriamente serão pintadas na parte externa com as cores oficiais do município.

Na inicial e emenda de f. 21-22, alega que a lei municipal n. 2552/2014 padece de vício de inconstitucionalidade por violar o preâmbulo da Constituição Estadual que assegura a autonomia municipal, bem assim a harmonia e separação entre os poderes previsto no artigo, 1º V c/c artigo 13 e 14 e, por último, o art. 67, § 1º, II, "d", pois a atribuição, criação, funcionamento e estruturação da administração pública é de competência exclusiva do chefe do poder executivo municipal.

Requer a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da lei municipal n. 2552/2014

Instruiu com os documentos de f. 6-16; 21-22.

VOTO (EM 05.04.17)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar ajuizada pelo prefeito do município de Brasilândia-MS contra a Câmara Municipal de Brasilândia, tendo por objeto a lei municipal n. 2552/2014, que definiu como cores oficiais do aludido município, aquelas predominantes na sua bandeira (verde e branco), determinando, entre outras medidas, que os imóveis públicos, os particulares utilizados pela administração direta e indireta, bem como as obras de engenharia e arquiteturas públicas, obrigatoriamente serão pintadas na parte externa com as cores oficiais do município.

Conforme relatado, na inicial e emenda de f. 21-22, alega que a lei municipal n. 2552/2014 padece de vício de inconstitucionalidade por violar o preâmbulo da Constituição Estadual que assegura a autonomia municipal, bem assim a harmonia e separação entre os poderes previsto no artigo, 1º V c/c artigo 13 e 14 e, por último, o art. 67, § 1º, II, "d", pois a atribuição, criação, funcionamento e estruturação da administração pública é de competência exclusiva do chefe do poder executivo municipal.

Requer a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da lei municipal n. 2552/2014.

É cediço que a concessão de medida cautelar em ação direta requer a presença simultânea da plausibilidade do direito material invocado (*fumus boni iuris)*, e o perigo da demora (*periculum in mora),* bem como, nos termos da jurisprudência do STF, a conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória.

Antes de ponderar sobre a casuística, reputo pertinente colacionar o inteiro teor da lei municipal n. 2552/2014, impugnado por meio desta ação direta.

> Lei n. 2552, de 03 de setembro de 2014
>
> "INSTITUI O SÍMBOLO E AS CORES OFICIAIS DO MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA"
>
> O PREFEITO CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA, no uso de suas atribuições legais constantes na Lei Orgânica do Município, faz saber que a Câmara Municipal aprovou e sancionou a seguinte lei:
>
> Art.1º. Ficam definidas como cores oficiais do Município de Brasilândia, aquelas predominantes na sua Bandeira: Verde e Branco.
>
> Parágrafo único*:* A cor predominante na fachada dos prédios públicos será obrigatoriamente Verde e Branco, de acordo com a cor expressa na bandeira do município.
>
> Art. 2º. Fica definido como símbolo oficial, o Brasão das Armas.
>
> Art. 3º. Os imóveis públicos, os particulares utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Município, bem como as obras de engenharia e arquiteturas públicas, obrigatoriamente serão pintadas na parte externa com as cores oficiais do Município, devendo obedecer ao parágrafo único do artigo 1º.
>
> Art. 4º. A utilização das cores oficiais do Município, instituída por esta Lei, será obrigatória quando da construção ou reforma dos prédios públicos de que trata o artigo anterior.

> Art. 5º. Será dispensada a utilização das cores do Município, quando:
>
> I. o bem imóvel ou obra que, por sua identificação e ou visualização, exigir cores especiais em normas nacionais ou internacionais;
>
> II. se tratar de obras de arte ou bens tombados como patrimônio histórico e cultural, assim definidas em lei.
>
> III. se tratar de imóveis cedidos por órgãos da administração indireta do Estado ou da União.
>
> Art. 6º. Os veículos automotores e máquinas pertencentes à frota municipal deverão conter a aplicação de adesivo autocolante, com as cores Verde e Branca e o Brasão, símbolo oficial do município de Brasilândia, respeitados os padrões tipificados pela Lei Municipal n. 2078/2005.
>
> I. A obrigatoriedade da utilização das cores do Município poderá se estender aos permissionários de serviços públicos municipais, a critério da Administração Municipal.
>
> Art. 7º. O uniforme destinado aos servidores públicos, e aos alunos da rede municipal de ensino, distribuídos gratuitamente pela municipalidade, deverão obedecer à padronização com a utilização das cores oficiais do Município e o Brasão, símbolo oficial do município.
>
> Art. 8º. A alteração da cor ou símbolo oficial do Município de Brasilândia depende de prévia autorização da Câmara Municipal, apresentando, para tal objetivo, a devida justificativa.
>
> § 1º. A alteração de que trata o *caput* deste artigo se dará, excepcionalmente, com objetivos claros de identificar campanhas educativas específicas, sem fins lucrativos e com duração determinada.
>
> § 2º. A excepcionalidade apontada no parágrafo anterior não poderá indicar cor que identifique partido político ou marca pessoal do administrador ou da administração.
>
> Art. 9º As despesas serão suportadas por dotações do orçamento vigente.
>
> Art. 10. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário (sic, f. 15-16).

É cediço que a concessão de medida cautelar em ação direta requer a presença simultânea da plausibilidade do direito material invocado (*fumus boni iuris)*, e o perigo da demora (*periculum in mora),* bem como, nos termos da jurisprudência do STF, a conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória.

No caso versando, tem-se que a lei municipal n. 2552/2014 definiu como cores oficiais do município de Brasilândia, aquelas predominantes na sua bandeira (verde e branca), determinando, entre outras medidas, que os imóveis públicos, os particulares utilizados pela administração direta e indireta, bem como as obras de engenharia e arquiteturas públicas, obrigatoriamente serão pintadas na parte externa com as cores oficiais do município.

Em juízo prévio de cognição primária, tenho como presente a plausibilidade do direito invocado no sentido de uma possível inconstitucionalidade por vício formal de iniciativa, na medida em que, confrontando o ato impugnado com o texto do art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual, percebe-se que

é de iniciativa do chefe do poder executivo as leis que disponham, entre outras medidas, sobre a criação, a estrutura e as atribuições das secretarias e dos órgãos da administração pública.

O perigo de dano é manifesto, na medida em que o art. 4º do ato impugnado prevê que a utilização das cores oficiais do município de Brasilândia, será obrigatória quando da construção ou reforma dos prédios públicos de que trata o artigo anterior. Em tempos de crise financeira anunciado por todos os entes políticos da federação, sobretudo num município de arrecadação módica, como no caso de Brasilândia, tem-se que a permanência do ato impugnando ofenderia, *s.m.j*., o princípio da eficiência, ao determinar que o chefe do poder executivo utilize das cores oficiais do município (verde e branca) quando da construção ou reforma dos prédios públicos e de particulares utilizados pela administração pública.

São vários diplomas legais disciplinando, a título de exemplo, os convênios ou acordo programa, consórcios públicos etc, sempre objetivando alcançar níveis máximos de eficiência da mesma maneira como ocorre com a iniciativa privada, o que a doutrina tem se reportado como administração pública gerencial.

No caso, parece ser o caso de malferimento do princípio da eficiência determinar ao executivo que utilize das cores oficiais quando da construção e/ou reforma de repartições públicas. Logo, presente o perigo da demora.

Posto isso, concedo a medida cautelar para o fim de determinar a suspensão da eficácia da Lei Municipal nº 2552/2014, de 03 de setembro de 2014.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (2º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (3º vogal)

Antônio de Pádua Thiago, prefeito do Município de Brasilândia, ajuíza ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar contra a Câmara Municipal de Brasilândia, tendo por objeto a Lei Municipal n. 2.552, de 3 de setembro de 2014, que definiu como cores oficiais do referido município aquelas predominantes na sua bandeira (verde e branco), determinando, entre outras medidas, que os imóveis públicos e os particulares utilizados pela administração direta e indireta, bem como as obras de engenharia e arquitetura públicas, devem ser pintados na parte externa com as cores oficiais estabelecidas na referida lei.

Na inicial e emenda de fls. 21-22, alega que a Lei Municipal n. 2.552, de 3 de setembro de 2014, padece de vício de inconstitucionalidade por violar o preâmbulo da Constituição Estadual, que assegura a autonomia municipal, infringindo o disposto no artigo 2º, § 1º da Constituição Estadual. Aduz que a referida lei não observou a harmonia e separação entre os poderes previstas no artigo 1º, V e artigos 13 e 14 da Constituição Estadual, além de ferir o artigo 67, II, "d", da Constituição Estadual, pois a atribuição, criação e estruturação da Administração Municipal é da alçada exclusiva do Executivo.

Requer a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da Lei Municipal n. 2.552, de 3 de setembro de 2014.

Peço vênia ao relator para divergir e indeferir a medida cautelar pleiteada.

De pronto, verifico que não se encontra presente o perigo da demora, requisito necessário para a concessão de liminar.

Observo, com efeito, que a Lei Municipal epigrafada teve como iniciativa proposição legislativa de autoria dos Vereadores Paulo Sérgio de Abreu e Evandro Inácio, objetivando definir como cores oficiais do Município de Brasilândia aquelas predominantes na sua bandeira (verde e branco), determinando, entre outras medidas, que os imóveis públicos, os particulares utilizados pela administração direta e indireta, bem como as obras de engenharia e arquitetura públicas, obrigatoriamente serão pintadas na parte externa com as cores oficiais do município.

Alega o requerente que o diploma legislativo citado invade sua competência exclusiva para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração municipal, violando o artigo 44, incisos II e VI, da Lei Orgânica Municipal, a harmonia e separação entre os poderes previstas no artigo 1º, V c/c artigo 13 e 14 e, por último, o art. 67, § 1º, II, "d", todos da Constituição Estadual, pois a atribuição, criação, funcionamento e estruturação da administração pública, segundo afirma, são da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal.

Ocorre que, ao menos em juízo sumário, o mencionado dispositivo legal regula matéria relativa à mera padronização das cores oficiais e do símbolo oficial do Município de Brasilândia, não havendo evidências de que o indeferimento da medida cautelar para suspender a lei poderá gerar danos irreparáveis para o ente público, sobretudo porque a norma questionada vigora desde 3.9.2014 e até o presente momento não se verificou a ocorrência de dano iminente às obras públicas e ao município em geral.

A toda evidência, destarte, não se encontra presente o *periculum in mora*, sobretudo porque inexiste qualquer ameaça de dano ao interesse público e não restou demonstrada a ocorrência de prejuízos ao erário.

Com isso, em razão da ausência de provas de que a lei vem causando prejuízo de difícil ou incerta reparação desde o momento em que passou a vigorar, falta esta que, por si só, descaracteriza o perigo da demora, não vislumbro a necessidade de suspender a vigência do referido diploma legal.

Ante o exposto, indefiro o pedido de liminar.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (4º vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (5º vogal)

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Prefeito Municipal de Brasilândia, requerendo, liminarmente, a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da Lei Municipal n. 2552/2014 que estabelece, em síntese que os prédios e obras públicas devem utilizar as cores oficiais do município, quais seja, branco e verde. A propósito, a indigitada lei:

> Lei n. 2552, de 03 de setembro de 2014
>
> "INSTITUI O SÍMBOLO E AS CORES OFICIAIS DO MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA"
>
> O PREFEITO CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO DE BRASILÂNDIA, no uso de suas atribuições legais constantes na Lei Orgânica do Município, faz saber que a Câmara Municipal aprovou e sancionou a seguinte lei:
>
> Art.1º. Ficam definidas como cores oficiais do Município de Brasilândia, aquelas predominantes na sua Bandeira: Verde e Branco.
>
> Parágrafo único: A cor predominante na fachada dos prédios públicos será obrigatoriamente Verde e Branco, de acordo com a cor expressa na bandeira do município.

Art. 2º. Fica definido como símbolo oficial, o Brasão das Armas.

Art. 3º. Os imóveis públicos, os particulares utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Município, bem como as obras de engenharia e arquiteturas públicas, obrigatoriamente serão pintadas na parte externa com as cores oficiais do Município, devendo obedecer ao parágrafo único do artigo 1º.

Art. 4º. A utilização das cores oficiais do Município, instituída por esta Lei, será obrigatória quando da construção ou reforma dos prédios públicos de que trata o artigo anterior.

Art. 5º. Será dispensada a utilização das cores do Município, quando:

I. o bem imóvel ou obra que, por sua identificação e ou visualização, exigir cores especiais em normas nacionais ou internacionais;

II. se tratar de obras de arte ou bens tombados como patrimônio histórico e cultural, assim definidas em lei.

III. se tratar de imóveis cedidos por órgãos da administração indireta do Estado ou da União.

Art. 6º. Os veículos automotores e máquinas pertencentes à frota municipal deverão conter a aplicação de adesivo autocolante, com as cores Verde e Branca e o Brasão, símbolo oficial do município de Brasilândia, respeitados os padrões tipificados pela Lei Municipal n. 2078/2005.

I. A obrigatoriedade da utilização das cores do Município poderá se estender aos permissionários de serviços públicos municipais, a critério da Administração Municipal.

Art. 7º. O uniforme destinado aos servidores públicos, e aos alunos da rede municipal de ensino, distribuídos gratuitamente pela municipalidade, deverão obedecer à padronização com a utilização das cores oficiais do Município e o Brasão, símbolo oficial do município.

Art. 8º. A alteração da cor ou símbolo oficial do Município de Brasilândia depende de prévia autorização da Câmara Municipal, apresentando, para tal objetivo, a devida justificativa.

§ 1º. A alteração de que trata o *caput* deste artigo se dará, excepcionalmente, com objetivos claros de identificar campanhas educativas específicas, sem fins lucrativos e com duração determinada.

§ 2º. A excepcionalidade apontada no parágrafo anterior não poderá indicar cor que identifique partido político ou marca pessoal do administrador ou da administração.

Art. 9º As despesas serão suportadas por dotações do orçamento vigente.

Art. 10. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário (sic, f. 15-16). (g.n.)

Como ocorre em geral com os provimentos de tutela provisória de urgência, segundo a ótica do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o deferimento da medida liminar pressupõe a presença da relevância dos fundamentos invocados na inicial (*fumus boni iuris*) e da necessidade ou a conveniência da providência antecipada para garantir a efetividade do resultado futuro e provável juízo de procedência, evitando o dano temido (*periculum in mora*).

Com efeito, nos termos de precedentes do Supremo Tribunal Federal, "a concessão de liminar, na demanda direta de inconstitucionalidade não prescinde do convencimento ao primeiro exame, sobre o concurso do sinal do bom direito, a demonstrar a relevância do pedido, e do risco de manter-se eficaz, o dispositivo legal que se pretende ver, afinal, alvejado" (ADI 463/MC/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 01/08/1991, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)[1].

A respeito dos pressupostos da medida cautelar lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[2], *in verbis:*

> (...) 1. Medida Cautelar. Admite-se a concessão de medida cautelar em ADIn, para garantir a eficácia do acórdão que decidir a respeito do mérito da ação direta. Os requisitos são os exigidos para toda e qualquer ação cautelar, notadamente o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. A aparência do direito se verifica quanto a inconstitucionalidade ***é*** demonstrada *prima facie*, ainda que de forma superficial, mediante cognição sumária do STF. O perigo da demora caracteriza-se quanto o autor da ADIn demonstrar que a demora no julgamento do mérito pode trazer consequências danosas para a ordem pública, razão pela qual a cautelar tem de ser concedida (...).[3]

Como bem explana o eminente Ministro Teori Albino Zavascki[4], tratando-se de provimento destinado a afastar os riscos à efetividade da tutela definitiva, a medida liminar atua não em domínio meramente formal, mas no plano da realidade. Seu objeto não é, portanto, o de declarar provisoriamente a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, mas sim o de impor comportamentos compatíveis com os que deverão decorrer da futura declaração. (...) Ora, o *periculum in mora* é fenômeno que se passa no domínio dos fatos, o que se relaciona necessariamente com a eficácia social da sentença. (...) A garantia da efetividade se opera, portanto, mediante antecipação da eficácia social da futura sentença, ou seja, pela imposição aos destinatários de condutas adequadas com o conteúdo da tutela definitiva, inibindo assim a configuração de situações faticamente irreversíveis ou de difícil reversão.

Para a concessão da tutela objetivada, é necessário a presença dos requisitos supracitados sem os quais a parte deverá aguardar o provimento jurisdicional final que resolva a questão, uma vez que aquela é medida excepcional que adianta os efeitos da tutela definitiva, mediante cognição sumária, ainda mais na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade em que o diploma legal tem presunção *iuris tantum* de constitucionalidade, visto que integrou o mundo jurídico após procedimento legislativo.

Pois bem.

O autor alega que a Lei Municipal em apreço detém vícios por afrontar o princípio da harmonia e independência dos Poderes, insertos nos artigos 1º, V; 13; 14 e 67, II, "d", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais dispõem:

> Art. 1º O Estado de Mato Grosso do Sul tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> V - a garantia da autonomia municipal dentro dos princípios estabelecidos nesta Constituição em consonância com a Constituição Federal.

1 ZAVASCKI, Teori Albino *in* **Antecipação de Tutela**, 7ª edição, 2009, Editora Saraiva, p. 273.

2 *in* **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional atualizada até 10.4.2006,** Editora Revista dos Tribunais, p. 554.

3 Ademais, também por meio de outro instituto, o da antecipação da tutela dos efeitos da decisão de mérito, obtém a parte a antecipação dos efeitos de um eventual julgamento favorável de mérito, tendo esse instituto fundamento no princípio da efetividade do processo e com seus requisitos delineados no atual artigo 300 do Código de Processo Civil. No caso, bem se sabe, não se trata de antecipação da tutela de mérito, mas de concessão de cautelar que tem por objeto assegurar o resultado útil do processo se, ao final, o pedido contido na inicial haver de ser acolhido.

4 *in* op. cit., p. 274, 275 e 277.

> Art. 13. Os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela Constituição Federal, por esta Constituição e pelas respectivas Leis Orgânicas.
>
> Art. 14. São órgãos do município, independentes e harmônicos, o Executivo e o Legislativo. Parágrafo único. Os municípios poderão adotar símbolos próprios.
>
> Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição. (Alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional n. 68, de 2015.)
>
> § 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:
>
> (...)
>
> II - disponham sobre:
>
> (...)
>
> d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública.

A questão constitucional discutida nos autos, como visto, é a reserva de iniciativa em matéria de administração e gerenciamento público, notadamente naquelas questões relativas às obras e reformas que imponham à utilização das cores da bandeira do Município (branca e verde).

Com a devida vênia ao entendimento do ilustre relator, além dos argumentos expendidos pelo ilustre Desembargador Sérgio Fernandes Martins, é certo que não vislumbro também na hipótese o necessário *periculum in mora* a justificar a concessão da medida liminar.

Dessome-se que a lei vige desde 3 de setembro de 2014 sem nenhuma prova nos autos de maiores transtornos às obras públicas, bem como se estas eventualmente forem feitas, devem se ater ao quanto ali determinado, me parecendo à primeira vista e sem prejuízo de ulterior juízo mais aprofundado e exauriente de mérito, que isso ocasione dano iminente à Municipalidade ou às contas públicas.

Tenho, pois, que o caso é típico de indeferimento da medida cautelar, até com as cautelas que a revisão de uma lei vigente e geradora de efeitos exige.

Ante todo o exposto, entendo ausentes os pressupostos legais de maneira concomitante, razão pela qual divirjo do ilustre relator e acompanho o Desembargador Sérgio Fernandes Martins para indeferir a medida cautelar.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (7º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (8º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (10º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (11ª Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (12º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (13º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (14º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria indeferiram a medida cautelar, nos termos do voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 05 de abril de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802267-37.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – INSTAURAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE APURAÇÃO – FATOS INDETERMINADOS – IMPOSSIBILIDADE – REQUISITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA PARA OS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS – NECESSIDADE DE APURAÇÃO DE FATO CERTO – DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO E HARMONIA NA SEPARAÇÃO DE PODERES – SUSPENSÃO DA COMISSÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A Constituição Federal, em seu art. 58, § 3º, traz como requisitos à instauração de comissão parlamentar de inquérito pedido de instauração por no mínimo um terço dos membros da casa legislativa; apuração de fato determinado; duração por prazo certo.

Os requisitos do art. 58, § 3º, são normas de reprodução obrigatória dos demais entes federativos, eis que visa a manutenção do equilíbrio das funções estatais.

A comissão parlamentar de inquérito deve ser instaurada para apuração de fatos determinados, sendo ilegítima a atuação para investigação de fatos genéricos, justificáveis de forma ampla em momento posterior, eis que violadora dos direitos individuais do investigado e, bem assim, da separação harmônica entre os Poderes.

O excesso na atuação das comissões parlamentares de inquérito pode ser revisto pelo Judiciário, sem que se possa falar em violação à separação de poderes, eis que fora concedido a este a guarda da Constituição.

Recurso provido para conceder a segurança, determinando-se a suspensão da CPI instaurada em desacordo com os ditames constitucionais.

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 contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 4 de abril de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Itamar Bilibio, prefeito municipal de Laguna Carapã, interpõe recurso de apelação em face da sentença que denegou a segurança pleiteada em face do ato praticado pelo Presidente da Câmara de Vereadores de Laguna Carapã. Alega o recorrente que a Resolução Administrativa n.º 01/2016, que constituiu Comissão Especial de Inquérito, deixou de observar o que preceitua o art. 58, § 3º, da Constituição Federal, art. 1º, da Lei 1.579/52, e art. 50 do Regimento Interno da Câmara daquele município, que determina a instauração para apuração de fato determinado. Informa que a Câmara, ao constituir CPI para apurar possíveis irregularidades administrativas do Executivo Municipal, tais como: aplicabilidade dos recursos oriundos do Fundersul, ITR, emendas parlamentares, recursos federais, estaduais e não cumprimento do inciso XIV, do artigo 69, da Lei Orgânica Municipal, age em desrespeito aos preceitos legais, por ausência de fato determinado para sua criação. Aduz ainda que, tendo sido prestadas informações pelo requerido, que informa que os vereadores não tinham acesso a documentos da prefeitura, deveria o objeto da investigação se limitar à análise das infrações político-administrativas daí decorrentes. Pugna pelo provimento do recurso para que seja determinado o trancamento da Comissão Especial de Inquérito.

O impetrado não apresentou contrarrazões, conquanto intimado para tanto (f. 200). O Ministério Público opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Itamar Bilibio, Prefeito de Laguna Carapã/MS, contra ato praticado por Valmor Flores Pinto, Presidente da Câmara de Vereadores de Laguna Carapã. O impetrante alegou que a Resolução Administrativa nº. 01/2016, expedida pela autoridade coatora, instituiu comissão parlamentar de inquérito em desconformidade com as respectivas normas regentes, eis que se propôs a "apurar possíveis irregularidades administrativas do Executivo Municipal tais como: aplicabilidade dos recursos oriundos do FUNDERSUL, ITR, emendas parlamentares, recursos federais, estaduais e não cumprimento do inciso XIV do artigo 69 da lei orgânica municipal", em violação à determinação de investigação de fato determinado.

O juiz *ad quem* denegou a segurança, sendo manejado recurso de apelação, nos termos do relatório.

Tenho que a segurança merece ser concedida.

As Comissões Parlamentares de Inquérito foram expressamente previstas pela Constituição Federal que, em seu art. 58, § 3º, estatui:

> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
>
> (...)
>
> § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casa, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Trata-se, ademais, de norma que imprime o dever de reprodução obrigatória ao legislador constituinte estadual, eis que diz respeito à própria manutenção do equilíbrio das funções estatais.

Dispõe, assim, de maneira quase idêntica, a Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul:

> Art. 64 – A Assembléia Legislativa terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
>
> (...)
>
> § 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no regimento da Assembléia Legislativa, serão criadas, mediante requerimento de um terço dos Deputados, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao órgão competente, para que promova a responsabilidade dos infratores.

Tal prerrogativa há de ser reconhecida, ainda, em favor das comissões de inquérito constituídas pelas câmaras legislativas municipais, eis que todos estes órgãos possuem os poderes inerentes ao exercício de suas funções institucionais (legislar e fiscalizar). Não obstante, considerando-se as particularidades dos municípios, que ocupam posição peculiar no federalismo assimétrico traçado pela Constituição Federal, verifica-se que não são reconhecidas às comissões de inquérito municipais os poderes de investigação próprios de autoridades judiciais, porquanto tais entes não possuem judiciário próprio.

Conquanto não gozem dos mesmos poderes de investigação atribuídas às comissões constituídas pelos demais entes federados, estão as CPIs municipais sujeitas aos mesmos requisitos previstos para tal atividade pelas demais pessoas políticas, quais sejam: instauração pelo requerimento, no mínimo, de um terço dos integrantes da casa legislativa; criação para apuração de fato certo; duração por período determinado.

No caso em apreço, verifica-se que o primeiro e terceiro requisitos foram cumpridos, limitando-se a insurgência do impetrante ao preenchimento do segundo, que demanda a instauração para apuração de fato certo. Tal requisito é composto de cláusula aberta, demandando, pois, sua concretização pelo Poder Judiciário quando da análise do litígio. Tal concretização, porém, deverá ser feita com olhos na própria teleologia da norma que, para além de visar a manutenção da possibilidade de amplo contraditório por parte dos investigados pela atuação estatal, preocupa-se mesmo com a preservação da separação harmônica entre os poderes, evitando-se que objetos muito amplos de investigação constituam entraves burocráticos à própria atuação dos órgãos das demais funções estatais.

Preciso, neste ponto, o escólio do Ministro Gilmar Mendes:

> Como imperativo de eficiência e a bem da preservação de direitos fundamentais, a Constituição determina que a CPI tenha por objeto um fato determinado. Ficam impedidas devassas generalizadas. Se fossem admissíveis investigações livres e indefinidas haveria o risco de se produzir um quadro de insegurança e de perigo para as liberdades fundamentais. Por isso, em trabalho de doutrina, José Celso de Mello assinalou que "constitui verdadeiro abuso instaurar-se inquérito legislativo com o fito de investigar fatos genericamente enunciados, vagos ou indefinidos. (Curso de Direito Constitucional, 2ª Edição, f. 860).

Desta lição exsurge clara a mácula da comissão parlamentar ora em análise, que deixou de delimitar o seu campo de atuação a fato determinado, sendo consignado, pela resolução administrativa que determinou sua constituição, que esta se prestaria para "apurar possíveis irregularidades administrativas do Executivo

Municipal tais como: aplicabilidade dos recursos oriundos do FUNDERSUL, ITR, Emendas Parlamentares, Recursos Federais, Estaduais e não cumprimento do inciso SIV do artigo 69 Da Lei Orgânica Municipal".

Verifica-se, a olhos desarmados, que o objeto de investigação é indeterminado, podendo abarcar, mediante simples justificação *a posteriori,* quaisquer condutas do administrador municipal no trato da coisa pública. Como ressaltado, tais devassas generalizadas são violadoras dos direitos individuais do investigado e, bem assim, da separação harmônica entre os poderes, donde se extrai o direito líquido e certo tal qual pleiteado pelo impetrante.

Essa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: FATO DETERMINADO E PRAZO CERTO. C.F., ARTIGO 58, § 3º. LEI 1.579/52. ADVOGADO. TESTEMUNHA. OBRIGAÇÃO DE ATENDER *À* CONVOCAÇÃO DA CPI PARA DEPOR COMO TESTEMUNHA. C.C, ARTIGO 133; CPP, ART. 207; CPP, ART. 406; CÓD. PENAL, ART. 154; LEI 4.215, DE 1963, ARTIGOS 87 E 89. I – A Comissão Parlamentar de Inquérito deve apurar fato determinado. C.F., art. 58, § 3º. Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal. II – Prazo certo: o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC nº. 71.193-SP, decidiu que a locução "prazo certo" inscrita no § 3º do artigo 58 da Constituição, não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei 1.579/52. (...) (*Habeas Corpus* 71231-2/RJ; Pleno; Relator Ministro Carlos Velloso; Julgamento em 05/05/1994).

Não destoa desta conclusão a jurisprudência deste Egrégio Tribunal que, por seu órgão especial, decidiu:

> MANDADO DE SEGURANÇA – **COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – INSTAURAÇÃO QUE HAVERÁ DE SER FEITA PARA APURAÇÃO DE FATO CERTO E DETERMINADO – REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO QUE APONTA FATOS GENÉRICOS E INDETERMINADOS** – INCLUSÃO, NA INVESTIGAÇÃO, DE EMPRESA QUE NÃO TEM QUALQUER RELAÇÃO JURÍDICA COM OS FATOS GENÉRICOS APONTADOS NO REQUERIMENTO DE INSTAURAÇÃO – **VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 58, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 64, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**, ARTIGO 1º DA LEI FEDERAL 1.579, DE 18 DE MARÇO DE 1952 E 50, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MATO GROSSO DO SUL – QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL SEM A DEVIDA MOTIVAÇÃO – ATOS NULOS – LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER OS TRABALHOS DA COMISSÃO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – AGRAVO REGIMENTAL IMPRÓVIDO. A instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito por uma das Casas Legislativas, em quaisquer de seus âmbitos, Federal, Estadual e também Municipal, deve obediência e respeito ao artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, devendo ser cumpridas e observadas as exigências ali definidas de modo taxativo, a saber, (a) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (b) indicação de fato determinado a ser objeto da apuração legislativa e (c) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. **Se a Comissão Parlamentar de Inquérito foi instaurada sem que fosse apontado fato certo e determinado** e, além disso, no âmbito de seu funcionamento houve ampliação de seu objeto, sem qualquer aditamento, bem assim como se se apura possível irregularidade cometida por antecessora da impetrante na exploração dos serviços de energia elétrica no Estado, da qual a impetrante não foi partícipe ou coadjuvante em quaisquer dos atos que deram ensejo à instauração da CPI, e, finalmente, se se verifica que durante os trabalhos houve determinação de quebra de sigilo bancário, fiscal e tributário tanto da antecessora quanto da impetrante, sem

> qualquer fundamentação e com alegações apenas genéricas, **contrariando os princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa, inclusive a jurídica, da necessidade de motivação adequada, pertinente e envolvida com os fins do ato praticado pela CPI, deve ser mantida a liminar que, em mandado de segurança, ordenou a paralisação dos trabalhos da Comissão Parlamentar**, até que o mérito do *writ* seja julgado. Reforça esse entendimento quando se afere que a Comissão Parlamentar de Inquérito, baseado em Relatório produzido por empresa de auditoria contratada pela ANEEL, durante o prazo de intervenção da antiga concessionária dos serviços públicos de energia elétrica, utiliza-se apenas da menção genérica a esse mesmo relatório para emprestar fundamentação para a prática dos diversos atos praticados pelos membros da Comissão, sem apresentar, contudo, um quadro fático concreto e específico com fundamentação individualizada que justifique a invasão da privacidade do investigado, notadamente quando esse investigado, no caso a impetrante, assumiu a concessão dos serviços em data bem posterior àquela que foi mencionada naquela relatório, por demais genérico para ensejar a instauração, manutenção e viabilização de uma Comissão Parlamentar. Por derradeiro, deve-se conceder a liminar quando se afere que a CPI foi instaurada em face de empresa concessionária de serviço de energia elétrica, que é pessoa jurídica de direito privado, para apurar atos ou fatos que não se vinculam à sua atividade fim, sabido que a CPI tem por desiderato a fiscalização e controle externo da Administração Pública. Na espécie contida nos autos, não se está diante de uma situação de tal natureza, por se tratar de fatos supostamente praticados pela antecessora da impetrante e que, não sendo parte integrante da administração pública, é insusceptível de investigação por Comissão Parlamentar do Legislativo, a não ser que tal ocorresse para apuração de fatos relacionados à sua função típica delegada, que é a própria exploração do serviço de energia elétrica, sua qualidade, sua eficiência, suas deficiências, sua excelência, inocuidade ou nocividade e causas comprometedoras da boa prestação do serviço em prol da comunidade. Recurso conhecido e improvido. (TJMS. Agravo Regimental n. 1404875-96.2015.8.12.0000, N/A, Órgão Especial, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 24/06/2015, p: 27/06/2015 - destaquei)

Deve-se consignar, por oportuno, que eventuais excessos cometidos por quaisquer órgãos públicos estão sujeitos ao controle de legalidade perante o Poder Judiciário, não havendo que se falar em ofensa à separação dos Poderes, mas na própria garantia da harmonia entre estes, observados os ditames estabelecidos pela própria Constituição Federal. Outra não foi a conclusão do Ministro Celso de Mello, que, em julgamento de mandado de segurança com hipótese fática semelhante a presente consignou:

> O Supremo Tribunal Federal, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. (Mandado de Segurança 25.668-1/DF; Pleno; Julgamento em 23/03/2006)

Como já dito, a atuação das comissões parlamentares de inquérito estão sujeitas à observância dos requisitos previamente delimitados pela Constituição Federal, que impõe que a instauração se dê para a apuração de fato determinado, requisito este que não fora observado pela autoridade coatora, surgindo para o impetrante, por conseguinte, direito líquido e certo de ver suspensa a tramitação da comissão parlamentar de inquérito que não observa tais ditames constitucionais.

Diante do exposto, conheço do presente recurso de apelação e, contra o parecer, dou-lhe provimento para, em reformando a sentença, conceder a segurança pleiteada, determinando o trancamento da comissão parlamentar de inquérito do Município de Laguna Carapã, instaurada pela Resolução Administrativa 01/2016 da Câmara de Vereadores daquele município. Sem honorários (art. 25, da lei 12.016/09). Custas pelo Município de Laguna Carapã, que deverá restituir os valores adiantados pelo impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 04 de abril de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000024-28.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE ISENTA DETERMINADAS ATIVIDADES DO CUMPRIMENTO DE REGRAS AMBIENTAIS QUE COÍBEM A POLUIÇÃO SONORA – AUSÊNCIA NESTA FASE DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA – PRECEDENTE DESTE ÓRGÃO – PERIGO DA DEMORA – VERIFICADO – INDEFERIMENTO DA MEDIDA.

A concessão de medida cautelar em ação de direta de inconstitucionalidade pressupõe, a exemplo das demais medidas cautelares, demonstração da fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Com reserva de posicionamento contrário a maioria do Órgão Colegiado, reconhece–se nesta fase a ausência da fumaça do bom direito na pretensão tendente ao reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos da legislação (ordinária e complementar) do município que excepciona determinadas atividades (cultos, shows e eventos culturais) da observância e sujeição às normas que coíbem a poluição ambiental, conforme decidido no julgamento da ADI 4003256-19.2013.8.12.0000, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 03/09/2014, versando sobre questão similar. Ausente os requisitos legais nesta fase, é de ser afastado o pedido de concessão de medida cautelar.

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 indeferir a medida cautelar, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, impugnando os arts. 88, 90 e 92, § 6º, da Lei Municipal nº 2.909/92 (com a redação dada ou acrescida pela Lei Complementar nº 228, de 31 de março de 2014), e art. 5º, alíneas "g" e "h", da Lei Complementar Municipal nº 08/96 (redação dada pela Lei Complementar n. 267, de 14 de agosto de 2015), do Município de Campo Grande, com os arts. 17, II; 222, §§ 1º e 2º, incisos II, IV, V e VII, da Constituição Estadual. Requer a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos dos referidos dispositivos. Para tanto, sustenta que a fumaça do bom direito estaria evidenciada na patente inconstitucionalidade que acomete os dispositivos mencionados, conforme já se pronunciou a 5ª Câmara

desta Corte, em acórdão de minha relatoria (Agravo n. 2010.037575-7/0000-00, j. 26.01.201). Por outro lado, o perigo da demora resultaria do iminente dano ao meio ambiente e à população, na hipótese de realização de eventos com shows musicais em desacordo com as normas que limitam os índices de emissão de ruídos.

A Câmara Municipal de Campo Grande ofereceu manifestação às f. 221-225, pontuando a competência do Município para, no exercício de poder de polícia, regulamentar a poluição sonora (art. 30, I, da CF), tema de interesse local, daí inexistir inconstitucionalidade formal, posto que preservado o pacto federativo. Requer, assim, o indeferimento da medida cautelar.

O Município de Campo Grande também apresentou manifestação (f. 227-230) alegando ausência dos requisitos necessários à concessão da medida de urgência. Não haveria perigo da demora, posto que os dispositivos legais atacados vigoram desde 31 de março de 2014. Tampouco existe fumaça do bom direito diante da presunção de constitucionalidade das normas. Requer, assim, o indeferimento do pedido.

VOTO (EM 26/04/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, tendente à suspender os efeitos dos arts. 88, 90 e 92, § 6º, da Lei Municipal nº 2.909/92 (com a redação dada ou acrescida pela Lei Complementar nº 228, de 31 de março de 2014), e art. 5º, alíneas "g" e "h", da Lei Complementar Municipal nº 08/96 (redação dada pela Lei Complementar n. 267, de 14 de agosto de 2015), do Município de Campo Grande. Sustenta, para tanto, manifesta incompatibilidade entre os referidos dispositivos com os arts. 17, II; 222, §§ 1º e 2º, incisos II, IV, V e VII, da Constituição Estadual.

A concessão do pleito cautelar depende da verificação nesta fase da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

Os dispositivos impugnados estabelecem, na Lei Municipal nº 2.909/92:

> Art. 88. É proibido perturbar o sossego e o bem estar público com ruídos, vibrações, sons excessivos ou incômodos de qualquer natureza, produzidos por qualquer forma, que contrariem os níveis máximos de intensidade, fixados por esta Lei.
>
> Parágrafo único. Para efeito e compreensão deste artigo, música, arte e cultura não serão considerados ruídos. (Redação acrescida pela Lei Complementar n. 228, de 31 de março de 2014).
>
> (...)
>
> Art. 90. Para fins de aplicação desta Lei ficam definidos os seguintes
>
> horários:
>
> Diurno - compreendido entre as 06:00 e 18:00 horas;
>
> Vespertino - das 18:00 às 21:00 horas;
>
> Noturno - das 21:00 às 06:00 horas. (redação dada pela Lei Complementar n. 08, de 28 de março de 1996).

> (...)
>
> Art. 92. A emissão de ruídos em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, prestação de serviços, inclusive de propaganda, bem como religiosa, sociais e recreativas obedecerão aos padrões estabelecidos nesta Lei.
>
> (...)
>
> § 6º A aferição dos decibéis no ponto de origem da denúncia do distúrbio sonoro, deverá ser acompanhada de um representante do estabelecimento denunciado, vedada a aceitação de denúncias anônimas. (redação acrescida pela Lei Complementar n. 228, de 31 de março de 2014).

No âmbito da Lei Complementar n. 08, de 28 de março de 1996, impugna-se o seguinte dispositivo:

> Art. 5.º Não se compreende nas proibições dos artigos anteriores ruídos e sons produzidos:
>
> g) por templos de qualquer culto, desde que não ultrapassem os limites de 65 dB (A) nos períodos diurno e vespertino e no período noturno enquadrem-se na Tabela I.
>
> h) por shows e eventos de duração máxima de 8 (oito) horas, desde que não ultrapassem os limites de 95 dB(a) no período diurno e 90 dB(a) no período noturno em locais de pouca densidade habitacional, localizados no Corredor Viário c - 5. (redação dada pela Lei Complementar n. 267, de 14 de agosto de 2015).

Vislumbra o *Parquet* inconstitucionalidade formal, na medida em que a competência legislativa dos municípios é meramente suplementar em relação a direito ambiental, nos termos dos arts. 24, da CF e 17 da Constituição Estadual. Mais ainda, que a questão alusiva à poluição sonora tem é tratada pela Resolução CONAMA nº 1, de março de 1990 e Resolução CONAMA nº 2, de 8 de março 1980, delas destoando os dispostos citados.

Pois bem.

Em que pesem as sólidas assertivas veiculadas na inicial, entendo que nesta fase o perigo da demora não se mostra presente. Isso porque a realização de eventos culturais, espetáculos musicais, cultos religiosos etc., mencionados nos dispositivos legais já ocorrem há muitos anos na cidade de Campo Grande. De sorte que os dispositivos legais impugnados não representam, em si, prejuízo nocivo e irreversível à população. Mais ainda, referido regramento já se encontra em vigor desde março de 2014 (aproximadamente 3 anos antes do ajuizamento da presente ADI).

Diante disso, a meu juízo, não há risco de ineficácia de eventual decisão declaratória de inconstitucionalidade ao final da lide, daí porque não se justifica, a meu ver, a suspensão nesta fase dos efeitos de dispositivos legais, que, a rigor, tem presunção de constitucionalidade.

No que concerne à fumaça do bom direito, a solução é um pouco menos simplória.

É bem verdade que nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Por outro lado, somente em hipóteses excepcionalíssimas é que esse regramento deve ser flexibilizado e compatibilizado com outros direitos e garantias fundamentais, sob pena de a exceção tornar-se regra e culminar no enfraquecimento ou aniquilamento da norma fundamental. É o caso dos autos, onde, a pretexto de incentivar manifestações culturais e religiosas, muitos deverão abrir mão de parcela da sadia qualidade de vida.

Em que pesem essas considerações, que serão melhor abordadas quando do julgamento do mérito, não se pode perder de vista que este Órgão Especial enfrentou questão bastante similar quando do julgamento da ADI 4003256-49.2013.8.12.0000, em cuja ementa, confiada ao relator designado, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, ficou assentado:

> EMENTA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 214/2013. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA, TEMPORÁRIA E LOCALIZADAMENTE, A PRODUÇÃO DE RUÍDOS, VIBRAÇÕES OU SONS ACIMA DOS NÍVEIS ORDINARIAMENTE PERMITIDOS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. LEI DECLARADA CONSTITUCIONAL. Se a norma municipal impugnada adota o mesmo parâmetro estabelecido em normas gerais, não há se falar em disciplina local diametralmente oposta à nacional, nem, consequentemente, usurpação ou violação de competência legislativa da União (CE, art. 17, I e II), senão mero exercício regular da competência legislativa suplementar municipal. A própria norma federal autoriza a atuação dos entes menores, ante as peculiaridades locais. Se a norma municipal impugnada autoriza a realização de cinco manifestações tradicionais, que integram o lazer familiar, a cultura e os costumes da comunidade local, cujos beneficiários (participantes, visitantes, organizadores e toda sorte de pessoas envolvidas) são indeterminados e indetermináveis, não há se falar em violação aos postulados impessoalidade e isonomia (CE, art. 25), eis que não beneficia apenas um grupo de administrados. O dever constitucional de proteção ambiental (CE, art. 222) não se trata de regra cuja incidência seja absoluta, afastando todas as demais normas constitucionais. Trata-se de norma-princípio que deve conviver em harmonia com as demais normas-princípio, a exemplo do direito fundamental ao lazer, à cultura e acesso à cultura local e regional que, inclusive, faz referência à identidade, à ação e à memória do povo. Não há violação ao dever público de proteção ambiental e combate à poluição em todas as suas formas (CE, arts. 8 e 222), se, ante as peculiaridades locais, o legislador municipal cria hipóteses excepcionais e temporárias, de curto espaço de tempo e localização preestabelecida, em que são tolerados ruídos, vibrações ou sons acima dos níveis ordinariamente aceitos pela legislação, mitigando minimamente a proibição ambiental para fomentar outros valores constitucionais. Aliás, a legislação municipal (art. 5º, Lei Complementar Municipal 8/2006) prevê ainda outras exceções no caso de ruídos e sons produzidos por "vozes ou aparelhos usados na propaganda eleitoral", "fanfarras ou bandas de músicas em procissão, cortejos ou desfiles cívicos" e "templos de qualquer culto", algo até hoje não impugnado pelos legitimados. Deixa-se de analisar a alegação de que a lei impugnada teria afrontado decisão homologatória de acordo deste Tribunal, eis que a via da ação direta constitui instrumento de fiscalização abstrata, que sabidamente não admite a discussão de situações concretas e individuais, quanto mais decisão judicial proferida em relação processual subjetiva, a envolver, inclusive, matéria fático-probatória. Pedido julgado improcedente, com a consequente declaração de constitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 214/2013 de Campo Grande/MS, restando prejudicada e revogada a liminar concedida anteriormente. (TJMS. Direta de Inconstitucionalidade n. 4003256-19.2013.8.12.0000, N/A, Órgão Especial, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 03/09/2014, p: 12/09/2014)

Assim é que, com reserva de posicionamento contrário, em homenagem ao posicionamento da maioria, reconheço em tese e neste momento processual a ausência de fumaça do bom direito da pretensão inicial, motivo pelo qual entendo deve ser indeferido o pedido de medida liminar.

De tudo quanto exposto, estando ausentes os requisitos legais exigidos para o momento voto pelo indeferimento do pedido de concessão da medida cautelar nesta ação direta de inconstitucionalidade. Determino a notificação da Câmara Municipal de Campo Grande, na pessoa de seu Presidente, e o Município de Campo Grande, na pessoa do Chefe do Executivo, para que se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias (RITJMS, art. 519, *caput*; Lei n. 9.868/99, art. 6º, *caput*, e parágrafo único). Cite-se o Procurador Jurídico

do Município respectivo para, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, defender, no que couber, os preceitos legais impugnados (RITJMS, art. 520). É como voto.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º vogal)

Acompanho o relator.

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

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (5º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (6º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (7º vogal)

Acompanho o relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (8º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (11º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (13º vogal)

Acompanho o relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 10.05.17 em face do pedido de vista do Des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator, acompanhado dos desembargadores Pavan, Vladimir, Fernando Mauro, Claudionor, Lós, Divoncir, Tânia, Contar e Marco André indeferirem a medida cautelar. O Des. Manoel aguarda. Ausentes, justificadamente, os desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Julizar Barbosa Trindade e Romero Osme Dias Lopes.

VOTO (EM 10/05/2017)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (13º vogal)

Trata-se de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, tendente a suspender os efeitos dos arts. 88, 90 e 92, § 6º, da Lei Municipal n. 2.909/92, e art. 5º, alíneas "g" e "h", da Lei Complementar Municipal nº 08/96, do Município de Campo Grande. Sustenta o requerente que os dispositivos em comento são incompatíveis com os arts. 17, II; 222, §§ 1º e 2º, incisos II, IV, V, e VII, todos da Constituição Estadual.

O relator da presente ação, Desembargador Sideni Soncini Pimentel, negou a liminar pleiteada, no que foi seguido pelos demais pares.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria ora debatida, porquanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4003256-19.2013.8.12.0000, versando sobre caso análogo, acompanhei o relator do feito, Desembargador Paschoal Carmello Leandro, para conceder a liminar pleiteada e suspender parcialmente a lei impugnada.

No presente caso, contudo, entendo que a cautelar deve ser indeferida, pelas razões a seguir expostas.

É cediço que a medida cautelar nas ações diretas de constitucionalidade, assim como ocorre com as liminares em geral, exige a presença concomitante da relevância dos fundamentos alegados, bem como o perigo da demora. Nesse sentido, aliás, recentemente decidiu este Órgão Especial. Confira-se:

> EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR – PROBABILIDADE DO DIREITO E *PERICULUM IN MORA* EVIDENCIADOS – CAUTELAR DEFERIDA. I - Como ocorre em geral com os provimentos de tutela provisória de urgência, segundo a ótica do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o deferimento da medida liminar pressupõe a presença concomitante da relevância dos fundamentos invocados na inicial (*fumus boni iuris*) e da necessidade ou a conveniência da providência antecipada para garantir a efetividade do resultado futuro e provável juízo de procedência (*periculum in mora*). II – Inferível, num juízo perfunctório, que os dispositivos da lei combatida impõem julgamento ficto do parecer do Tribunal de Contas acaso a Câmara Municipal não aprecie as contas no prazo de 60 (sessenta) dias, vislumbra-se aparente inconstitucionalidade material e, por consequência, o requisito da probabilidade do direito. III – O perigo da demora também se evidencia pelo risco de dano ao erário com a aprovação de contas sem o efetivo julgamento. IV - Medida cautelar deferida.[1]

No caso em apreço, verifico, de plano, a ausência do *periculum in mora*, porquanto os comandos normativos impugnados estão em vigor, respectivamente, desde 31.3.2014 – art. 88, parágrafo único e 92, § 6º, da Lei n. 2.909/92 – e 14.8.2015 – art. 5º, alínea "h", da Lei Complementar n. 8/96, tendo a ação sido proposta somente em 1.12.2016.

Desse modo, o indeferimento da cautelar pretendida não tem o condão de gerar risco à efetividade de eventual declaração de inconstitucionalidade quando da análise do mérito da ação.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

> EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA (ABRADEE) – ENERGISA MATO GROSSO DO SUL - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A – LEI ESTADUAL N. 4. 054, DE 14.07.2011, QUE ESTABELECEU O PRAZO DE 45 DIAS PARA INSCRIÇÃO DO CONSUMIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA INADIMPLENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – SUPOSTA OFENSA AO ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E AOS ARTIGOS 18, 21, XII, B, E 22, IV, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO – INVASÃO DE COMPETÊNCIA PELO LEGISLADOR ESTADUAL, QUE SE ALEGA NO DIREITO DE LEGISLAR CONCORRENTEMENTE COM A UNIÃO, EM CARÁTER SUPLEMENTAR – INEXISTÊNCIA DO REQUISITO *PERICULUM IN MORA* – IMPROCEDÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR.
>
> **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, ainda que a tese deduzida seja juridicamente relevante, o reconhecimento da situação caracterizadora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada**.[2] (Grifei)

1 TJMS. Direta de Inconstitucionalidade - Nº 2000112-32.2017.8.12.0000. Rel. Desembargador Dorival Renato Pavan. Julgamento 3.5.2017.

2 TJMS. Direta de Inconstitucionalidade - Nº 1401550-79.2016.8.12.0000. Rel. Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 29.6.2016.

Ausente, portanto, um dos requisitos que autorizam a concessão da medida cautelar, seu indeferimento é medida que se impõe, porquanto, como visto, as condições que a autorizam devem estar preenchidas de maneira concomitante.

Dessa forma, acompanho o voto do Relator para indeferir a cautelar pleiteada na presente ação direta de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (4º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (5º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (10º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (11º vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade indeferiram a medida cautelar, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 10 de maio de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Conflito de Competência nº 1600108-60.2017.8.12.0000 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXECUTADOS RESIDENTES EM LAGUNA CAARAPÃ/MS – COMPETÊNCIA TERRITORIAL ESTABELECIDA SEGUNDO O MUNICÍPIO DE LAGUNA CAARAPÃ/MS – COMARCA COM JURISDIÇÃO PARA PROCESSAR E JULGAR OS PROCESSOS DECORRENTES DE LAGUNA CAARAPÃ – ALTERAÇÃO DE PONTA PORÃ PARA DOURADOS – LEI N. 4.613/2014 – COMPETÊNCIA FUNCIONAL ABSOLUTA – DOURADOS COMPETENTE – ART. 43 DO NCPC – CONFLITO CONHECIDO E REJEITADO.

Na hipótese, a Execução foi proposta em 17/11/2009 em face dos executados residentes no Município de Laguna Caarapã/MS. Estabeleceu-se então a competência territorial segundo o domicílio dos executados, qual seja Laguna Caarapã/MS (art. 100, IV, d do CPC/73). A Comarca com a função de processar e julgar os processos da região de Laguna Caarapã à época era Ponta Porã/MS (competência funcional absoluta). Porém, com o advento da Lei n. 4.613/2014, somente a Comarca de Dourados passou a ter jurisdição, portanto, competência funcional, de processar e julgar as ações cuja competência territorial incida sobre o Município de Laguna Caarapã. Sendo assim, porque a Comarca de Ponta Porã deixou de ter jurisdição sobre o Município de Laguna Caarapã e por se tratar de competência funcional absoluta, a execução objeto deste conflito deve ser mantida na Comarca de Dourados, nos termos do art. 43 do NCPC, *in fine*.

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 maioria, julgar improcedente o Conflito, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Juiz de direito da 8ª vara cível da comarca de Dourados, rejeitando declínio de competência (f. 159-162) levado a efeito pela juíza de direito da 3ª vara cível da comarca de Ponta Porã (f. 125) para dar continuidade na tramitação processual da execução nº 0007169-59.2009.8.12.0019, ajuizada por Assistenza Comércio e Representações Ltda contra Valmor Flores Pinto em 17.11.09, na comarca de Ponta Porã, suscita conflito de competência.

Alega a remessa dos autos pela suscitada para comarca de Dourados com arrimo no art. 1º da Lei nº 4.613, de 19 de dezembro de 2014, que modificou a competência territorial do município de Laguna Carapã de Ponta Porã para Dourados.

Registra equívoco da suscitada porque o art. 43 do CPC deixa patente a perpetuação da competência a partir da distribuição.

Nas informações requisitadas (f. 168) a suscitada ponderou tratar-se de decisão tomada pela juíza que a antecedeu na vara e que assim o fez porque o devedor reside no município de Laguna Carapã e o imóvel penhorado lá localizado, circunstância que por si só dinamiza e torna mais econômica a tramitação do feito, corroborado pelo fato de o princípio da *perpetuatio jurisdicionis* comportar exceções, como na hipótese, em que a competência territorial foi modificada por lei posterior ao momento da sua fixação inicial (f. 175).

Sem parecer do órgão ministerial em razão da regra de exceção prevista no parágrafo único do art. 951 do CPC.

VOTO (EM 11/04/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata-se de conflito de competência entre juízos de Dourados e Ponta Porã, para dar continuidade na tramitação da execução ajuizada por Assistenza Comércio e Representações Ltda contra Valmor Flores Pinto.

A remessa do feito de Ponta Porã para Dourados ocorreu após a publicação da Lei Estadual n. 4.613/2014 que, modificando anexos da Lei n. 1.511/94, vinculou o município de Laguna Carapã à competência territorial de Dourados, quando, à época da distribuição da ação, era de Ponta Porã.

Verifica-se ter a credora ajuizado a execução em 17.11.2009 na comarca de Ponta Porã, em razão do devedor manter domicílio no município de Laguna Carapã. Na época o município de Laguna Carapã fazia parte da comarca de Ponta Porã. Com o advento da Lei Estadual n. 4.613/2014, o município de Laguna Carapã passou a pertencer à circunscrição da comarca de Dourados.

A alteração legislativa levou ao declínio da competência da suscitada e remessa dos autos para a comarca de Dourados.

Conquanto alguns passos tenham sido dado ao feito pelo juiz da 8ª vara cível de Dourados, a quem coube presidir a lide com a distribuição, o certo é que o juízo suscitou o conflito com base no princípio da *perpetuatio jurisdictionis* estabelecido no art. 43 do CPC.

Com razão o suscitante, porquanto está-se diante de uma discussão em torno da competência territorial, que é relativa.

Dispõem os arts. 43 e 312 do CPC:

> Art. 43 - Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.
>
> Art. 312 - Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

Ora, a citação, como marco para determinados efeitos, não é para o estabelecimento da competência, que se delimita desde o momento do registro ou da distribuição da inicial.

Na execução cuja crise de competência foi suscitada não só foi o processo distribuído em Ponta Porã como o demandado citado e com adiantada fase, a de expropriação do bem penhorado.

A competência do juiz não se modifica em decorrência de fatos supervenientes, dentre as quais a modificação da vinculação do município da competência territorial de uma comarca para outra, salvo, na hipótese de competência absoluta, o que não é o caso, em razão do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* como ressaltado pelo suscitante (artigo 43, CPC).

Nesse sentido há precedentes neste Sodalício:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – ALTERAÇÃO DA JURISDIÇÃO DO MUNICÍPIO DE LAGUNA CAARAPÃ (DA COMARCA DE PONTA PORÃ PARA A COMARCA DE DOURADOS) – ADVENTO DA LEI ESTADUAL Nº 4.613/2014 – COMPETÊNCIA TERRITORIAL ANTERIORMENTE FIRMADA – CONFLITO PROCEDENTE.
>
> Em razão do princípio da *perpetuatio jurisdicionis* (artigo 87, do CPC) a competência territorial anteriormente firmada não se altera em razão da alteração de jurisdição, sendo irrelevantes as modificações posteriores do estado de fato ou de direito, salvo, apenas, se suprimires o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. (TJMS, Conflito de Competência nº 1601483-67.2015.8.12.0000, Rel.Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j. 21.07.2015).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – AJUIZAMENTO NO FORO DO DOMICÍLIO DO REQUERIDO – NATUREZA ABSOLUTA – TRANSFERÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA JURISDIÇÃO DE OUTRA COMARCA – NATUREZA TERRITORIAL DE CARÁTER RELATIVO – APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PERPETUAÇÃO DA JURISDIÇÃO – ART. 87 DO CPC – CONFLITO PROCEDENTE.
>
> 01. É de natureza absoluta a competência do juízo que mais facilite a defesa do consumidor, no caso, do requerido, para o processamento e julgamento de ação de busca e apreensão em alienação fiduciária.
>
> 02. A transferência de jurisdição do Município de Laguna Caarapã, domicílio do requerido, da base territorial da Comarca de Ponta Porã para a base territorial da Comarca de Dourados, não altera a competência já fixada, por se tratar (tal transferência) de natureza relativa. Logo, aplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, insculpido no artigo 87 do Código de Processo Civil, uma vez que não houve alteração de competência em razão da matéria ou da hierarquia. (TJMS, Conflito de Competência Nº 1601259-32.2015.8.12.0000, Rel. Des. Amaury da Silva Kuklinski, j. 16 de setembro de 2015, 4ª Câmara Cível).

De outros tribunais, em casos assemelhados:

> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. FORO DO DOMICÍLIO DO EXECUTADO. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. COMPETÊNCIA RELATIVA. ALEGAÇÃO NOS EMBARGOS. 1. O Código de Processo Civil em vigor, no artigo 46, § 5º, prevê que a execução fiscal deve ser proposta, alternativamente, no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado. 2. Adotando o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, o art. 43 do CPC determina a fixação da competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial. 3. A mudança de domicílio do executado,

> após o ajuizamento da execução, não possui o condão de alterar a competência (Súmula nº 58 do STJ). 4. É inegável a impossibilidade de o juízo declarar-se incompetente de ofício, por se tratar de competência relativa, consoante apregoa a Súmula nº 33 do STJ. 5. Cabe exclusivamente ao executado alegar a incompetência, nos embargos à execução, caso, ao tempo da propositura da execução, estivesse domiciliado sob a jurisdição de juízo diverso, segundo o disposto no art. 917, inciso V, do Código de Processo Civil. 6. Deixando a parte de arguir a incompetência relativa no momento oportuno, ocorrerá a prorrogação do juízo onde tramita a demanda. 7. Declarada a competência do juízo suscitado. (TRF 4ª R.; CC 5054766-07.2016.404.0000; Primeira Seção; Rel. Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde; Julg. 16/03/2017; DEJF 21/03/2017).
>
> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. ARTIGO 43 DO NOVO CPC. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA. 1. Na esteira da regra da *perpetuatio jurisdictionis* prevista no artigo 43 do CPC/2015, a competência do órgão jurisdicional é fixada no momento do registro ou da distribuição da petição inicial e permanece até o final da decisão da lide. 2. No momento em que foi distribuída a petição inicial dos autos da ação anulatória ao Juízo da 1ª Vara Federal de Caçador/SC fixou-se a sua competência, tendo em vista a aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* e do instituto da prevenção. (TRF 4ª R.; CC 0007402-03.2016.404.9999; SC; Segunda Seção; Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva; Julg. 09/02/2017; DEJF 22/02/2017).
>
> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de execução de título extrajudicial, distribuída ao MM. Juízo de Direito da Comarca de Cotia, que determinou a redistribuição dos autos ao Foro Regional de Pinheiros, em razão de novo endereço da executada informado nos autos. Impossibilidade. Fixação da competência no momento da distribuição da demanda. Inteligência do artigo 43, do CPC. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado, da 2ª Vara Cível da Comarca de Cotia. (TJSP; CC 0056571-35.2016.8.26.0000; Ac. 10076621; São Paulo; Câmara Especial; Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy; Julg. 15/12/2016; DJESP 14/02/2017).

De ver-se que no caso em comento não houve supressão de órgão judiciário, nem tampouco alteração da competência absoluta. Logo, trata-se de competência relativa, a não permitir a remessa do feito à comarca onde, agora, se submete o Município de Laguna Carapã.

Em obra já sob o CPC/2015, o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves[1] faz a seguinte pergunta, em relação à *perpetuatio jurisdictionis*:

> E quando há desmembramento de Comarca? Imagine-se que determinada comarca seja desmembrada. Por exemplo: a comarca X abrangia os municípios X e Y, cumprindo-lhe julgar todas as ações pessoais cujos réus estivessem domiciliados em qualquer deles. Havendo o desmembramento da comarca originária em duas comarcas, a X e a Y, como ficariam os processos já aforados na comarca X, referentes a réus domiciliados na comarca Y? Devem permanecer onde foram ajuizados, ou ser remetidos para a nova Comarca? A questão é controvertida. Há decisões do Superior Tribunal de Justiça determinando a remessa dos autos à nova comarca que resultou do desmembramento (STJ - 4ª Turma, REsp 150.902/PR, Rel. Ministro Barros Monteiro). Entretanto, **o entendimento predominante é o de que deva prevalecer a perpetuação de competência, permanecendo os processos em andamento na comarca originária.** (grifei).

Posto isso, conheço do conflito e o julgo procedente, para declarar a competência do juízo da 3ª vara cível da comarca de Ponta Porã para dar regular tramitação à execução nº 0007169-59.2009.8.12.0019.

1 **Direito processual civil esquematizado**, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p.117.

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

Peço vênia para divergir do ilustre Relator, pois a meu ver não se trata na hipótese de competência territorial, mas sim de competência funcional absoluta, de modo que inaplicável o princípio da *perpetutio jurisdicionis.*

De fato, o art. 87 do Código de Processo Civil de 1973, em vigor ao tempo da distribuição da execução em questão, dispunha:

> Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

Tal norma se repete no novo Código de Processo Civil com redação semelhante, deixando ainda mais clara a exceção à regra da *perpetuatio jurisdicionis*:

> Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.

Oportuno trazer à baila a lição de Fredie Didier Junior que esclarece:

> Requerido o cumprimento ou execução da sentença no foro eleito pelo exequente (ou o juízo que julgou a causa no primeiro grau de jurisdição, ou o dos bens a serem penhorados, ou o do novo domicílio do executado), opera-se a *perpetuatio jurisdictionis*, incidindo, a partir daí, o art. 87 do CPC. Se, posteriormente ao requerimento de cumprimento ou execução da sentença, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, não poderá haver alteração na competência, não repercutindo no processo em curso. Havendo modificação, mais uma vez, do domicílio do executado, não se deve alterar a competência, aplicando-se o art. 87 do CPC. Demais disso, a vontade do exequente não constitui fator de modificação de competência, não podendo afastar a *perpetuatio jurisdictionis.* Esta somente deixa de ser aplicada, quando for suprimido o órgão judiciário ou alterada a competência absoluta. (Didier JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Execução. 3ª edição. Bahia: Editora Jus Podium, 2011)

Logo, eventual mudança de endereço do réu após o ajuizamento da ação, por consistir em competência territorial relativa, não implica em modificação da competência. Porém, alterada a competência funcional da Comarca, por criação ou modificação, após distribuída a ação, por se tratar de competência absoluta, impõem-se a remessa dos autos ao novo juízo competente.

Nesse sentido, inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Direito processual civil. Recurso especial. Embargos de terceiro. Posse de imóvel. Modificação legislativa da competência. Incidência imediata. - A modificação legislativa da competência funcional, absoluta, afasta o princípio da perpetuação da jurisdição, abarcando, inclusive, os processos em curso, nos termos do art. 87, parte final do CPC. Recurso especial não conhecido. (REsp 617.317/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/09/2005, DJ 19/09/2005, p. 319)

Importante ressaltar esta diferença. Antes de distribuída a execução, questiona-se o endereço do executado para definir a competência territorial. Em seguida questiona-se qual a comarca com a função jurisdicional naquele território para definir a competência funcional.

Na hipótese, a Execução de Título Extrajudicial foi proposta em 17/11/2009 por Assistenza Comércio e Representações Ltda. em face de Valmor Flores Pinto, residente no Município de Laguna Caarapã/MS.

Estabeleceu-se então a competência territorial segundo o domicílio do executado, qual seja Laguna Caarapã/MS (art. 100, IV, d do CPC/73). A Comarca com a função de processar e julgar os processos da região de Laguna Caarapã à época era Ponta Porã/MS (competência funcional absoluta). Porém, com o advento da Lei n. 4.613/2014, somente a Comarca de Dourados passou a ter jurisdição, portanto, competência funcional de processar e julgar as ações cuja competência territorial incida sobre o Município de Laguna Caarapã. Veja:

> Art. 1º O Município de Laguna Carapã, criado na forma da Lei n. 1.261, de 22 de abril de 1992, atualmente sob a jurisdição da Comarca de Ponta Porã, fica transferido para a competência territorial da Comarca de Dourados.

A competência territorial não se alterou, pois continua competente para processar e julgar a execução o juízo responsável pelo território de Laguna Caarapã/MS. A responsabilidade por este território, portanto função, se alterou e não pode se perpetuar a jurisdição de Ponta Porã dada sua incompetência funcional absoluta.

Sendo assim, reitero, porque a Comarca de Ponta Porã deixou de ter jurisdição sobre o Município de Laguna Caarapã, e por se tratar de competência funcional absoluta, a execução objeto deste conflito deve ser mantida na Comarca de Dourados, nos termos do art. 43 do NCPC, *in fine*.

Ante o exposto, peço vênia ao ilustre Relator para divergir de seu voto, de modo a conhecer e rejeitar o presente Conflito Negativo de Competência e em consequência declarar competente o Juízo suscitante da 8ª Vara Cível da Comarca de Dourados para processar e julgar a Execução de Título Extrajudicial que Assistenza Comércio e Representações Ltda.- promove em face de Valmor Flores Pinto.

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

Acompanho o 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, julgaram improcedente o conflito, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o 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, 11 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0001254-37.2010.8.12.0005 - Aquidauana
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BEM PÚBLICO – FAIXA DE DOMÍNIO DE FERROVIA FEDERAL – LEI Nº 6.766/79 – ÁREA NÃO EDIFICÁVEL – SEGURANÇA DO TRÁFEGO E DAS PESSOAS – PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O conjunto probatório produzido nos autos evidencia que o apelante edificou junto a linha férrea, exercendo a posse clandestina de bem público, não podendo ser considerada tal posse justa e de boa-fé, havendo mera detenção.

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 relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Vandeufrázio da Silva de Castro, inconformado com a sentença proferida pelo M.M. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, nos autos da ação de reintegração de posse c.c pedido de liminar – proc. nº 0001254-37.2010.8.12.0005, movida por ALL - América Latina Logística Malha Oeste/Ferrovias Novoeste S/A, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que em tempo algum veio a praticar esbulho em detrimento da apelada, pois os atos de posse que exerce no local, tem sido nos exatos limites do título de sua propriedade, objeto da matrícula nº 1.856, eis que adquiriu o referido imóvel através da escritura pública de compra e venda, na data de 30.03.2005.

Sustenta que exerce a posse sobre o imóvel objeto da lide, somada aos seus antecessores, há mais de 48 (quarenta e oito) anos.

Assevera que a apelada não cumpriu o *munus* imposto pelo art. 927 do CPC/73, ou seja, não provou sua posse, requisito essencial para a tutela possessória.

Ressalta que o laudo pericial à fl. 311, no item 4.1, no quadro demonstrativo das ocupações dos réus, comprova que sua posse encontra dentro dos limites de sua propriedade.

Assinala que "quando da expedição do Título Definitivo nº 2.521, levado a registro sob transcrição 1.856, não pode ser atingido pela sentença, tão somente porque sobreveio a edição da Lei nº 6.766 de 19.12.1979, que nos termos do artigo 4, inciso III, com a redação que lhe foi dada pela lei 10.932 de 03/08/2004, no qual o legislador veio a dispor sobre a faixa *non edificandi*, de 15 metros de cada lado, das rodovias e ferrovias.

Ao final, pugna pelo provimento do presente recurso para o fim de reformar a sentença recorrida.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 426/433, pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Vandeufrázio da Silva de Castro, inconformado com a sentença proferida pelo M.M. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Aquidauana, nos autos da ação de reintegração de posse c.c pedido de liminar – proc. nº 0001254-37.2010.8.12.0005, movida por ALL - América Latina Logística Malha Oeste/Ferrovias Novoeste S/A, apela a este Tribunal.

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 29/10/2015, 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.

Consta dos autos que a apelada é concessionária de serviço público de transporte ferroviário de carga e que através do contrato de fls. 37/61, a União Federal transferiu-lhe o direito de explorar toda a malha ferroviária oeste, dentro da qual está incluída aquela que transpassa todo o município de Aquidauana.

Segundo relatado na exordial, o esbulho possessório praticado pelo apelante consistiu no fato de que, na data de 29.04.2010, passou a ocupar um pedaço da faixa de domínio ferroviário existente no Município de Aquidauana, de responsabilidade da empresa apelada.

O pedido inicial foi julgado procedente nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, julgo procedente o pedido inaugural, para o fim de determinar a reintegração/imissão da empresa autora na posse da área de terras descrita na inicial e que encontra-se detalhadamente demonstrada no croqui de f. 299 dos autos, com estrita observância do "quadro de resumo de ocupação" de f. 311, item 4.1.Os réus ficam condenados ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como de verba honorária em favor do patrono da autora, ficando esta verba fixada em R$ 7.000,00 (sete mil

reais), o que faço com base no art. 20, § 4º, do CPC, em especial pelo tempo de duração da demanda, e a complexidade do trabalho que foi desenvolvido. Todavia, aos requeridos beneficiários da assistência judiciária gratuita, a exigência de tais verbas fica condicionada, nos termos do art. 12, da Lei nº 1.060/50. Sentença proferida com o exame do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC. P.R.I.C-se".

Em razão disso, foi interposto o presente recurso sustentando o apelante não ter ficado comprovado o esbulho, já que comprou o imóvel objeto da presente demanda por meio de escritura pública de compra e venda, exercendo a posse mansa e pacífica, não havendo que se falar, portanto, em reintegração de posse.

Em que pesem os argumentos lançados pelo recorrente, a sentença deve ser mantida na sua integralidade.

Conforme determina o artigo 926, do CPC/73, recepcionado pelo art. 560 do CPC/15 "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho".

Nesse passo, incumbe a parte autora a prova da sua posse, da turbação ou do esbulho e a perda da posse no caso da ação de reintegração (artigo 927, CPC/73, recepcionado pelo art. 561 do CPC/15).

Pois bem. No caso dos autos, através da perícia técnica determinada pelo juízo, cujo laudo pericial encontra-se juntado às fls. 306/328, restou claramente demonstrado que a empresa autora é detentora da posse de toda faixa de domínio ferroviária existente no Município de Aquidauana, a qual engloba os 15 metros existentes em cada lado dos dormentes da estrada de ferro edificada e que, de fato, houve invasão por parte do requerido, da faixa de domínio da linha férrea, cuja exploração é de exclusiva responsabilidade da empresa requerente.

Ressalte-se que a Lei nº 6.766/79, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, antes da alteração legislativa trazida pela Lei nº 10.932/2004, em seu art. 4, inc. III, já estabelecia uma faixa *non edificandi* de 15 metros de cada lado da faixa de domínio. Confira-se:

> Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:
>
> (...)
>
> III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias e dutos será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

Diante dessa realidade, tem-se que referida área consiste em limitação administrativa que impõe ao particular administrado o dever de não fazer, por se tratar de terreno pertencente ao Poder Público, o que evidencia a clandestinidade do uso desse bem pelo réu e, portanto, a irregularidade de sua ocupação, não gerando para ele qualquer direito possessório sobre o imóvel, por se tratar de mera detenção.

Nesse contexto, como bem pontuou o d. Juízo singular, o Município de Aquidauana, em 25.03.1923, doou a área de terras indicada na inicial à antiga Estrada de Ferro Noroeste do Brasil, não podendo, portanto, ter realizado permuta, cessão, comodato, ou qualquer outra disposição da mesma área, seja lá com quem for, posto que essas áreas não são de domínio particular.

Desta feita, ao contrário do que quer crer o apelante ao sustentar que adquiriu a posse do imóvel em 30.03.2005, de quem a possuía legitimamente, constata-se que se trata de área pública e que, por isso, não há que se falar em posse justa e de boa-fé conforme estabelece o art.1.200[1] do Código Civil.

Igualmente, dispõe o art. 1.208 do Código Civil que a clandestinidade não autoriza a aquisição da posse pelos ocupantes, como na hipótese, a saber:

1 CC. Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

> 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 clandestinidade.

Assim, constatada a ocupação irregular de área e a ocorrência de esbulho na área concedida à apelada, nos termos dos artigos 921, III, 927 e 928, todos do CPC/73, possui a concessionária apelada o direito de ser reintegrada na posse da área, porquanto patente a ilegalidade da ocupação e o perigo iminente a que estão expostos tanto o apelante quanto os usuários da ferrovia.

A propósito, vale trazer à colação os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA. MERA DETENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE POSSE. PRECEDENTES. 1. **A jurisprudência desta Corte já se manifestou a respeito da questão discutida nos autos e adotou o entendimento no sentido de que a "ocupação de área pública, quando irregular, não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção**. Se o direito de retenção ou de indenização pelas acessões realizadas depende da configuração da posse, não se pode, ante a consideração da inexistência desta, admitir o surgimento daqueles direitos, do que resulta na inexistência do dever de se indenizar as benfeitorias úteis e necessárias **2. Não se pode configurar como de boa -fé a posse de terras públicas, pouco relevando o tempo de ocupação, sempre precária, sob pena de submeter-se o Poder Público à sanha de invasões clandestinas.** Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp 799.765/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, DJe 04/02/2010 - destaquei)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TERRA PÚBLICA. OCUPAÇÃO IRREGULAR. MERA DETENÇÃO. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VERBETE N. 83/STJ. - **Conforme precedentes do STJ, a ocupação irregular de terra pública não pode ser reconhecida como posse, mas como mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito da proteção possessória contra o órgão público**. Incidência do verbete n. 83 da Súmula do STJ. Subsistente o fundamento do decisório agravado, nega-se provimento o agravo. (STJ - AgRg no REsp 1200736/DF, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 08/06/2011 - destaquei)

Diante do exposto, sem mais delongas, nego provimento ao recurso de apelação, para manter a decisão nos moldes em que proferida na origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto 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 abril de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0048570-87.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – PRELIMINARMENTE – INCOMPETÊNCIA DO MAGISTRADO DE PISO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADAS – MÉRITO – VENDA DE MERCADORIA POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO – ICMS – INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL – PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011 E DECRETO ESTADUAL Nº 13.162/2011 – INCONSTITUCIONALIDADE DO PROTOCOLO DECRETADA PELO STF – ADI 4628/DF – APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO – SÚMULA Nº 323 DO STF – MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, levando-se em consideração a decisão exarada no bojo da ADI nº 4628/DF, deve ser reconhecida a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS baseados no Protocolo CONFAZ nº 21/2011, de toda e qualquer tributação de tal imposto nas operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem, de forma não presencial, por meio de internet, *telemarketing* ou *showroom*.

Não merece subsistir o apelo do recorrente, no que tange à possibilidade de retenção de mercadorias como forma de coação para o pagamento do tributo, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do enunciado nº 323: "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

A verba honorária deve ser fixada com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC/1973, aliada à prudência do magistrado, levando-se em conta as particularidades do processo, o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, valorizando, assim, o trabalho realizado pelo profissional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível II - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e negar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 12 de junho de 2017.

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 pelo MM. Juiz da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos do mandado de segurança, impetrado por HV Comercio Importação e Exportação Ltda, apela a este Tribunal.

Aponta, preliminarmente, a incompetência funcional do juízo de piso para tornar definitiva a tutela antecipatória deferida nos autos, tendo em vista que o Desembargador Vice-Presidente desta Corte deferiu o sobrestamento da medida, devendo ser ressalvado que a execução da sentença somente será possível após o trânsito em julgado da matéria.

Entende que deve ser reconhecida a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a apelada quer, em verdade, ver extirpada do ordenamento jurídico a norma contida no Protocolo ICMS Confaz nº 21/2011 e, por conseguinte, o Decreto Estadual nº 13.162/2011.

Argumenta que o Órgão Especial já realizou o controle incidental de constitucionalidade do Decreto Estadual n 13.132/2011, decisão a qual os órgãos fracionários deste Tribunal de Justiça encontram-se vinculados.

No mérito, assevera que não existe qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade, já que a Constituição federal, observando o pacto federativo e a separação dos Poderes, autoriza o ente tributante a instituir e cobrar os tributos de sua competência, bem como legislar sobre o que seja relativo a ele.

Obtempera que o Protocolo Confaz nº 21/2011 e o Decreto Estadual nº 13.162/2011 são atos normativos editados com base na competência constitucional estadual para fiscalizar as operações relativas à circulação de mercadorias, em razão da conveniência de se adotar procedimentos de controle da circulação de mercadorias, evitando-se prejuízos ao erário.

Sustenta que o entendimento deste Tribunal de Justiça é de que o referido Protocolo e o mencionado Decreto Estadual não criam uma nova sistemática de tributação do ICMS, ao contrário, apenas regulamentam a sistemática contida na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional e no Código Tributário Estadual.

Aduz que a legislação supramencionada apenas normatiza um entendimento do Sistema Tributário Nacional já existente no sentido de que a regra do artigo 155, § 2º, inciso VII, alínea 'b' da Constituição Federal, em que toda a tributação fica com o Estado da remetente, somente deve ser aplicada no caso de o consumidor final sul-mato-grossense ter efetivamente se deslocado fisicamente para outro Estado realizar a compra, o que não ocorre no caso em tela.

Alega que a venda não presencial no estabelecimento remetente ocorre, de fato, em solo sul-mato-grossense e, portanto, aqui deve ser tributada, no mínimo, como contribuinte de imposto eventual.

Alternativamente, pede que a verba honorária seja minorada, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil/1973.

Prequestiona a matéria devolvida.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (fls. 251/260).

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de fls. 215/220 que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos do mandado de segurança, interposto por HV Comercio Importação e Exportação Ltda.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido, *in verbis:*

> Diante do exposto, julgo procedente a presente ação, para o fim de declarar a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 13,162/2011 e, de consequência, determinar ao demandado que se abstenha de exigir da autora o recolhimento do ICMS com base no referido diploma, bem como se abstenha de tomar qualquer medida de caráter punitivo contra ela por conta do não recolhimento das diferenças de alíquota objeto deste feito, tais como a retenção e apreensão de mercadorias, tornado definitiva a liminar de f. 152/153. De consequência, condeno o requerido a restituir os valores decolhidos indevidamente a título de ICMS com base no Decreto Estadual nº 13,162/2011, os quais serão estabelecidos em liquidação de sentença.
>
> Tendo em vista a isenção que desfruta o requerido, deixo de condená-lo ao pagamento das custas processuais. Condeno-o, no entanto, a pagar os honorários advocatícios ao patrono da autora, verba esta que fixo, nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Primeiramente, faz-se necessário esclarecer que ao presente recurso aplicam-se as disposições do Código de Processo Civil/1973. É de se transcrever o artigo 14 do CPC/2015, que dispõe o seguinte:

> Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, **respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.** (destaquei)

Tem-se que a sentença foi exarada em 13 de novembro de 2012, publicada no Diário de Justiça nº 2.772 do dia 19 de novembro de 2012, sendo a apelação interposta em 22 de novembro daquele ano.

Desta feita, não há dúvidas de que ela se refere a situação jurídica consolidada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, devendo então ser aplicadas suas disposições ao caso em tela.

Nesse sentido é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao comentarem acerca do artigo 14 supratranscrito, *in verbis*[1]:

> 11. 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 sentença; b) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso.
>
> (...)
>
> 16. Recurso já interposto. Superveniência de lei nova. Quanto o recurso já tiver sido interposto e sobrevier lei que altere o seu regime jurídico, manter-se-á eficaz a lei antiga quanto ao cabimento e ao procedimento do recurso. A este fenômeno dá-se o nome de ultratividade (Cardozo. Retroatividade, p. 296 et seq.) ou sobrevigência (Cruz, Aplicação, n. 78, p. 298 et seq.) da lei anterior.

1 *In* **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 228/229.

Dito isso, passo a analisar o presente recurso.

Preliminarmente

Da incompetência do juízo de piso

Alega o ente público que o magistrado de piso era incompetente para tornar definitiva a tutela antecipatória deferida nos autos, tendo em vista que o Desembargador Vice-Presidente desta Corte deferiu o sobrestamento da medida, devendo ser ressalvado que a execução da sentença somente será possível após o trânsito em julgado da matéria.

Razão não lhe assiste.

A decisão exarada pelo então Presidente deste e. Tribunal, no bojo do Pedido de suspensão de liminar nº 0602144-68.2012.8.12.0000, diz respeito apenas à liminar concedida pelo magistrado às fls. 154/156, devendo ser cumprida tão somente até a decisão final da demanda pelo juízo de piso, ocorrida através da sentença de fls. 215/220.

Da impossibilidade jurídica do pedido

Tampouco merece subsistir a tese apresentada pelo ente público acerca da impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a empresa recorrida pleiteou, em verdade, ver extirpada do ordenamento jurídico a norma contida no Protocolo ICMS Confaz nº 21/2011 e, por conseguinte, o Decreto Estadual nº 13.162/2011.

Da análise da exordial, resta hialino que o pedido apresentado pelo ora apelado era no sentido de "afastar a exigibilidade do crédito tributário correspondente a exigência da Impetrante de recolher o ICMS nos termos do Protocolo ICMS nº 21 e Decreto nº 13.162/2011", bem como "autorizar a devolução imediata dos recolhimentos indevidos realizados pela Impetrante", não havendo falar que o recorrido tenha intentado ação direta de inconstitucionalidade.

A declaração exarada pelo magistrado de piso deu-se de maneira difusa, no caso concreto, visando afastar a cobrança do tributo discutido, não havendo falar em necessidade de propositura da ação de inconstitucionalidade, conforme apontado pelo recorrente.

Desta feita, afasto a preliminar arguida.

Do mérito

A controvérsia reside na aplicação do Decreto Estadual nº 13.162/2011, bem como do Protocolo CONFAZ nº 21/2011, que tratam acerca da "exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorrer de forma não presencial no estabelecimento remetente".

Pois bem. Conforme explicitado pelo recorrente, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, em 12 de dezembro de 2012, no bojo da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1600137-83.2012.8.12.0000, através da qual foram declarados constitucionais os atos normativos supramencionados.

Porém, em que pese tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em 17 de setembro de 2014, declarou a inconstitucionalidade do Protocolo CONFAZ nº 21/2011, nos seguintes termos:

> CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL

(ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART. 150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. 1. A Confederação Nacional do Comércio - CNC e a Confederação Nacional da Indústria - CNI, à luz dos seus fins institucionais, são partes legítimas para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS nº 21, *ex vi* do art. 103, IX, da Lei Fundamental de 1988, posto representarem, em âmbito nacional, os direitos e interesses de seus associados. 2. A modificação da sistemática jurídico-constitucional relativa ao ICMS, inaugurando novo regime incidente sobre a esfera jurídica dos integrantes das classes representadas nacionalmente pelas entidades arguentes, faz exsurgir a relação lógica entre os fins institucionais a que se destinam a CNC/CNI e a questão de fundo versada no Protocolo adversado e a fortiori a denominada pertinência temática (Precedentes: ADI 4.364/SC, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ.: 16.05.2011; ADI 4.033/DF, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ.: 07.02.2011; ADI 1.918/ES-MC, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ.: 19.02.1999; ADI 1.003-DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.09.1999; ADI-MC 1.332/RJ, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ.: 06.12.1995). 3. O Protocolo ICMS nº 21/2011 revela-se apto para figurar como objeto do controle concentrado de constitucionalidade, porquanto dotado de generalidade, abstração e autonomia (Precedentes da Corte: ADI 3.691, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ.: 09.05.2008; ADI 2.321, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 10.06.2005; ADI 1.372, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ.: 03.04.2009). 4. Os Protocolos são adotados para regulamentar a prestação de assistência mútua no campo da fiscalização de tributos e permuta de informações, na forma do artigo 199 do Código Tributário Nacional, e explicitado pelo artigo 38 do Regimento Interno do CONFAZ (Convênio nº 138/1997). Aos Convênios atribuiu-se competência para delimitar hipóteses de concessões de isenções, benefícios e incentivos fiscais, nos moldes do artigo 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 21/1975, hipóteses inaplicáveis *in casu*. 5. O ICMS incidente na aquisição decorrente de operação interestadual e por meio não presencial (internet, telemarketing, showroom) por consumidor final não contribuinte do tributo não pode ter regime jurídico fixado por Estados-membros não favorecidos, sob pena de contrariar o arquétipo constitucional delineado pelos arts. 155, § 2º, inciso VII, b, e 150, IV e V, da CRFB/88. 6. A alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, *é* devida à unidade federada de origem, e não à destinatária, máxime porque regime tributário diverso enseja odiosa hipótese de bitributação, em que os signatários do protocolo invadem competência própria daquelas unidades federadas (de origem da mercadoria ou bem) que constitucionalmente têm o direito de constar como sujeitos ativos da relação tributária quando da venda de bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação. 7. O princípio do não confisco, que encerra direito fundamental do contribuinte, resta violado em seu núcleo essencial em face da sistemática adotada no cognominado Protocolo ICMS nº 21/2011, que legitima a aplicação da alíquota interna do ICMS na unidade federada de origem da mercadoria ou bem, procedimento correto e apropriado, bem como a exigência de novo percentual, a diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna, a título também de ICMS, na unidade destinatária, quando

> o destinatário final não for contribuinte do respectivo tributo. 8. O tráfego de pessoas e bens, consagrado como princípio constitucional tributário (CRFB/88, art. 150, V), subjaz infringido pelo ônus tributário inaugurado pelo Protocolo ICMS nº 21/2011 nas denominadas operações não presenciais e interestaduais. 9. A substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CRFB/88. *In casu*, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7º) para instituir uma nova modalidade de substituição. 10. Os Estados membros, diante de um cenário que lhes seja desfavorável, não detém competência constitucional para instituir novas regras de cobrança de ICMS, em confronto com a repartição constitucional estabelecida. 11. A engenharia tributária do ICMS foi chancelada por esta Suprema Corte na ADI 4565/PI-MC, da qual foi relator o Ministro Joaquim Barbosa, assim sintetizada: a) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final contribuinte do imposto: o estado de origem aplica a alíquota interestadual, e o estado de destino aplica a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, propiciando, portanto, tributação concomitante, ou partilha simultânea do tributo; Vale dizer: ambos os Estados cobram o tributo, nas proporções já indicadas; b) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a consumidor final não-contribuinte: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interna; c) Operações interestaduais cuja mercadoria é destinada a quem não é consumidor final: apenas o estado de origem cobra o tributo, com a aplicação da alíquota interestadual; d) Operação envolvendo combustíveis e lubrificantes, há inversão: a competência para cobrança é do estado de destino da mercadoria, e não do estado de origem. 12. A Constituição, diversamente do que fora estabelecido no Protocolo ICMS nº 21/2011, dispõe categoricamente que a aplicação da alíquota interestadual só tem lugar quando o consumidor final localizado em outro Estado for contribuinte do imposto, a teor do art. 155, § 2º, inciso VII, alínea g, da CRFB/88. É dizer: outorga-se ao Estado de origem, via de regra, a cobrança da exação nas operações interestaduais, excetuando os casos em que as operações envolverem combustíveis e lubrificantes que ficarão a cargo do Estado de destino. 13. Os imperativos constitucionais relativos ao ICMS se impõem como instrumentos de preservação da higidez do pacto federativo, *et pour cause*, o fato de tratar-se de imposto estadual não confere aos Estados membros a prerrogativa de instituir, sponte sua, novas regras para a cobrança do imposto, desconsiderando o altiplano constitucional. 14. O Pacto Federativo e a Separação de Poderes, erigidos como limites materiais pelo constituinte originário, restam ultrajados pelo Protocolo nº 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra fiscal difícil de ser equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de expungi-lo do ordenamento jurídico pátrio. 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas. (ADI 4628, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Processo Eletrônico DJe-230 Divulg 21-11-2014 Public 24-11-2014)

Desta feita, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Carta Maior, deve ser reconhecida a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS baseados no Protocolo CONFAZ nº 21/2011, de toda e qualquer tributação de tal imposto nas operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem, de forma não presencial, por meio de *internet*, *telemarketing ou showroom.*

Confira-se os seguintes julgados:

> EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011 E DECRETO Nº 13.162/2011 – INCONSTITUCIONALIDADE

DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – APREENSÃO DE MERCADORIAS SOB FORMA DE COAÇÃO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTO – APREENSÃO ILEGÍTIMA – SÚMULA 323 DO STF – REMESSA NECESSÁRIA À QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Com a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, na ADI 4628 MC/DF, do Protocolo CONFAZ nº 21/2011, impõe-se reconhecer a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas do ICM, para as operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de *internet, telemarketing ou showroom*. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Precedentes do STF. (TJMS. Remessa Necessária n. 0813125-38.2013.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 21/03/2017, p: 22/03/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA – MÉRITO – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – PROTOCOLO CONFAZ Nº 21/2011 E DECRETO N. 13.162/2011 – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1- Não há falar em carência da ação declaratória sob a alegação de que foi proposta contra lei em tese ou com efeito normativo futuros, uma vez que o Decreto Estadual n.º 13.162, de 27.04.2011, estabelece obrigações concretas e imediatas, o que viabiliza, em tese, a propositura da presente demanda. 2- Considerando que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, declarou na ADI 4628 MC/DF a inconstitucionalidade do Protocolo CONFAZ nº 21/2011, impõe-se em reconhecer a ilegalidade da cobrança do diferencial de alíquotas do ICMS, para as operações interestaduais em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de *internet*, *telemarketing* ou *showroom*. 3- O Supremo Tribunal Federal, declarou a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS n. 21/2011, no julgamento das ADI 4628 e ADI 4713, da Relatoria do Ministro Luiz Fux, modulando-se os efeitos da decisão a partir do deferimento da concessão da medida liminar (19/2/2014), ressalvando-se as ações já ajuizadas (ADI 4628, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, Processo Eletrônico DJe-230). A presente ação foi ajuizada após proferida a liminar da ADI 4628, de forma que seus efeitos estão restritos a modulação, conforme ressalva do próprio acórdão da Suprema Corte. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0824528-67.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 24/01/2017, p: 25/01/2017)

EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO ESTADO DE MATO GROSO DO SUL E REEXAME NECESSÁRIO - PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO (IMPOSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESUAL) - AFASTADA - MÉRITO - VENDA DE MERCADORIA VIA COMÉRCIO ELETRÔNICO (*E-COMMERCE*) - INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL CUJO FUNDAMENTO LEGAL É O PROTOCOLO CONFAZ N. 21/201 E O DECRETO ESTADUAL N. 13.162/2011 - INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO FORA DOS MOLDES CONSTITUCIONAIS - LIMINAR CONCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DETERMINANDO A SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DO PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011 - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO TRIBUTÁRIO COM A UNIDADE FEDERATIVA DE DESTINO DA MERCADORIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA - RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME

> NECESSÁRIO PARCIALMENTES PROVIDOS - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. Tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, exercido no caso concreto, não é necessário o manejo da ação direta de inconstitucionalidade. A Constituição Federal, no intuito de prevenir disparidades no trato do ICMS pelas diversas unidades da federação, tratou de fixar a estrutura de incidência do imposto estadual estabelecendo expressamente a fixação da alíquota interna na hipótese de operações que destinem bens a consumidor não contribuinte localizado em estado diverso, nos termos do art. 155, § 2º, VI, "b". O permissivo instituído pelo Protocolo ICMS nº 21/2011 do CONFAZ traduz inovação que termina por subverter a sistemática de repartição de competência tributária estabelecida pelo constituinte, atentando diretamente contra o próprio pacto federativo (Medida Cautelar na ADI 4628). Não é legítima a cobrança de alíquota interestadual sobre a venda realizada mediante comércio eletrônico (*e-commerce*) a destinatário não contribuinte do imposto localizado em unidade federativa diversa. A Fazenda Pública Estadual *é* isenta do pagamento das custas processuais. No que tange ao prequestionamento, tem-se por satisfatoriamente apreciada a matéria objeto deste recurso, qual seja, a exação de ICMS consoante Protocolo CONFAZ ICMS nº 21/201 e Decreto Estadual nº 13.162/2011 e, por corolário, desnecessária a análise de outras questões arguídas pelas partes, face a impertinência. (TJMS. Agravo Regimental n. 0008359-09.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 11/11/2014, p: 13/11/2014)

Consequentemente, deve ser considerada inconstitucional o Decreto Estadual nº 13.162/2011, uma vez que derivado diretamente do Protocolo analisado, aplicando-se a teoria da inconstitucionalidade por arrastamento. Nesse sentido é a lição de Pedro Lenza[2], *in verbis*:

> Pela referida teoria da inconstitucionalidade por "arrastamento" ou "atração", ou "inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados", ou "inconstitucionalidade por reverberação normativa", se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior – tendo em vista a relação de instrumentalidade entre elas existe – também estará eivada pelo vício de inconstitucionalidade "consequente", ou por "arrastamento" ou "atração".

Tampouco merece subsistir o apelo do recorrente, no que tange à possibilidade de retenção de mercadorias como forma de coação para o pagamento do tributo, conforme entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do enunciado nº 323: "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

No tocante ao pedido de minoração da verba advocatícia, não merece prosperar a insurgência do apelante, pois se revela justa e razoável ao caso presente, estando dentro das diretrizes traçadas pelo § 3º do art. 20 do CPC.

Ademais, vale consignar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que os honorários advocatícios são passíveis de modificação somente "quando verifica-se que o valor da verba honorária mostra-se irrisório ou exorbitante"[3].

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTA-CORRENTE ENCERRADA UNILATERALMENTE – INADMISSIBILIDADE – OBRIGAÇÃO DE REATIVAR MANTIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

2 *In* **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 13ª ed., 2014, p. 351.

3 STJ; T2 - Segunda Turma, AgRg no REsp 1461184/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Jul. 23/10/2014, DJe 30/10/2014.

I. Afigura-se inadmissível à instituição financeira, por simples notificação unilateral imotivada, encerrar conta-corrente ativa, já que, nos termos do artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor, é proibido recusar-se a prestar serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

II. Se os honorários advocatícios foram arbitrados por equidade (art. 20, § 4º, do CPC/73) em valor razoável, consideradas as balizas legais de arbitramento (art. 20, § 3º, do CPC/73), afigura-se desarrazoado falar em sua minoração.

(Apelação nº 0804873-75.2015.8.12.0001, Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/06/2016; Data de registro: 15/06/2016)

Enfim, no que tange ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, eis que toda a matéria foi satisfatoriamente apreciada, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado.

Ante o exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento para manter incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 12 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801678-32.2014.8.12.0029 - Naviraí
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AÇÃO ANULATÓRIA DE VÍNCULO MATRIMONIAL *PÓS MORTEM* – ALEGAÇÃO DE QUE O *DE CUJUS* NÃO POSSUÍA DISCERNIMENTO À ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO – AUSÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE MENTAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Inexistindo nos autos comprovação de que o *de cujus* se encontrava com problemas mentais ou incapaz de manifestar sua vontade e consentir com o casamento na época em que foi celebrado, não há que se falar em anulação do matrimônio.

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 relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Maria Aparecida Holanda Cavalcante, Vanessa Cavalcante Stefanello e Vinicius Cavalvante Stefanello, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação anulatória de vínculo matrimonial *pos mortem*, movida em face do Espólio De Nelson Descovi Stefanello e Gercilei De Oliveira Stefanello, interpõem o presente recurso de apelação.

Aduzem que a apelada, Sra. Gercilei, era empregada doméstica e intitulada "cuidadora" do *de cujus*, Nelson Descovi Stefanello e, para surpresa dos recorrentes, no dia do sepultamento tomaram ciência pela recorrida de que a mesma havia contraído casamento sob regime de comunhão universal de bens com o falecido.

Sustentam que era de conhecimento geral, o Sr. Nelson há longa data era alcoólatra e foi acometido de doença crônica, encefalopatia hepática, cujo quadro comprometia sobremaneira a função cerebral do falecido que realizava tratamento e dependia de variados medicamentos, inclusive psicotrópicos para controle da abstinência ao álcool, o que foi devidamente comprovado nos autos.

Assinalam que trouxeram aos autos, como prova nova obtida ao final da instrução processual, histórico da recorrida em envolvimento com falsificação de documentos, condenada nos artigos 304 c.c. art. 297 do Código Penal.

Asseveram que pelos depoimentos testemunhais colhidos restou comprovado que a recorrente Maria Aparecida possuía um relacionamento afetivo com o *de cujus*, com quem possui dois filhos e que a apelada Gercilei, era apenas um caso extraconjugal, tanto que era apresentada à família como sua cuidadora.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Maria Aparecida Holanda Cavalcante, Vanessa Cavalcante Stefanello e Vinicius Cavalvante Stefanello, em face da sentença proferida nos autos da ação anulatória de vínculo matrimonial *pos mortem*, movida em face do Espólio de Nelson Descovi Stefanello e Gercilei De Oliveira Stefanello.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido:

> (...)
>
> No mérito, o pedido deve ser julgado improcedente.
>
> Cinge-se a controvérsia entre as partes acerca do vínculo conjugal constituído entre o falecido Nelson Descovi Stefanello e Gercilei de Oliveira Stefanello por intermédio de casamento civil realizado em 1º.09.2011 perante o Cartório de Registro Civil desta Comarca sob o regime da comunhão universal de bens (fl. 21).
>
> A teor do Art. 1.514 do Código Civil "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".
>
> A nulidade do vínculo conjugal, segundo os autores, decorreria de dois fatos. Primeiro de que o falecido nunca teria se separado da autora Maria Aparecida e que a ré Gercilei tinha relação profissional com Nelson na condição de cuidadora. Segundo de que o falecido encontrava-se incapaz na época da celebração do casamento.
>
> De fato, em razão de tais alegações a Sr. Maria Aparecida se mostra parte legítima para postular a anulação do casamento, haja vista a possível alteração da ordem sucessória. Vejamos:
>
> APELAÇÃO. NULIDADE DE CASAMENTO. Alegação de enfermidade mental quando da celebração do casamento. Pedido que não se confunde com anulação. Causa de pedir fundamentada propor ação, conforme a dicção do artigo 1.549, do CC. Autora que é genitora de um dos cônjuges (recentemente falecido). Interesse sucessório verificado. Eventual declaração de nulidade que tem o condão de alterar a ordem sucessória, favorecendo a ascendente em detrimento do cônjuge supérstite. Legitimidade ativa verificada. Sentença anulada. Recurso provido. (TJSP; APL 0003843-86.2015.8.26.0441; Ac. 9435816; Peruíbe; Quinta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Fábio Podestá; Julg. 16/05/2016; DJESP 07/06/2016).
>
> Com efeito, na época do casamento o Código Civil assim estabelecia:
>
> Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:
>
> I – pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; (Revogado pela Lei n. 13.146/2015)

II - por infringência de impedimento". [...].

A discussão, portanto, não se refere à quaisquer das hipóteses de vício de vontade vertidas nos arts. 1.556 a 1.558 (causas de anulabilidade), mas ao fato de Nelson ser ou não, na época do casamento, enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (causa de nulidade).

Não há sequer como se cogitar a aplicação da causa de anulabilidade prevista no art. 1.550 do Código Civil, inciso IV, qual seja: "Art. 1.550. É anulável o casamento: [...] IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; [...]", uma vez que o prazo para anulação do casamento neste caso, é de 180 dias a contar da sua celebração do casamento (Art. 1.560, I, CC), período que já havia escoado quando do ajuizamento da ação.

Portanto, limitar-se-à a análise à hipótese de nulidade do casamento prevista no art. 1.548, inciso I, do Código Civil, posteriormente revogada pela Lei n. 13.146/2015.

Segundo as lições de Flávio Tartuce (*In* Manual de Direito Civil: Volume Único, 6 Ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 1.231):

Esta previsão de nulidade era exatamente a mesma constante do art. 3º, II, do CC, também incluindo os doentes mentais sem discernimento, eis que a enfermidade e doença eram tidas como expressões sinônimas, Deveria apenas ser feita a ressalva de que não se exigia o processo de interdição prévio para o casamento ser considerado nulo. No passado, o Enunciado n. 332 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, deu interpretação restritiva ao dispositivo, não admitindo anteriormente a nulidade absoluta do casamento das pessoas descritas no então art. 3º, III, do CC. Assim: "A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3º do Código Civil". De toda sorte, com vistas à plena inclusão das pessoas com deficiência, esse dispositivo foi revogado expressamente pelo art. 114 da Lei n. 13.146/2015. Assim, as pessoas antes descritas no comando podem se casar livremente, não sendo mais consideradas como absolutamente incapazes no sistema civil brasileiro. **A inovação veio em boa hora, pois a lei presumia de forma absoluta que o casamento seria prejudicial aos então incapazes, o que não se sustentava social e juridicamente.** Aliás, conforme se retira do art. 1º da norma emergente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. A possibilidade atual de casamento dessas pessoas parece tender a alcançar tais objetivos, nos termos do que consta do art. 6º da mesma Lei 13.146/2015" (grifei).

Contudo, da análise das provas produzidas nos presentes autos não verifico nenhum elemento suficiente que invalide o casamento civil de Nelson Descovi Stefanello e Gercilei de Oliveira Stefanello.

Ao revés, as provas produzidas dão conta de que o Sr. Nelson era capaz e estava no pleno gozo de suas faculdades mentais, assim como que o casamento resultou da formalização da união há anos mantida entre os nubentes.

In casu, não há prova que afaste a capacidade civil dos nubentes e o pacto antenupcial que estabeleceu o regime de bens foi devidamente formalizado em 27.07.2011 (fl. 22) e na época do casamento o cônjuge Nelson contava com 63 (sessenta e três) anos de idade, cabendo neste ponto frisar que já se encontrava em vigor a Lei n. 12.344/2010 que tornava obrigatório o regime da separação de bens somente para pessoas maiores de 70 anos.

Entretanto, ainda que assim não fosse, o regime da comunhão parcial de bens já regulava a união mantida entre as partes, pois no ano de 2004 a ré e Nelson Descovi Stefanello propuseram Ação de Justificação nesta Comarca, a fim de que fosse justificada a união estável por eles mantida e fosse a ré incluída como dependente no plano de saúde, conforme se depreende às fls. 165/173.

Logo, se os nubentes não detivessem interesse que o regime de bens fosse a comunhão universal, poderiam permanecer como conviventes, mas preferiram formalizar a união com a possibilidade de estabelecimento de regime diverso.

É certo que o falecido Nelson Descovi Stefanello aposentou-se por invalidez perante o IAGRO somente em julho de 2013 (fl. 24), ou seja, quase dois anos depois do casamento civil, vindo a óbito pouco tempo depois (20.01.2014), em razão de "insuficiência respiratória aguda – pneumonia broncoaspirativa – encefalopatia hepática – cirrose hepática – insuficiência renal crônica" (fl. 17), sendo declarante do óbito na condição de viúva, a Sra. Gercilei de Oliveira Stefanello. Por consequência do óbito, à viúva restou concedida pensão por morte (fl. 139).

Da certidão de óbito do Sr. Nelson verifica-se que teve com último endereço a "Rua Guaranis, 251, Centro, Naviraí" (fl. 17), ou seja, mesmo endereço que tanto ele quanto a ré declararam quando do pacto antenupcial (fl. 22).

Em que pensem os problemas de saúde do qual era portador, não se tem notícia de que estes, na época do casamento tornavam o Sr. Nelson pessoa incapaz ou que tais problemas de saúde causaram "enfermidade mental". Em tal período, aliás, este exercia suas atividades como Engenheiro Agrônomo do IAGRO tendo se licenciado do trabalho somente em fevereiro de 2013 (fl. 92).

A licença médica anterior referia-se ao ano de 2004 (fl. 84) e não se tem notícia de que tenha sido declarado incapaz para o trabalho antes de 2013, fato que poderia trazer presunção de preexistência de enfermidade incapacitante.

No documento de fl. 127 datado de 11.05.2007 consta: "paciente com cirrose DH, evoluindo com melhora clínica lenta, mas progressiva". Já no documento de fl. 119 datado de 02.02.2012 o médico que atendia o Sr. Nelson relata que este possuía "cirrose hepática por alcoolismo" e apresentava-se "consciente, orientado, anictérico, afebril, normocorado, hidratado".

Os documentos de fls. 121/122 datados de 21.09.2011 e 15.06.2011, únicos documentos médicos próximos ao casamento, indicam quadro de "cirrose DHA em abstinência há 4 anos em acompanhamento no Hosp. Brigadeiro", "paciente bem, refere ocasionalmente dispnéia aos esforços", "paciente estável, ainda com fala lentificada".

Portanto, não há provas suficientes de que o Sr. Nelson seria absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, tal como era previsto no art. 3º, inciso II, do Código Civil, vigente na época do casamento.

Não se tem prova sequer de incapacidade relativa no momento da celebração do casamento (ébrio habitual, art. 4º, inciso II, CC), haja vista que constam dos documentos médicos abstinência na época e as testemunhas não referem o uso de bebida alcoólica especificamente no período do casamento.

O histórico de alcoolismo do Sr. Nelson é incontestável, entretanto, para nulidade do casamento seria imprescindível a prova de sua efetiva incapacidade.

Ademais, nenhuma das testemunhas negou a existência de relacionamento entre a ré e o falecido ou trouxe qualquer fato que descaracterizasse a união mantida entre estes.

As testemunhas ouvidas não trouxeram qualquer indício de que o relacionamento entre o Sr. Nelson e a autora Maria Aparecida se manteve na condição de união estável após a mudança desta para Campo Grande-MS. Não há sequer relato ou prova documental de que Maria Aparecida tenha acompanhado o tratamento médico do Sr. Nelson.

Os próprios autores em sede de impugnação à contestação narram que "A Senhora Gercilei mantinha o *de cujus* como sua pedra preciosa no qual não permitia a aproximação dos filhos, esposa e parentes [...]" (fl. 201), fato que não seria razoável que uma legítima companheira aceitasse, permitindo que uma curadora assim agisse.

Também não se mostra aceitável que o Sr. Nelson mantivesse dois relacionamentos ao mesmo tempo, tal como pretende fazer crer a parte autora em suas alegações finais (fl. 267).

Referem os autores que a mudança para Campo Grande ocorreu na época em que os filhos estavam em idade vestibular, o que gera presunção de que tenha ocorrido por volta de 1999 visto que em tal época possuíam em torno de 16/17 anos.

Durante todo o tempo que o Sr. Nelson permaneceu em Naviraí e a Sra. Maria Aparecida em Campo Grande-MS (15 anos), provavelmente, se fosse interesse comum em manter a união o Sr. Nelson teria conseguido remoção para Campo Grande ou, a Sr. Maria Aparecida teria retornado a Naviraí após os filhos atingirem a maioridade civil ou concluírem curso superior, o que não ocorreu.

Ao contrário, o relato esclarecedor da testemunha Lenilson Félix Castilho, não refutado por nenhuma outra prova produzida pela parte autora, não deixa dúvidas de que o falecido e a ré viviam sob o mesmo teto como se marido e mulher fossem, sendo que esta o acompanhava no tratamento em São Paulo. Ao que refere, o Sr. Nelson era pessoa capaz ("não tinha nada de doença mental", "estava sempre lúcido") e que por sua vontade casou-se com a ré (fl. 244).

A testemunha, aliás, narrou que foi padrinho do casamento, tendo acompanhado os nubentes no cartório, oportunidade em que o Sr. Nelson estava "ótimo", "muito bem trajado", "muito bem disposto" e "feliz".

A testemunha Tôni Frank Moreira dos Santos narrou, entre outros fatos, que de 2002 a 2008 o Sr. Nelson e a ré foram seus vizinhos, mencionando que a união entre estes era de marido e mulher, sendo que quando viajavam para São Paulo a testemunha cuidava da casa e a filha da ré ficava com a avó (fl. 245).

O depoimento das testemunhas Elza Ferreira (fl. 246), Ruti Ferreira Barros (fl. 247) e Cícero Alves de Freitas (fl. 248) confirmam que a ré ficou com o Sr. Nelson até o falecimento deste.

Note-se que as testemunhas Ruti Ferreira Barros e Cícero Alves de Freitas foram as mesmas ouvidas no processo de justificação em 26.08.2004, conforme se depreende às fls. 169/173, oportunidade em que já confirmavam a união entre a ré e Nelson.

A testemunha Cícero Alves de Freitas (fl. 248), no mesmo sentido das testemunha supracitadas, confirmou que o Sr. Nelson estava sempre lúcido.

No mesmo sentido foi o relato da testemunha Ivanilce Martins do Nascimento (fl. 241), que não pode ser descaracterizado em razão dos documentos apresentados pela parte

autora (fls. 281/292), uma vez que seu depoimento está em consonância com as demais provas produzidas. Ou seja, mesmo que fosse afastado tal depoimento, os fatos por ela narrados que interessam à presente lide estão devidamente provados por outras provas.

Diante de tais elementos, não é crível que não fosse vontade do falecido casar-se com a ré se desde 2004 já manifestou seu interesse mediante o ajuizamento de demanda judicial de reconhecer da união mantida, inclusive, com a finalidade de incluí-la como dependente em seu plano de saúde.

Não se revela razoável que, se o Sr. Nelson tivesse algum relacionamento com a Sr. Maria Aparecida esta aceitaria ou não detivesse conhecimento que ele pretendia incluir outra pessoa como sua dependente em plano de saúde, fato que prejudicaria a Sra. Maria Aparecida.

E, por fim, não havendo elementos que indiquem que a enfermidade da qual o falecido era portador tenha lhe tirado o discernimento necessário para casar-se perante Oficial de Registro Público, que por sua vez detém fé-pública e cujos atos detém presunção de veracidade, tenho que o casamento é perfeitamente válido tal como realizado.

Se os autores mantinham ou não contato frequente com o genitor ou, se o auxiliavam ou não no trato de suas enfermidades, isso não altera os fatos, ou seja, que seu genitor, de forma livre e consciente, contraiu núpcias com a ré em regime de comunhão universal de bens. Infelizmente o Sr. Nelson não está presente para explicar os motivos pelos quais assim agiu ou, ainda, porquê não teria compartilhado tal fato com os filhos, entretanto, ao que consta, o ato jurídico é válido e eficaz.

Os autores não lograram êxito em comprovar fato constitutivo de seu direito, o que lhes incumbia a teor do art. 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, não restando outro caminho a trilhar senão a improcedência de seus pedidos.

Neste sentido, calha citar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. DOENÇA MENTAL DO JÁ FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. A ausência de capacidade faz nulo o casamento em que um dos nubentes é enfermo mental, cuja doença lhe retira o pleno discernimento para a prática dos atos da vida civil, conforme disposto no art. 1.548, inciso I, do CC. 2. Ausente a comprovação de que o pai da apelante encontrava-se impossibilitada de consentir quando da celebração do casamento, não há que se falar em vício e em anulação do casamento. 3. Comprovado nos autos a existência de relacionamento amoroso anterior à celebração do casamento, bem como que existiu uma vida em comum do casal antes e após o enlace, afasta-se a fraude. 4. Recurso improvido. (TJPI; AC 2012.0001.002270-8; Segunda Câmara Especializada Cível; Rel. Des. José Ribamar de Oliveira; DJPI 22/09/2015; Pág. 14).

Dispositivo.

ANTE O EXPOSTO, julgo improcedentes os pedidos apresentados por Maria Aparecida Holanda Cavalcante, Vinicíus Cavalcante Stefanello e Vanessa Cavalcante Stefanello em desfavor do Espólio de Nelson Descovi Stefanello e Gercilei de Oliveira Stefanello.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), atento aos ditames do art. 85, §§ 2º e 8º do Novo Código de Processo Civil, já considerados o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo

advogado e o tempo exigido para o seu serviço, ficando, contudo, suspensa a exigibilidade de tal verba em razão de ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Por consequência, declaro resolvido o mérito da ação, com fulcro no artigo 487, inciso I do NCPC.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Com o trânsito em julgado, traslade-se cópia desta sentença para os autos em apenso.

Oportunamente, arquivem-se os autos, mediante as baixas e anotações necessárias.

Em que pesem as argumentações dos apelantes, não se vislumbra dos autos qualquer vício a ensejar a nulidade do matrimônio contraído pelos apelados.

Conforme se verifica, o casamento contraído entre a Sra. Gercilei de Oliveira e Nelson Descovi Stefanello, foi realizado no Cartório de Registro Civil, cujos atos gozam de fé-pública e presunção de veracidade.

Ao contrário do sustentado pelos recorrentes, as provas colhidas nos autos não comprovam que o Sr. Nelson se encontrava incapaz à época em que contraiu o matrimônio com a Sra. Gercilei (01/09/2011 – f. 22-23)

Os depoimentos testemunhais são uníssonos no sentido de que os apelados conviviam como se marido e mulher fossem e que o Sr. Nelson sempre se apresentava lúcido e que de livre e espontânea vontade contraiu o matrimônio.

Outrossim, consoante bem observado pelo juízo *a quo*, observa-se pelo documento juntado à f. 92, que até o final do ano de 2012 o Sr. Nelson trabalhou como Fiscal Agropecuário, junto ao Iagro, tendo sido licenciado para tratamento de saúde somente em fevereiro de 2013 e se aposentado por invalidez em julho de 2013, o que corrobora com a conclusão de que na data em que contraiu matrimônio se encontrava em pleno discernimento e capacidade para os atos da vida civil.

Demais disso, os documentos médicos juntados não indicam qualquer sinal de que a enfermidade apresentada pelo apelado pudesse comprometer-lhe a capacidade de discernimento, pelo contrário, conforme bem observado pelo juízo, "No documento de fl. 127 datado de 11.05.2007 consta: "paciente com cirrose DH, evoluindo com melhora clínica lenta, mas progressiva". Já no documento de fl. 119 datado de 02.02.2012 o médico que atendia o Sr. Nelson relata que este possuía "cirrose hepática por alcoolismo" e apresentava-se "consciente, orientado, anictérico, afebril, normocorado, hidratado". Os documentos de fls. 121/122 datados de 21.09.2011 e 15.06.2011, únicos documentos médicos próximos ao casamento, indicam quadro de "cirrose DHA em abstinência há 4 anos em acompanhamento no Hosp. Brigadeiro", "paciente bem, refere ocasionalmente dispnéia aos esforços", "paciente estável, ainda com fala lentificada."

Assim, inexistindo nos autos qualquer documento que comprove que o apelado Nelson Descovi Stefanello à época em que contraiu o matrimônio em questão, se encontrava incapaz e/ou não possuía discernimento para manifestar sua vontade e, assim, consentir com o casamento, não há como prosperar a pretensão dos apelantes em ver anulado o casamento.

A propósito, confira-se a jurisprudência em casos análogos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. CASAMENTO. NULIDADE. AÇÃO DECLARATÓRIA. ARTIGO 1.548, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.406/02. INCAPACIDADE CIVIL DO NUBENTE. AUSÊNCIA

DE PROVA DE QUE O VARÃO ERA INCAPAZ À ÉPOCA DO CASAMENTO. 1. Não há falar em nulidade de casamento se não demonstrada, de forma cabal, a alegada incapacidade do varão ao tempo do ato. 2. O fato de ter sido diagnosticado com Mal de Alzheimer ao tempo em que examinado na clínica de repouso onde foi abrigado (ano de 2011), estimando o médico firmatário do laudo que a doença já o acometia há 08 (oito) anos, não é bastante para ensejar a nulidade do casamento ocorrido 06 (seis) anos antes do exame (ano de 2005). 3. Do contexto probatório se extrai que, indiscultivelmente, o varão pretendia beneficiar a virago, tanto que testou em seu favor a integralidade do seu patrimônio, no ano de 2004, portanto, antes do matrimônio, concluindo o tabelião que naquela ocasião, apesar de apresentar problemas visuais, encontrava-se lúcido. 4. A diferença de idade entre os cônjuges e o fato de a virago não ter se dedicado ao marido do modo como ele pretendia e/ou necessitasse não autoriza a conclusão de manipulação do idoso, no sentido de viciar o seu consentimento, ou caracteriza maus-tratos. 5. A prova testemunhal, em especial os depoimentos das testemunhas próximas ao casal, dão conta do propósito do varão de contrair matrimônio com a virago, salientando que os problemas de saúde limitavam-se aos visuais e de locomoção. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70066955287, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 28/09/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE CASAMENTO. INCAPACIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O NUBENTE ERA INCAPAZ QUANDO REALIZADO O CASAMENTO. Inviável invalidar o casamento realizado quando ausente prova de que o nubente era incapaz no momento da realização do negócio jurídico. Prova dos autos demonstra a capacidade atual e a vontade do varão em permanecer casado. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70066370727, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 04/11/2015)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE CASAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. EXISTÊNCIA DE RELACIONAMENTO ANTERIOR AO CASAMENTO. COMPROVAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 1550, inciso I do Código Civil, é "anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento". 2. Ausente a comprovação de que a nubente encontrava-se impossibilitada de consentir quando da celebração do casamento, não há que se falar em vício e em anulação do casamento. 3. Comprovado nos autos a existência de relacionamento amoroso anterior à celebração do casamento, quando os nubentes livremente expressaram a vontade de contrair matrimônio, bem como que a vida do casal antes e após o enlace era permeada de afeto, carinho e cumplicidade, não há que se falar em fraude. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.09.538535-0/001, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes , 8ª Câmara Cível, julgamento em 27/03/2014, publicação da súmula em 07/04/2014)

FAMÍLIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. ALEGADA ENFERMIDADE MENTAL À ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DAS NÚPCIAS. AUSÊNCIA DE PROVAS A RESPEITO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECLAMO RECURSAL DESPROVIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO AUSENTE. 1 Como preconizado pelo nosso Código Civil, no inciso I de seu art. 1.548, é nulo o casamento contraído por enfermo mental que não possui, quando do enlace, discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil. Assim, somente a incapacidade decorrente de problemas de natureza mental ou psíquica é que conduz à nulidade do casamento. 2 Não resultando dos autos prova eficiente acerca da invocada enfermidade mental que acomete o demandante - depressão - e, por consequência, a falta de discernimento para contrair núpcias, não há como prosperar a sua pretensão de ver anulado o seu casamento com a requerida. 3 A imposição, ao insurgente, da reprimenda processual referente à litigância

de má-fé tem como pressuposto basilar a existência de um elemento subjetivo a evidenciar a intenção desleal e maliciosa da parte, o que não ocorre quando o recorrente limita-se a buscar, em sede recursal, a reversão do decisório contrário ao entendimento jurídico por si defendido. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.039605-9, de Canoinhas, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 05-12-2013).

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. DOENÇA MENTAL DO JÁ FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. A ausência de capacidade faz nulo o casamento em que um dos nubentes é enfermo mental, cuja doença lhe retira o pleno discernimento para a prática dos atos da vida civil, conforme disposto no art. 1.548, inciso I, do CC. 2. Ausente a comprovação de que o pai da apelante encontrava-se impossibilitada de consentir quando da celebração do casamento, não há que se falar em vício e em anulação do casamento. 3. Comprovado nos autos a existência de relacionamento amoroso anterior à celebração do casamento, bem como que existiu uma vida em comum do casal antes e após o enlace, afasta-se a fraude. 4. Recurso Improvido. (Processo AC 00000907020108180037 PI 201200010022708 Órgão Julgador 2ª Câmara Especializada Cível Julgamento 30 de Junho de 2015 Relator Des. José Ribamar Oliveira)

Destarte, não se vislumbra nenhum equívoco na sentença invectivada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto 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 abril de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800454-49.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – PRELIMINAR REJEITADA - CUMULAÇÃO DO CARGO EFETIVO DE AGENTE DE SAÚDE COM MANDATO ELETIVO DE VEREADOR – FALTAS INJUSTIFICADAS NO CARGO EFETIVO – PERCEPÇÃO INTEGRAL DOS VENCIMENTOS – VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA, LESÃO AO ERÁRIO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Nos termos do artigo 330, § 1º, do Código de Processo Civil, a petição inicial é inepta quando lhe falta pedido ou causa de pedir, o pedido for indeterminado, da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão e contiver pedidos incompatíveis entre si. Não constatadas essas irregularidades, é de rigor a rejeição da preliminar.

Nos termos do artigo 38 da Constituição Federal, é possível cumular cargo efetivo com o mandato eletivo de vereador, desde que exista compatibilidade de horários. A percepção integral dos vencimentos do cargo efetivo nos meses em que o agente público falta serviço por ter viajado para outra cidade a serviço da Câmara dos Vereadores e essas faltas não são repostas, configura ato administrativo passível de ser sancionado, por resultar na percepção de vantagem patrimonial indevida, lesão ao erário e violação aos princípios da administração.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Paulo Nascimento Bastos interpõe recurso de apelação (f. 1.036/1.051) contra sentença de procedência parcial do pedido (f. 1.010/1.031), proferida em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público Estadual. A magistrada condenou o apelante ao ressarcimento dos valores recebidos indevidamente nos 79 (setenta e nove) dias que deixou de desempenhar função de agente de saúde, no período entre janeiro de 2009 a outubro de 2011.

Argui preliminar de inépcia da petição inicial, sob o argumento de não existir perfeita subsunção entre os fatos narrados e a norma. Afirma não haver prova suficiente da prática de atos de improbidade administrativa. Alega ter exercido concomitantemente suas funções de agente de saúde e de vereador, por serem compatíveis os horários, tendo, inclusive, trabalhado em campanhas nos finais de semana com intuito de repor suas faltas. Menciona não ser possível considerar injustificadas suas faltas, ocorridas quando viajou no interesse do Município de Selvíria. Diante desses argumentos, sustenta não ter praticado ato doloso passível de ser enquadrado na lei de improbidade administrativa.

Contrarrazões às f. 1.056/1.063.

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação (f. 1.072/1.077).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Paulo Nascimento Bastos (f. 1.036/1.051) contra sentença de procedência parcial do pedido formulado (f. 1.010/1.031), proferida em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada por Ministério Público Estadual. A magistrada condenou o apelante ao ressarcimento dos valores recebidos indevidamente nos 79 (setenta e nove) dias que deixou de desempenhar a sua função de agente de saúde, no período entre janeiro de 2009 a outubro de 2011.

Conforme consta no relatório, o apelante argui preliminar de inépcia da petição inicial, sob o argumento de não existir perfeita subsunção entre os fatos narrados e a norma. Afirma não haver provas suficientes da prática de atos de improbidade administrativa. Alega ter exercido normalmente suas funções de agente de saúde e de vereador, por serem compatíveis os horários, tendo, inclusive, trabalho em campanhas nos finais de semana com intuito de repor suas faltas no cargo efetivo. Menciona não ser possível considerar atos de improbidade administrativa as suas faltas no cargo efetivo, ocorridas quando viajou a serviço do Município de Selvíria. Sustenta, ainda, não ter agido com dolo ou má-fé contra os princípios da administração ou com a intenção de causar prejuízo ao erário.

Fundamentação

Inépcia da petição inicial

Nos termos do artigo 330, § 1º, do Código de Processo Civil, a petição inicial é inepta quando lhe falta pedido ou causa de pedir, o pedido é indeterminado, da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão e contiver pedidos incompatíveis entre si.

Nessa hipótese, a petição inicial é clara, objetiva e narra todos os fatos e fundamentos jurídicos essenciais para o julgamento do pedido formulado, ou seja, não viola as hipóteses previstas no dispositivo acima mencionado, por isso não há razão para acolher a preliminar de inépcia da petição inicial.

Aliás, caso não exista perfeita subsunção entre os fatos narrados e a norma específica, conforme defende o apelante, é caso de improcedência do pedido e não de extinção do processo sem resolução do mérito.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de inépcia da petição inicial.

Mérito

O ato de improbidade administrativa é a conduta do agente público que resulta na percepção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da função pública, cause lesão ao erário ou viole os princípios da administração.

Os artigos 9°, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 especificam algumas hipóteses passíveis de serem sancionadas, mas, de forma alguma, a intenção do legislador foi exaurir todas as situações jurídicas passíveis de serem enquadradas nessa lei, até porque seria uma tarefa impossível de ser realizada.

Em se tratando da vantagem patrimonial indevida e de lesão ao erário, a constatação do dolo do agente público é imprescindível para configurar ato de improbidade administrativa. Já na hipótese de violação aos princípios da administração, até mesmo a conduta culposa é suficiente para configurar ato de improbidade administrativa.

O réu/apelante, desde o dia 5 de novembro de 2001, ocupa cargo efetivo de agente de saúde pública do Município de Selvíria, função com carga diária de 6 horas. No ano de 2009 foi eleito vereador, se tornando Presidente da Câmara em 2010.

Nesse período o réu/apelante não formulou requerimento administrativo de afastamento do cargo efetivo, por isso exerceu, ou deveria ter exercido, a função de agente de saúde e o mandato de vereador concomitantemente.

Somente em novembro de 2011, após o Ministério Público instaurar procedimento investigativo, o réu/apelante formulou requerimento de afastamento do cargo efeito.

Conforme regra jurídica prevista nos incisos II e III do artigo 38 da Constituição Federal, não há irregularidade na cumulação desses cargos, desde que exista compatibilidade de horários. Nessa hipótese, o vereador investido no mandato perceberá as vantagens de seu cargo eletivo, sem prejuízo da remuneração do cargo efetivo. E, caso inexista compatibilidade de horário, o vereador deverá afastar-se do cargo efetivo, sendo-lhe facultado optar pela remuneração mais vantajosa.

As provas produzidas demonstram que o réu/apelante viajou para Campo Grande, a serviço da Câmara dos Vereadores, em 79 (setenta e nove) ocasiões e nesse período percebeu normalmente as vantagens do cargo eletivo de vereador, inclusive as diárias, mais a remuneração integral do cargo efetivo de agente de saúde.

Tendo em vista a distância entre Selvíria e Campo Grande, quase 400 quilômetros, o réu/apelante, certamente, não trabalhou no seu cargo efetivo nos dias das referidas viagens, até porque os seus compromissos foram a serviço da Câmara de Vereadores, por isso estava em Campo Grande no horário comercial.

O próprio réu/apelante não nega a realização dessas viagens, mas afirma ter exercido efetivamente as duas funções, tendo inclusive compensado suas faltas no cargo efetivo com o trabalho em campanhas nos finais de semana.

Essa alegação, entretanto, não está comprovada pelas provas produzidas nos autos de processo. E, por se tratar de fato impeditivo ou modificativo de direito do autor, era ônus probatório do réu/apelante demonstrar a veracidade dessa alegação, vale dizer, que realmente repôs as faltas no cargo efetivo.

Na audiência de instrução e julgamento (f. 999), a testemunha Adauto Rodrigues Jardim, também agente de saúde, mencionou não mais ter visto o réu/apelante no desempenho de seu cargo efetivo após a sua diplomação no mandato de vereador.

Essa prova testemunhal é corroborada pelas informações constantes nas cópias dos depoimentos de Denilson Aparecido Silva Queiroz e Silvio Luiz de Souza, prestados ao Ministério Público no inquérito civil n. 005/2011, instaurado após recebimento de denúncia anônima (f. 494 e 544). Esses dois agentes de saúde também confirmaram no inquérito civil que o réu/apelante não mais trabalhou no seu cargo efetivo após assumir o mandato de vereador, informações condizentes com a denúncia anônima recebida.

A data do requerimento do réu/apelante de afastamento do cargo efetivo, logo após o Ministério Público Estadual instaurar inquérito civil para apurar irregularidade na cumulação dos cargos, é outro forte indício de que não estava cumprindo suas obrigações no cargo de agente de saúde.

Chama atenção, do mesmo modo, a existência de inquérito policial contra o réu/apelante (f. 389/395), instaurado para apurar a prática do crime de falsidade ideológica, por supostamente ter preenchido no mesmo dia a sua folha de frequência dos meses de janeiro e fevereiro de 2011, mais um indício relevante do descumprimento de suas obrigações.

Já a testemunha Roberto Cecílio da Silva alegou ter visto o réu/apelante cumprindo sua função de agente de saúde, inclusive aos sábados em campanhas, mas não confirmou se toda carga horária do cargo efetivo foi devidamente cumprida. Além disso, a magistrada fez questão de enaltecer na fundamentação da sentença a afetação e a falta de naturalidade dessa testemunha quando foi questionado sobre as campanhas dos finais de semana, por isso considerou o seu depoimento duvidoso.

A testemunha Reinaldo Mendonça Costa disse ter nomeado o réu/apelante verbalmente para executar controle dos agentes de saúde no Bairro Véstia, em regime de fiscalização. Essa informação, no entanto, é desprovida de credibilidade, por não ser válida a nomeação verbal de funcionário para exercer qualquer cargo, tendo em vista a formalidade exigida para realizar esse ato administrativo. Outro dado relevante apto a desqualificar o depoimento dessa testemunha é que o réu/apelante foi supostamente o primeiro funcionário a ser nomeado para exercício da fiscalização de outros agentes de saúdes, ou seja, nenhum outro servidor desempenhou essa mesma função anteriormente.

Aliás, não se pode ignorar a contradição dos depoimentos das duas testemunhas favoráveis ao réu/apelante. De acordo com o depoimento de Roberto Cecílio da Silva o réu/apelante exercia normalmente a sua função de agente de saúde no período de suas faltas. Mas, conforme exposto por Reinaldo Mendonça Costa, o réu/apelante desempenhava o controle, em regime de fiscalização, dos outros agentes de saúde.

As provas produzidas pelo Ministério Público Estadual são uníssonas, isto é, todas demonstram o descumprimento das obrigações do cargo efetivo de agente de saúde. Por outro lado, as provas produzidas pelo réu/apelante são duvidosas, confusas e contraditórias.

Aliás, o próprio réu/apelante, nas razões recursais, sugere aplicação de sanção administrativa como punição de suas faltas injustificadas. Ou seja, embora indiretamente, admitiu não ter cumprido toda carga horária do seu cargo efetivo de agente de saúde.

Os holerites juntados nos autos de processo (f. 607/611) demonstram o recebimento normal dos vencimentos do cargo efetivo de agente de saúde até requerer o seu afastamento, sem qualquer desconto, inclusive nos meses de suas viagens para Campo Grande a serviço da Câmara de Vereadores.

A ausência de desconto nos vencimentos do réu/apelante relativamente ao cargo efetivo nos meses em que viajou a trabalho da Câmara dos Vereadores, em cumprimento ao seu mandato eletivo, deu ensejo

a percepção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da função pública, causou lesão ao erário e violou os princípios da administração pública, notadamente o da legalidade, da moralidade e o dever de honestidade.

Por violar princípios da administração pública, basta a conduta culposa do agente público para receber as sanções previstas na lei de improbidade administrativa. Ademais, o réu/apelante, por ser agente público concursado há mais de 15 (quinze) anos e ter ocupado o importante cargo de Presidente da Câmara dos Vereadores, certamente agiu com dolo no recebimento integral dos vencimentos do cargo efetivo, pois possuí conhecimento prático suficiente para reconhecer a ilegalidade da suas faltas injustificadas no cargo efetivo.

Diante desses argumentos, a magistrada agiu com acerto ao condenar o apelante ao ressarcimento dos valores recebidos indevidamente nos 79 (setenta e nove) dias que deixou de desempenhar a sua função de agente de saúde, no período entre janeiro de 2009 a outubro de 2011.

Dispositivo

Posto isso, com o parecer, nego provimento ao recurso de apelação.

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 26 de abril de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800727-16.2016.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL – AUSÊNCIA DE CLÁUSULA EXPRESSA NEGATIVA DE COBERTURA – MEIO DE TRATAMENTO DE DOENÇA – POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO – VAZIO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA – DANO MORAL AFASTADO.

Apesar de não se tratar de hipótese de cobertura obrigatória do plano de saúde, a falta de cláusula específica excluindo a inseminação artificial e a sua configuração como meio de tratamento para patologia impeditiva do natural planejamento familiar, impõem o fornecimento do tratamento de assistência reprodutiva pelo plano de saúde.

A negativa em fornecer tratamento médico sem caráter emergencial ou de urgência e fundamentada em vazio de cláusula contratual não acarreta o dever de indenizar por danos morais, porque ausente a violação da boa-fé objetiva.

Recurso conhecido e provido em parte.

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, 24 de maio de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS interpõe recurso de apelação às fls. 211/228, contra sentença de ratificação da tutela provisória de urgência e procedência dos pedidos de Ederson de Melo e Dilma Neckel Cabral de Melo, para determinar o fornecimento do tratamento de reprodução assistida por meio de fertilização *in vitro*, bem como o pagamento de R$ 10.000,00 para cada autor, a título de compensação por danos morais. Condenou a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios correspondente a 10 % sobre o valor da condenação.

Sustenta a existência de cláusula expressa no contrato excluindo o procedimento médico pretendido pelos autores. Afirma não se tratar de hipótese de cláusula de cobertura obrigatória do plano de saúde, excluída pelo art. 20, § 1º, III, da Resolução Normativa nº 387/2015, bem como pelo art. 10, III, da Lei 9.656/98.

Alega que o planejamento familiar instituído no art. 8º, não inseriu inseminação intrauterina como cobertura obrigatória no plano de saúde. Ressalta a característica de associação da ré, oferecendo serviços a baixo custo, em detrimento ao alto custo do procedimento visado, bem como a impossibilidade do Poder Judiciário interferir no seu funcionamento.

Argumenta a inexistência de dano moral, porque ausente ato ilícito, dano e nexo causal.

Contrarrazões às fls. 245/255.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS interpõe recurso de apelação às fls. 211/228, contra sentença de ratificação da tutela provisória de urgência e procedência dos pedidos de Ederson de Melo e Dilma Neckel Cabral de Melo, para determinar o fornecimento do tratamento de reprodução assistida por meio de fertilização *in vitro*, bem como o pagamento de R$ 10.000,00 para cada autor, a título de compensação por danos morais. Condenou a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios correspondente a 10% sobre o valor da condenação.

Sustenta a existência de cláusula expressa no contrato excluindo o procedimento médico pretendido pelos autores. Afirma não se tratar de hipótese de cláusula de cobertura obrigatória do plano de saúde, excluída pelo art. 20, § 1º, III, da Resolução Normativa nº 387/2015, bem como pelo art. 10, III, da Lei 9.656/98.

Alega que o planejamento familiar instituído no art. 8º, não inseriu inseminação intrauterina como cobertura obrigatória no plano de saúde. Ressalta a característica de associação da ré, oferecendo serviços a baixo custo, em detrimento ao alto custo do procedimento visado, bem como a impossibilidade do Poder Judiciário interferir no seu funcionamento.

Argumenta a inexistência de dano moral, porque ausente ato ilícito, dano e nexo causal.

Fundamentação

O planejamento familiar é direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal no § 7º do art. 226:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> (...)
>
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> A Lei Federal n. 9263/96 regulamentou o direito constitucional e definiu planejamento familiar como sendo o conjunto de ações efetuadas para o controle da fecundidade, o qual garante tanto a limitação, quanto o aumento da prole.

> Por sua vez, a corresponsabilidade das operadoras de plano de saúde no alcance desse direito constitucional à pretensão de ter filhos tanto pela via convencional, quanto por meio de técnicas científicas de fecundidade, sobreveio com a promulgação da Lei no. 11.935/2009 ao instituir o art. 35-C à Lei 9656/98:
>
> Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
>
> (...)
>
> III - de planejamento familiar.

Apesar de a inseminação artificial não se tratar de hipótese de cláusula de cobertura obrigatória do plano de saúde, excluída pelo art. 20, § 1º, III, da Resolução Normativa nº 387/2015, bem como pelo art. 10, III, da Lei 9.656/98, a falta de cláusula contratual específica excluindo o tratamento conduz ao seu fornecimento.

Nesse contexto, ao contrário do alegado pela recorrente, da leitura do contrato firmado entre as partes, fls. 30/36, não consta exclusão expressa do tratamento de reprodução assistida.

Ao se interpretar contratos dessa natureza, deve-se considerar o princípio da sua função social, da boa-fé e da cooperação, para evitar desvantagem exagerada do consumidor em relação à negativa da prestação de serviço no momento em que mais dele necessita.

Por isso, a falta de cláusula no contrato dispondo expressamente sobre a exclusão de tal procedimento aliada a não cobertura obrigatória não impedem o fornecimento do tratamento de inseminação pelo plano de saúde.

Ao contrário, apenas a exclusão expressa no contrato teria o condão primordial de afastar o fornecimento de tal serviço pelo plano de saúde, justamente em razão da lei excluir esse tratamento do rol dos procedimentos obrigatórios.

Dessa forma, como não há no contrato exclusão expressa do tratamento de reprodução assistida, é possível o fornecimento do procedimento.

Saliente-se também que, no caso em apreço, a impossibilidade de fecundação natural decorre de enfermidade diagnosticada – azoospermia -, fato incontroverso.

Conforme laudo médico de fl. 88/89:

A Sra Dilma Neckel Cabral de Melo foi atendida com queixa de dificuldade para engravidar há 4 anos. Após avaliação minuciosa do casal foi constatada uma alteração seminal severa do marido com azoospermia (ausência de espermatozoides no ejaculado). O tratamento proposto foi uma fertilização *in vitro* com injeção intra-citoplasmática de espermatozoides (ICSI) sendo que para tentar conseguir espermatozoides será necessária uma punção no testículo do marido (PESA). Como a paciente tem 39 anos sua reserva de óvulos já está em um processo de falência e já é sabido que após os 35 anos a quantidade de óvulos e a qualidade dos mesmos pioram a medida que o tempo passa, o casal necessita fazer o tratamento mais precocemente possível, para que sua chance de engravidar não fique mais prejudicada do que já está.

Assim, não se trata de tratamento de fertilização eletivo ou de conveniência, mas único procedimento possível e indicado para vencer os efeitos ou as sequelas causadas pela doença ao órgão reprodutor do autor.

A cobertura do plano de saúde deve ater-se às patologias e não ao tipo de tratamento a ser aplicado para a cura da respectiva doença, cabendo a indicação do método pelo profissional habilitado.

Por isso, como já mencionado, somente haveria justa recusa, se no contrato existisse expressa vedação de custeio ou, dentro da comunidade médica-científica, houvesse consenso de absoluta falta de embasamento ou adequação do meio eleito para tratamento ou cura do paciente. Exceto nessas hipóteses, o impedimento da realização do procedimento médico prescrito caracteriza indevida intervenção no tratamento médico, porquanto não cabe ao plano de saúde escolher o melhor caminho para a cura ou redução dos efeitos graves da doença.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já definiu:

> Não havendo exclusão de cobertura da patologia pelo plano de saúde, a escolha do tratamento passa a ser da exclusiva alçada médica, cujo custeio, sem prova da ineficiência ou inaplicação do método ao caso, não pode ser negado pela operadora, não podendo prevalecer cláusula contratual que, contraditória com a própria finalidade e natureza do contrato de assistência à saúde, cobre a moléstia e nega o meio curativo tido por eficaz pelo médico assistente (RE 732226, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 20/02/2013, publicado em DJe-045 divulg 07/03/2013 public 08/03/2013).

Portanto, mantém-se a procedência do pedido de fornecimento de tratamento de reprodução assistida por meio de fertilização *in vitro*.

Em relação ao dano moral, assiste razão à apelante.

O dano moral não deve decorrer de simples inadimplemento contratual, mas da situação de abalo psicológico causado ao autor, diante da injustificada negativa de cobertura do plano de saúde, fato que não está demonstrado nos autos.

No caso, os autores somente passaram pelo mero aborrecimento decorrente da busca do fornecimento do tratamento específico e passível de indeferimento administrativo ante a ausência de previsão contratual sobre o fornecimento de inseminação artificial.

A hipótese não se enquadra em excepcional recusa injusta e abusiva da cobertura. A negativa da ré ao fornecimento de tratamento médico sem caráter emergencial ou de urgência e fundamentada em cláusula contratual evidencia a ausência de conduta ilícita praticada pela apelante, porque revelada a existência de mero dissabor, natural aos fatos vivenciados pelo apelado.

Conforme o Superior Tribunal de Justiça, não há recusa indevida e abusiva, sendo "possível afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorre de dúvida razoável na interpretação de cláusula contratual" (AgRg no AREsp 846.940/SC, Terceira Turma, DJe 01/08/2016), pois "dúvida razoável na interpretação do contrato [...] não configura conduta ilícita capaz de ensejar indenização" (AgInt no AREsp 983.652/SP, Terceira Turma, DJe 02/02/2017).

E assim diferencia a Min. Nancy Andrighi: "essa situação somente é configurável se não houver violação ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do CC/02, que "impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca colaboração, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato (REsp 1651289, Terceira Turma, DJe 05/05/2017).

Dessa forma, é possível que o plano de saúde, em situações que não sejam caso de atendimento de urgência ou emergencial, indefira autorização a procedimento com justificativa em cláusula contratual, pois está agindo de acordo com sua liberalidade, sem, automaticamente, gerar dano (*in re ipsa*).

A hipótese de não autorização administrativa do procedimento de inseminação artificial – justamente em razão da interpretação do contrato pela ré de que por se enquadrar em tratamento de cobertura não obrigatória em detrimento de ausência de cláusula contratual expressa afastando – não configura violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Portanto, a negativa em fornecer tratamento médico sem caráter emergencial ou de urgência e fundamentada em vazio de cláusula contratual obrigando não acarreta o dever de indenizar por danos morais, porque ausente a violação da boa-fé objetiva.

Nessas circunstâncias, para a concessão de indenização por danos morais é necessária a comprovação do dano sofrido pelos autores. Como não houve, medida adequada é o afastamento da condenação ao pagamento de compensação por danos morais.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS e dou-lhe parcial provimento, apenas para afastar a condenação ao pagamento de danos morais.

Ante o parcial provimento do recurso, a sucumbência é recíproca, na proporção de 50% para cada. Por consequência, condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios equivalentes a 10% sobre o valor da causa, e os autores ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (suspensa a exigibilidade – art. 98, § 3º, CPC), com fundamento no art. 85, § 2º, do CPC.

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. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 24 de maio de 2017.

***

3ª Seção Cível
Habeas Data nº 1400525-94.2017.8.12.0000
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – *HABEAS DATA* – CONCURSO PÚBLICO – RETIFICAÇÃO DE DADOS – POSICIONAMENTO DE CANDIDATO EM LISTA FEMININA – DEMONSTRAÇÃO DE RESISTÊNCIA NA VIA ADMINISTRATIVA.

O posicionamento de candidato em lista de classificação feminina enseja a retificação da informação, através de nova publicação no mesmo endereço eletrônico e em Diário Oficial.

O recurso direcionado à banca organizadora do certame e não respondido em 15 (quinze) dias demonstra a resistência na via administrativa (artigo 8º, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 9.507/1997).

Habeas data concedido.

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 ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 17 de abril de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Alex Sander Pancini Tavares impetrou *habeas data* com requerimento de liminar em face do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, em vista de incorreção de suas informações nas listas de resultados referentes ao 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 – AGEPEN/MS.

O impetrante alegou ter participado do concurso público da AGEPEN/MS, como candidato à vaga de agente penitenciário, na área de segurança e custódia. Argumentou constar nas listas de classificação do sexo feminino e, embora tenha tentado resolver o impasse administrativamente, não recebeu resposta ao seu requerimento (p. 18).

Por fim, requereu a concessão de liminar, para que a autoridade coatora promovesse a imediata correção de sua classificação, posicionando-o entre os candidatos do sexo masculino, aprovados para o cargo de Agente Penitenciário Estadual - Área Segurança e Custódia.

Em decisão monocrática de p. 21/23, a antecipação de tutela foi deferida, determinando a imediata correção da classificação do impetrante e divulgação de sua posição no concurso público.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações às p. 32/41, representada pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Aduziu já ter providenciado a retificação dos dados do candidato, de forma que sua divulgação se dará através do Diário Oficial, razão pela qual está satisfeita a pretensão do impetrante e se mostra inócuo o prosseguimento da demanda. Para corroborar a alegação, juntou o Ofício n. 530/SRH/GAB/SAD, p. 42. Também argumentou não haver *periculum in mora* ou qualquer prejuízo ao impetrante, porque este se encontra distante do número destinado aos participantes do curso de formação para o cargo, de modo que sua convocação dependeria da ampliação do número de vagas no decorrer do certame.

O Ministério Público manifestou-se às p. 54/58, sustentando a necessidade de deferimento do pedido de retificação e divulgação dos dados solicitados.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Alex Sander Pancini Tavares impetrou *habeas-data* com pedido liminar em face do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, em vista de incorreção de suas informações nas listas de resultados referentes ao 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 – AGEPEN/MS.

O impetrante alegou participar do concurso público da AGEPEN/MS, como candidato à vaga de agente penitenciário, na área de segurança e custódia. Argumentou constar nas listas de classificação do sexo feminino e, embora tenha tentado resolver o impasse administrativamente, não recebeu resposta ao seu requerimento.

Por fim, requereu a concessão de liminar, para que a autoridade coatora promovesse a imediata correção de sua classificação, posicionando-o entre os candidatos do sexo masculino, aprovados para o cargo de Agente Penitenciário Estadual - Área Segurança e Custódia.

Em decisão monocrática de p. 21/23, deferiu-se a antecipação de tutela requerida, determinando-se a imediata correção da classificação do impetrante e divulgação de sua posição no concurso público.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações às p. 32/41, representada pelo Estado de Mato Grosso do Sul. Aduziu já ter providenciado a retificação dos dados do candidato, de forma que sua divulgação se dará através do Diário Oficial, razão pela qual está satisfeita a pretensão do impetrante e se mostra inócuo o prosseguimento da demanda. Para corroborar a alegação, juntou o Ofício n. 530/SRH/GAB/SAD, p. 42. Também argumentou não haver *periculum in mora* ou qualquer prejuízo ao impetrante, porque este se encontra distante do número destinado aos participantes do curso de formação para o cargo, de modo que sua convocação dependeria da ampliação do número de vagas no decorrer do certame.

O Ministério Público manifestou-se às p. 54/58, sustentando a necessidade de deferimento do pedido de retificação e divulgação dos dados solicitados.

Introdução

Nos termos da Lei n. 9.507/97:

> Art. 7° Conceder-se-á *habeas data*:
>
> I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

> II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;
>
> III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

No caso em apreço, figuram-se presentes os requisitos necessários à concessão da tutela pleiteada.

De fato o impetrante, através de prova pré-constituída, logrou êxito em demonstrar a violação de seu direito constitucional à informação, bem como a necessidade de retificação.

Como salientado na decisão de p. 21/23, os editais de divulgação dos resultados da prova escrita, do exame de saúde e da prova de títulos, constantes no endereço eletrônico destinado ao concurso público[1], demonstram que o impetrante esteve sempre posicionado na lista feminina. Ademais, embora tenha sido aprovado em todas as demais fases do concurso, sequer obteve acesso ao resultado do exame de aptidão física.

Por sua vez, o recurso acostado à p. 18 comprova o esgotamento da via administrativa, por ausência de resposta da instituição no prazo de 15 (quinze) dias de sua interposição, nos termos do artigo 8º, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 9.507/1997.

Sobretudo, a correção dos dados do impetrante é de suma importância no contexto do certame ainda em andamento, tendo em vista a diferenciação dos critérios exigidos dos candidatos, a depender de seu gênero. Assim, a equivocada classificação do candidato na lista feminina pode prejudicá-lo na disputa pelo cargo para o qual se inscreveu, porque a destinação das vagas aos homens se deu em número muito superior àquelas conferidas às mulheres (p. 16).

Aliás, mesmo que a retificação do resultado torne o candidato desclassificado, como alegou a impetrada, somente a nova lista permitirá ao impetrante, eventualmente, e efetivação administrativa de medidas para impugnar os dados referentes ao seu desempenho.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial, para ordenar ao impetrado que promova a correção, de forma definitiva, da classificação do impetrante, posicionando-o entre os candidatos do sexo masculino, aprovados para o cargo de Agente Penitenciário Estadual - Área Segurança e Custódia, através de publicação no endereço eletrônico e em Diário Oficial. Assim, confirmo a liminar concedida anteriormente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

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 abril de 2017.

***

1 <http://www.fapems.org.br/site/concurso-agepen/>.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0818652-34.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – LITISPENDÊNCIA – AÇÃO ANTERIOR REVISANDO MESMO CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO – PENAS POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ MANTIDAS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA DEVIDA – COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – HONORÁRIOS RECURSAIS INDEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Há litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. Embora afirme a apelante que propôs duas ações revisionais para discussão de contratos de cartões de crédito diversos, compulsando todos os documentos apresentados nos autos, tanto com a inicial, manifestação do banco requerido e embargos de declaração, é possível concluir que foram propostas duas ações objetivando a discussão do mesmo contrato de cartão de crédito, o que configura em nosso ordenamento jurídico o instituto da litispendência.

Nestes termos, devem ser mantidas as penalidades impostas em razão da litigância de má-fé da autora/apelante, por alterar a verdade dos fatos e proceder de modo temerário no processo, o que fica mais evidente com a interposição do presente recurso, onde continua defendendo tese notadamente inverídica.

A autora não decaiu de parte mínima de seus pedidos, posto que obteve êxito apenas em relação ao pedido de revisão dos juros remuneratórios, comissão de permanência e tarifa de abertura de crédito, tendo decaído do pedido de revisão da capitalização e serviços de terceiros, além do reconhecimento da litispendência em relação ao pedido de revisão do contrato de cartão de crédito. Desta feita, deve ser mantida a sucumbência recíproca, nos termos do disposto no art. 21 do CPC/73.

Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte" (Súmula nº 306/STJ)

Desta feita, levando em consideração os parâmetros dispostos no art. 20, § 3º, do CPC, fixa-se os honorários de sucumbência em R$ 1.000,00, já incluindo o trabalho nesta fase recursal, mantida a proporção de 50% para cada parte pagar ao advogado da outra.

Por fim, não se aplica a regra contida no art. 85, § 11, do NCPC, norma introduzia no novel estatuto processual como forma de inibir apresentação de recursos infundados e até protelatórios, tendo em vista o provimento ainda que parcial do recurso de apelação interposto pela autora, com consequente modificação do ônus da sucumbência e fixação de honorários advocatícios, já incluindo o trabalho nesta fase recursal.

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 maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

J. J. Engenharia e Construções Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação revisional de contrato que move em desfavor do Banco do Brasil S/A, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos. Sustenta o equívoco da sentença quanto à aplicação de pena por litigância de má-fé, porquanto a recorrente, em momento algum, teve conduta com intuito de induzir o juízo a erro, alterar a verdade ou agir de má-fé, porquanto esclareceu a verdade sobre os fatos em relação à distinção entre as duas demandas, não ocorrendo litispendência. Aduz que nesta ação pleiteou a revisão de encargos financeiros cobrados pelo banco recorrido, referente ao cartão de crédito codificado sob o n. 12.033-2, no qual lhe disponibilizou limite de R$ 45.000,00, cujo contrato foi firmado em 02/08/2005 e nos autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001, a recorrente pleiteou a revisão dos encargos financeiros referente ao cartão de crédito n. 4984.3190.1800.6821, com limite de R$ 8.350,00, com contratação datada de 21/09/2009. Frisou que na Ação de Exibição de Documento autos n. 0022666-36.2010.8.12.0001, o próprio banco informou que a autora era detentora de dois contratos de cartão de crédito. Assim, inexistindo litispendência, descabida a pena por litigância de má-fé, devendo ser afastada a multa aplicada. Por fim, em razão de ter decaído de parte mínima dos seus pedidos, entende que o apelado deve arcar integralmente com o ônus da sucumbência. Se não for esse o entendimento, alega a impossibilidade de compensação dos honorários. Pugna pelo provimento do recurso para a reforma da sentença.

Contrarrazões pelo desprovimento. O recurso foi recebido em ambos os efeitos e sobre essa decisão as partes nada requereram.

VOTO (EM 14/03/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

J. J. Engenharia e Construções Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação revisional de contrato que move em desfavor do Banco do Brasil S/A objetivando sua reforma.

J. J. Engenharia e Construções Ltda ajuizou ação revisional de contrato em face do Banco do Brasil S/A, pretendendo a revisão do contrato de abertura de conta corrente, conta esta n. 12033-2, agência n. 3381-2, na qual alega ter sido fornecido: limite de cheque especial, cheque ouro empresarial, cartão de crédito ourocard business com valor de R$ 45.000,00, BB giro automático, BB giro rápido, empréstimos, financiamento e renegociações.

O banco requerido alegou que a presente ação repete parcialmente as partes, o pedido e a causa de pedir de outra ação anterior, autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001, sendo que em ambas pretende-se a

revisão dos encargos financeiros atinentes a cartão de crédito, o que configura litispendência, devendo ser extinto parcialmente o presente processo quanto ao pedido de revisão da operação de cartão de crédito.

Instada a se manifestar, a parte autora afirmou que ingressou com a presente ação objetivando revisão dos encargos financeiros atinentes ao Cartão de Crédito codificado sob o n. 12.033-2, no qual foi disponibilizado o valor de R$ 45.000,00, sendo que em relação ao autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001, ingressou com ação tendo por fim a revisão dos encargos financeiros atinentes ao cartão de crédito n. 4984.3190.1800.6821, no qual foi disponibilizado crédito de R$ 8.350,00 (f. 152-153), daí que não há litispendência.

O juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, em relação ao pedido de revisão da operação de cartão de crédito n. 4984.3190.1800.6821, em razão da preclusão *pro judicato*. Em relação às demais operações negociais objeto da lide, julgou parcialmente procedentes os pedidos. Condenou a parte autora ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa por evidente má-fé, nos termos do art. 17, II e V, c/c art. 18, *caput*, e § 2º, ambos do CPC, além de indenização de 10% do valor atualizado da causa.

Inconformada, a autora interpõe o presente recurso de apelação alegando o equívoco da sentença quanto à aplicação de pena por litigância de má-fé, porquanto a recorrente, em momento algum teve conduta com intuito de induzir o juízo a erro, alterar a verdade ou agir de má-fé, porquanto esclareceu a verdade sobre os fatos em relação à distinção entre as duas demandas, não ocorrendo litispendência. Aduz que nesta ação pleiteou a revisão de encargos financeiros cobrados pelo banco recorrido, referente ao cartão de crédito codificado sob o n. 12.033-2, no qual lhe disponibilizou limite de R$ 45.000,00, cujo contrato foi firmado em 02/08/2005, e nos autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001 a recorrente pleiteou a revisão dos encargos financeiros referentes ao cartão de crédito n. 4984.3190.1800.6821, com limite de R$ 8.350,00, com contratação datada de 21/09/2009. Frisou que na Ação de Exibição de Documento, autos n. 0022666-36.2010.8.12.0001, o próprio banco informou que a autora era detentora de dois contratos de cartão de crédito. Assim, inexistindo litispendência, descabida a pena por litigância de má-fé, devendo ser afastada a multa aplicada. Por fim, em razão de ter decaído de parte mínima dos seus pedidos, entende que o apelado deve arcar integralmente com o ônus da sucumbência. Se não for esse o entendimento, alega a impossibilidade de compensação dos honorários. Pugna pelo provimento do recurso para a reforma da sentença.

Frise-se inicialmente que a análise do presente recurso se dará segundo a regra contida no CPC de 1973, tendo em vista a sentença ter sido proferida sob sua égide.

Sem razão a apelante quanto à alegação de ausência de má-fé, posto que não logrou êxito em demonstrar a existência de dois cartões de crédito de titularidade da empresa autora capaz de afastar a litispendência.

Embora afirme a apelante que propôs duas ações revisionais para discussão de contratos de cartões de crédito diversos, compulsando todos os documentos apresentados nos autos, tanto com a inicial, manifestação do banco requerido e embargos de declaração, é possível concluir que foram propostas duas ações objetivando a discussão do mesmo contrato de cartão de crédito, o que configura em nosso ordenamento jurídico o instituto da litispendência.

Sobre a litispendência dispõe o art. 301, § 1º do CPC:

> Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)
>
> (...) § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1] comentam referido dispositivo:

> Identidade de ações: conceito. As ações serão idênticas quando tiverem, rigorosamente, os mesmos elementos e subelementos: parte, causa de pedir (próxima e remota) e pedido (imediato e mediato)...

Na hipótese, a presente ação possui as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir em relação à Ação Revisional de Contrato, autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001, que também visa revisar o contrato de cartão de crédito em relação aos juros remuneratórios, capitalização dos juros, comissão de permanência, tarifa de abertura de crédito, tarifa sobre operação ativa e tarifa de serviços de terceiros, consoante se infere dos documentos acostados às f. 114-129 e 190-340.

Embora a apelante tenha se esforçado para demonstrar que os contratos de cartão de crédito não são os mesmos nas duas ações, não logrou êxito em demonstrar, pois na presente ação descreve na inicial que pretende revisar contrato de abertura de conta corrente, esta codificada sob o n. 12033-2, na agência n. 3381-2, na qual foi-lhe fornecido limite de cheque especial, cheque ouro empresarial, cartão de crédito ourocard business com valor de R$ 45.000,00, BB giro automático, BB giro rápido, empréstimos, financiamentos e renegociações.

Com a petição inicial desta ação apresentou o documento de f. 15, onde consta dados do cartão de crédito ourocard empresarial visa n. 4984.3190.1800.6821.

Na Ação Revisional de Contrato, autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001, consta do relatório da sentença o mesmo número de cartão de crédito discutido nesta ação, no qual refere-se ter sido disponibilizado limite de R$ 8.350,00 (f. 114).

Nem mesmo os documentos apresentados com os embargos de declaração infirmam essa premissa, visto que o próprio banco apelado afirma em Ação de Exibição de Documentos, autos n. 001.10.022666-4, ao contrário do que defende a apelante, que o contrato de cartão de crédito com número final 6821 é o único entabulado entre as partes (f. 308).

Por fim, importante notar que a apelante, ao tentar explicar a inexistência de litispendência, chega ao cúmulo de dizer que o cartão de crédito discutido nesta ação possui o número 12.033-2, no qual lhe foi disponibilizado limite de R$ 45.000,00. No entanto, a própria inicial desta ação traz o número 12.033-2 como sendo da conta corrente objeto do pedido de revisão, contradizendo-se, portanto, a apelante.

E, nos documentos que o banco apelado apresentou na aludida ação de exibição de documento, trouxe cópia do "Contrato de Adesão a Produtos de Pessoa Jurídica – Claúsulas Especiais" n. 338.101.165 (f. 254), no qual o valor de R$ 45.000,00 como crédito aberto, com vencimento em 02/08/2006 para os seguintes produtos: cheque ouro empresarial, BB giro automático, BB giro rápido e Cartão de Crédito Business.

Disso decorre que o valor de R$ 45.000,00 que a apelante alega como limite de cartão de crédito na verdade trata-se de valor disponível para todos os produtos citados, inclusive cartão de crédito e não exclusivamente para este último.

Por todos esses detalhes é possível concluir que realmente há litispendência entre as ações propostas pela apelante, estando correta a extinção do processo sem julgamento de mérito em relação ao pedido de revisão do contrato de cartão de crédito nesta ação, tendo em vista ter sido objeto de outra lide ainda não transitada em julgado.

1 Nery Junior, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery – 11 ed. rev. ampl.e atual. Até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 301.

Nestes termos, entendo que devem ser mantidas as penalidades impostas em razão da litigância de má-fé da apelante, por alterar a verdade dos fatos e proceder de modo temerário no processo, o que fica mais evidente com a interposição do presente recurso, onde continua defendendo tese notadamente inverídica.

Com efeito, novamente Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[2] trazem esclarecedora lição sobre o tema. Confira:

> 9. Alterar a verdade dos fatos. Consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. A L6771/80 retirou o elemento subjetivo "intencionalmente" esta norma, de sorte que não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro escusável."
>
> "15. Lide temerária. A norma veda ao litigante ou interveniente agir de modo temerário ao propor a ação, ao contestá-la ou em qualquer incidente ou fase do processo. Proceder de modo temerário é agir afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão (...). O litigante temerário age com má-fé, perseguindo uma vitória que sabe ser indevida.

Por fim, em razão de ter decaído de parte mínima dos seus pedidos, entende que o apelado deve arcar integralmente com o ônus da sucumbência. Se não for esse o entendimento, alega a impossibilidade de compensação dos honorários.

Com razão em parte a apelante, pois não decaiu de parte mínima de seus pedidos, posto que obteve êxito apenas em relação ao pedido de revisão dos juros remuneratórios, comissão de permanência e tarifa de abertura de crédito, tendo decaído do pedido de revisão da capitalização e serviços de terceiros, além do reconhecimento da litispendência em relação ao pedido de revisão do contrato de cartão de crédito.

Desta feita, entendo que deve ser mantida a sucumbência recíproca, nos termos do disposto no art. 21 do CPC/73, que preconiza:

> Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

De outro vértice, entendo que não é possível a compensação de honorários advocatícios de sucumbência, posto que dispõe o art. 368 do Código Civil:

> Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Logo, não se aplica o instituto, pois os credores são os advogados e os devedores são as partes. Por outro lado, a compensação dos honorários na sucumbência recíproca fere o art. 23 da Lei 8.906/94 (Estatuto do Advogado) que prevê:

> Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Deste modo, embora o art. 21 do CPC (art. 86 - NCPC) autorize a compensação de honorários, tenho que este não pode ser aplicado em virtude da lei especial (Lei 8.906/94 - Estatuto da Advocacia), que determina expressamente no art. 23, conforme mencionado, que a verba honorária pertence ao advogado. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que os honorários advocatícios pertencem ao

2 Ibidem. p. 227.

advogado e consubstanciam crédito de natureza alimentícia, o que por consequência inviabiliza a pretendida compensação. Confira:

> CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei nº 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 146.318-0/SP, Segunda Turma, relator ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário nº 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998' (RE nº 470407/DF, DJ de 13/10/2006, Rel. Min. Marco Aurélio).

Desta feita, levando em consideração os parâmetros dispostos no art. 20, § 3º, do CPC, fixo os honorários de sucumbência em R$ 1.000,00, já incluindo o trabalho nesta fase recursal, mantida a proporção de 50% para cada parte pagar ao advogado da outra.

Por fim, entendo que não se aplica a regra contida no art. 85, § 11, do NCPC, norma introduzia no novel estatuto processual como forma de inibir apresentação de recursos infundados e até protelatórios, tendo em vista o provimento ainda que parcial do recurso de apelação interposto pela autora, com consequente modificação do ônus da sucumbência e fixação de honorários advocatícios, já incluindo o trabalho nesta fase recursal.

Com efeito, a regra de majoração dos honorários em sede de recurso incide apenas nos casos de inadmissão ou rejeição do recurso, sendo certo que, havendo provimento, ocorre apenas a inversão da sucumbência, não sendo devida a majoração. Nesse sentido é o escólio de Fredie Didier Júnior[3]:

> A sucumbência recursal, com majoração dos honorários já fixados, somente ocorre quando o recurso for inadmitido ou rejeitado, mantida a decisão recorrida. Se, porém, o recurso for conhecido e provido para reformar a decisão, o que há é a inversão da sucumbência: a condenação inverte-se, não havendo honorários recursais.

Oportuno citar ainda trecho da obra entitulada "Honorários Advocatícios" da Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coordenada por Fredie Didier Júnior[4]:

> Quando o recurso é provido, não haverá majoração dos honorários fixados anteriormente, pois a condenação em honorários imposta na decisão recorrida beneficiava o advogado do recorrido e será cassada. Uma condenação em honorários totalmente nova deverá ser imposta pelo tribunal, agora em benefício do advogado do recorrente, devendo ser considerado no arbitramento da verba o trabalho realizado pelo advogado no decorrer de todo o processo, inclusive na fase recursal. Aqui não há novidade alguma, pois, de forma incoerente com o não arbitramento de honorários complementares para remunerar o trabalho do advogado do recorrido quando o recurso não é provido, não se questiona na aplicação do CPC de 1973 que no novo arbitramento de honorários decorrente do provimento de recurso o julgador deve considerar todo o trabalho realizado pelo advogado até o julgamento do tribunal, não apenas a atuação em primeira instância.

3 Didier Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal./Fredie Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha – 13. ed. reform. – Salvador: Ed. Jus Podium, 2016. P. 158-159.

4 Didier Jr., Fredie, coord. **Honorários Advocatícios**. - 2 ed. rev. atual. e ampl. - Salvador: Ed. Jus Podium, 2016. P. 602.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao presente recurso de apelação para o fim de reformar a sentença apenas para afastar a compensação dos honorários advocatícios de sucumbência e fixa-los em R$ 1.000,00, mantida a proporção de 50% para cada parte pagar, já incluindo o trabalho nesta fase recursal. Sem honorários recursais.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 28-03-17, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Vladimir), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 28/03/2017)

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

Pedi vista dos autos para melhor análise do feito.

Trata-se de recurso de apelação interposto por J. J. Engenharia e Construções Ltda, em face da sentença proferida nos autos da ação revisional de contrato que move em desfavor do Banco do Brasil S/A, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos.

Conforme relatório exarado nos autos,

> Sustenta o equívoco da sentença quanto à aplicação de pena por litigância de má-fé, porquanto a recorrente, em momento algum, teve conduta com intuito de induzir o juízo a erro, alterar a verdade ou agir de má-fé, porquanto esclareceu a verdade sobre os fatos em relação à distinção entre as duas demandas, não ocorrendo litispendência. Aduz que nesta ação pleiteou a revisão de encargos financeiros cobrados pelo banco recorrido, referente ao cartão de crédito codificado sob o n. 12.033-2, no qual lhe disponibilizou limite de R$ 45.000,00, cujo contrato foi firmado em 02/08/2005, e nos autos n. 0802552-38.2013.8.12.0001 a recorrente pleiteou a revisão dos encargos financeiros referentes ao cartão de crédito n. 4984.3190.1800.6821, com limite de R$ 8.350,00, com contratação datada de 21/09/2009. Frisou que na Ação de Exibição de Documento, autos n. 0022666-36.2010.8.12.0001, o próprio banco informou que a autora era detentora de dois contratos de cartão de crédito. Assim, inexistindo litispendência, descabida a pena por litigância de má-fé, devendo ser afastada a multa aplicada. Por fim, em razão de ter decaído de parte mínima dos seus pedidos, entende que o apelado deve arcar integralmente com o ônus da sucumbência. Se não for esse o entendimento, alega a impossibilidade de compensação dos honorários. Pugna pelo provimento do recurso para a reforma da sentença.

Na sessão realizada em 14.03.2017, o Relator, em seu voto, deu parcial provimento ao "recurso de apelação para o fim de reformar a sentença apenas para afastar a compensação dos honorários advocatícios de sucumbência e fixa-los em R$ 1.000,00, mantida a proporção de 50% para cada parte pagar, já incluindo o trabalho nesta fase recursal. Sem honorários recursais."

Inicialmente, justifico que no presente caso, aplicam-se as disposições do CPC/73. Conforme lição de Eduardo Cambi, Adriane Haas e Eduardo Hoffmann, na obra Direito Intertemporal[5], vejamos: "

Em relação aos recursos, deve ser considerada a data em que foi proferida a decisão a ser objeto de impugnação recursal. O recurso cabível e o procedimento a ser adotado (prazos, efeitos, juízo de admissibilidade etc) é a lei processual vigente à época em que a decisão se torna impugnável. A nova lei processual não pode nem prejudicar nem beneficiar o recorrente. Por isso, se a decisão foi proferida quanto em vigência o CPC-73, apesar do advento do NCPC, o recurso deve ser regido pela lei anterior.

5 **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**, Editora Juspodivm, 2016

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux assevera que "A lei vigente na data da sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos da admissibilidade dos recursos". O artigo 14 do novo CPC preconiza que "a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada". Como as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada também serão respeitadas, deve-se observar o tempo em que a situação jurídica ativa se consolidou.

Diante disso, considerando que a situação jurídica ocorreu na vigência do CPC/73 ao considerarmos a data em que foi publicada a decisão (22.01.2016), no caso, esta é a data a considerar dentro do Direito Intertemporal a fim de determinar qual a lei aplicável, no caso, o CPC/73.

Passando à análise do voto exarado e aos fundamentos nele delineados, manifesto divergência tão somente no tocante aos honorários advocatícios, eis que entendo ser possível a compensação entre eles.

Deveras, a esse respeito, entendo que esta é admitida na hipótese de sucumbência recíproca, de acordo com o enunciado da Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça e o artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil, vejamos:

> Súmula 306 Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.
>
> Artigo 21/CPC. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Referido entendimento, de forma alguma afasta, a legitimidade dos procuradores acerca da verba honorária, pois poderão pleitear o valor devido diretamente da parte a que prestaram serviços.

Ademais, impende registrar que a orientação adotada respeita a titularidade desses valores ao causídico (art. 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados), além de não desobrigar a parte a desembolsar quantia em razão da sucumbência (art. 21 do Código de Processo Civil).

A conclusão, por conseguinte, é de tratar-se de interpretação que possibilita a convivência harmoniosa entre os citados dispositivos legais. Sobre a admissibilidade da compensação, confira-se o seguinte precedente:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA NA ORIGEM. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. **COMPENSAÇÃO. SÚMULA 306 DO STJ**. 1. A jurisprudência desta Corte Superior tem decidido que, em ações cautelares de exibição de documentos, em razão dos princípios da sucumbência e da causalidade, haverá a condenação em honorários advocatícios, quando estiver caracterizada a resistência à exibição dos documentos pleiteados. Precedentes. 2. A apreciação, em sede de recurso especial, do quantitativo em que autor e réu saíram vencedores ou vencidos na demanda, bem como a existência de sucumbência mínima ou recíproca, esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ. **3. "Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado *à* execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte" (Súmula nº 306/STJ)**. 4. Agravo interno não provido." (AgInt no Resp 1399745/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017) (Destaquei).

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação interposto por J. J. Engenharia e Construções Ltda., divergindo do ilustre Relator quanto à compensação de honorários, mantendo-se a sentença recorrida em todos seus termos e efeitos.

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

Acompanho o voto do 1º Vogal.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos dos votos do 1º e 2º vogal, vencido o relator, que lhe dava parcial provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 25/04/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, em conformidade com o art. 942 DO CPC.

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, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

***

Seção Especial - Cível
Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1404510-42.2015.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM DEMANDA COLETIVA – NECESSIDADE DA LIQUIDAÇÃO – INCIDENTE PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Reconhecida a divergência entre as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul acerca da necessidade ou não de prévia liquidação para o cumprimento de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo expurgos inflacionários, impõe-se acolher o incidente de uniformização de jurisprudência e dar a interpretação a ser observada, transformando o julgamento em súmula que constituirá precedente.

No caso em apreço, a tese arguida fica sumulada com o seguinte enunciado, que servirá de precedente na uniformização da jurisprudência: "Na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devido".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Especial - Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, admitir o incidente de uniformização de jurisprudência. Por maioria, deram parcial provimento para reconhecer a necessidade de prévia liquidação quando se tratar de execução individual de sentença genérica, sendo o texto da tese com o seguinte enunciado: Na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública, é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devidos, vencidos os Des. Marcelo Câmara Raslan e Paulo Alberto de Oliveira que entendiam ser desnecessária a liquidação. Abstiveram-se de votar, por férias no início do julgamento, os Des. Eduardo Machado Rocha, Odemilson Roberto Castro Fassa e Sérgio Fernandes Martins, por ausência, o Des. Amaury da Silva Kuklinski. Ausentes na sessão de 31-10-16, por férias, o Juiz Jairo Roberto de Quadros, por licença, o Des. Divoncir Schreiner Maran e, justificadamente, o Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 31 de outubro de 2016.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Naim Dibo Neto e Izolina Garcia da Silva Dibo suscitam incidente de uniformização de jurisprudência, tendo como suscitado o HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, em razão de divergência existente entre as Câmaras Cíveis que compõem o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul acerca da necessidade ou

não de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão".

Os suscitantes requerem que: seja declarada a existência de divergência de entendimento jurisprudencial relacionado à (des)necessidade de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo os expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão", entre as 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Câmaras Cíveis deste Tribunal; seja sumulado o seguinte enunciado: "Na execução individual de sentença coletiva de expurgos inflacionários em que o credor comprova sua legitimidade e apresenta a respectiva planilha de cálculo, desnecessária se faz a liquidação por artigos ou arbitramento, pois se aplica à espécie o comando do art. 475-B do CPC, que permite a liquidação por simples cálculos aritméticos."

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta o entendimento de que não há necessariamente uma divergência entre as turmas julgadoras, mas uma aplicação indistinta de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, pois os julgados da Corte Superior mencionados pela 5ª Câmara Cível só fazem sentido se demonstrado que não há nenhuma prova da existência do título de crédito ou do *quantum*. Por isso, inclina-se para o provimento do presente incidente com vista a se realizar o *distinguishing* (ou *distinguish*), para afastar determinado precedente por não ser a hipótese de incidência compatível com o que foi anteriormente julgado.

VOTO (EM 29/08/2016)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Retrospectiva processual.

Naim Dibo Neto e Izolina Garcia da Silva suscitam incidente de uniformização de jurisprudência, tendo como suscitado o HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, em razão de divergência existente entre as Câmaras Cíveis que compõem o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul acerca da necessidade ou não de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão".

Narram que: ingressaram com cumprimento de sentença, com fulcro no art. 475-B c.c. o art. 475-J, ambos do CPC, baseados na respeitável decisão proferida na ação civil pública n. 583.00.1993.808239-4, que tramitou na comarca de São Paulo, SP, e foi movida pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) em face do suscitado, o qual foi condenado ao pagamento das diferenças de percentual do rendimento das cadernetas de poupança dos seus clientes/consumidores referentes ao "Plano Verão"; considerando que os suscitantes possuíam os respectivos extratos bancários comprovando a legitimidade ativa para ingressarem com o cumprimento de sentença (*cuí debeatur*), além dos valores e índices necessários para calcularem a indenização devida pelo suscitado (*quantum debeatur*), pois todos os parâmetros são amplamente divulgados, inclusive por alguns Tribunais Estaduais, optou-se por ajuizar a execução com fulcro no art. 475-B c.c. o art. 475-J, ambos do CPC; cumprimento de sentença foi distribuído à 19ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, ocasião em que o nobre Magistrado de piso determinou a intimação do suscitado para o pagamento do crédito na forma do art. 475-J do CPC (cf. autos n. 0827194-41.2014.8.12.0001); em seguida, o banco executado ofereceu apólice de seguro, a fim de garantir o juízo, assim como apresentou sua impugnação ao cumprimento de sentença ajuizado pelos suscitantes; o ilustre Juiz de Direito condutor do feito houve por bem em não conhecer da impugnação ao cumprimento de sentença ofertada pelo suscitado, uma vez que a "apólice de seguro garantia" não se equivale à penhora de dinheiro ou aplicação em instituição financeira, ou seja, não seria suficiente para a efetiva garantia do juízo, dada a inexistência de qualquer esclarecimento ou comprovação acerca da

pronta liquidez e fácil levantamento da quantia correspondente, na hipótese de procedência, ainda que parcial, do pedido executório (cf. autos n. 0836658-89.2014.8.12.0001); o banco suscitado interpôs agravo de instrumento em face da mencionada decisão que não conheceu da sua impugnação ao cumprimento de sentença, sendo o mencionado recurso distribuído para a Colenda 5ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal, sob a relatoria do Desembargador Vladimir Abreu da Silva, o qual, ao recebê-lo, houve por bem conceder o efeito suspensivo, justificando que a execução da sentença coletiva relativa aos expurgos inflacionários depende, necessariamente, de prévia liquidação; considerando que ainda não ocorreu o julgamento do mérito recursal e, sobretudo, restando evidente que a orientação adotada pela 5ª Câmara Cível em recentes precedentes análogos ao caso dos autos está em completa divergência com a posição adotada pela 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis deste Areópago, faz-se imprescindível a uniformização da jurisprudência estadual.

Os suscitantes anotam que a 5ª Câmara Cível deste Tribunal, no julgamento da Apelação Cível n. 0800554-69.2013.8.12.0022, realizado no dia 14.5.2014, extinguiu o cumprimento de sentença ajuizado por consumidor em face do suscitado, referente ao mesmo título executivo judicial do processo originário, qual seja, sentença coletiva prolatada na ação civil pública ajuizada pelo IDEC na comarca de São Paulo, SP, em razão de entender que é necessária a prévia liquidação do julgado, apesar de o credor ter comprovado sua legitimidade por meio do respectivo extrato da caderneta de poupança e apresentado planilha de cálculo relativa ao crédito que julgava lhe ser devido (caso dos autos).

Aduzem que, a seu turno, as 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis desta Corte entendem, em casos idênticos, que é dispensável a liquidação na hipótese em que o credor demonstrar sua legitimidade por meio do extrato bancário e apontar o *quantum debeatur* com base um uma planilha de cálculo. Exemplificam com os acórdãos proferidos na Apelação Cível n. 0800366-76.2013.8.12.0022, julgada pela 2ª Câmara Cível aos 10.1.2014; no Agravo de Instrumento n. 4005377-20.2013.8.12.0000, julgado pela 1ª Câmara Cível no dia 12.4.2014; no Agravo de Instrumento n. 4008244-83.2013.8.12.0000, julgado pela 4ª Câmara Cível em 7.4.2014.

Salientam que a divergência jurisprudencial acerca da matéria em debate é tão gritante que, em recentes julgados, a 3ª Câmara Cível chegou a conclusões diametralmente opostas em casos idênticos, no julgamento da Apelação Cível n. 0800989-28.2013.8.12.0027, no dia 10.3.2015, relatada pelo Des. Marco André Nogueira Hanson, quando decretou a necessidade de liquidação, e no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1400205-15.2015.8.12.0000, em 31.3.2015, relatado pelo Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, quando reconheceu que a liquidação poderia ser feita mediante simples cálculo aritmético.

Afirmam que a uniformização da jurisprudência estadual quanto ao tema em análise é imperativa, a fim de evitar a superveniência de decisões conflitantes para situações idênticas que ameaçam a confiança no princípio da isonomia.

No tocante à fundamentação jurídica de sua pretensão, argumentam que: O objetivo das demandas em trâmite pelas diversas comarcas do Estado é a execução individual da sentença proferida em ação civil coletiva, que condenou o suscitado ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco Bamerindus, reconhecendo-se aos beneficiários o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio; em resumo, na sentença exequenda foi reconhecido o direito dos poupadores, titulares de caderneta de poupança com data base de janeiro de 1989, à correção monetária não creditada naquele mês, no patamar de 42,72% para os consumidores que comprovarem a titularidade de caderneta de poupança com aniversário entre os dias 1 e 15 de janeiro de 1989 junto ao antigo Bamerindus; a jurisprudência pátria já definiu que o valor devido aos poupadores deve ser acrescido de juros contratuais de 0,5%, mais juros de mora desde a citação, no percentual de 0,5% até a entrada em vigor do Novo Código Civil e, após, de 1%; o procedimento prévio de liquidação revela-se desnecessário nos casos em que, como se verifica na espécie, os exequentes possuem os extratos bancários

das suas cadernetas de poupança e podem verificar o número da agência, a data de aniversário e o valor em depósito naquela época; a partir daí, para que se chegue ao valor devido basta uma simples operação matemática com planilha de cálculo, a qual inclusive é disponibilizada no *web site* de alguns tribunais, a exemplo da Corte Paulista; por outro lado, se o beneficiado pela sentença não puder comprovar sua legitimidade ativa para a execução de sentença coletiva por meio do respectivo extrato bancário, deverá ser, necessariamente, instaurado o procedimento de liquidação, que admite ampla dilação probatória, incluindo a inversão do ônus da prova; não obstante, alguns julgadores das 3ª e 5ª Câmaras Cíveis deste Tribunal estão extinguindo indistintamente todos os cumprimentos individuais de sentença ao argumento de que é necessária prévia liquidação do título judicial coletivo; a seu turno, as 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis orientam-se no sentido de que a execução individual de sentença coletiva de expurgos inflacionários em caderneta de poupança, quando o credor comprova sua legitimidade e apresenta o respectivo cálculo, prescinde de liquidação por artigos ou arbitramento, já que se aplica o rito previsto no art. 475-B do CPC, que permite a liquidação por cálculos aritméticos; o enunciado da Súmula n. 344 do Superior Tribunal de Justiça ("A liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada.") autoriza, em situações como o caso em tela, que a quantificação da sentença seja feita por meros cálculos aritméticos, sendo desnecessária a liquidação por arbitramento ou por artigos; logo, é desnecessária a realização de perícia e, por inexistir fato novo a ser alegado e provado, não há falar na imprescindibilidade da instauração de fase procedimento de liquidação de sentença; esse entendimento não acarreta nenhum prejuízo para o suscitado, uma vez que poderá, por meio de impugnação, questionar a legitimidade ativa do poupador e eventual excesso do valor exigido, inexistindo ofensa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Por tais fundamentos, os suscitantes requerem que: seja declarada a existência de divergência de entendimento jurisprudencial relacionado à (des)necessidade de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo os expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão", entre as 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Câmaras Cíveis deste Tribunal; seja sumulado o seguinte enunciado:

> Na execução individual de sentença coletiva de expurgos inflacionários em que o credor comprova sua legitimidade e apresenta a respectiva planilha de cálculo, desnecessária se faz a liquidação por artigos ou arbitramento, pois se aplica à espécie o comando do art. 475-B do CPC, que permite a liquidação por simples cálculos aritméticos.

O incidente foi instaurado pelos suscitantes após a prolação de decisão monocrática nos autos de agravo de instrumento e antes publicação da pauta de julgamento do respectivo recurso pelo Colegiado, conforme preceitua o art. 496, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, *in verbis*:

> § 1º A instauração do incidente só poderá ser requerida antes da publicação da pauta de julgamento.

Apesar de os suscitantes não haverem juntado cópia autenticada dos julgados apontados como divergentes, consoante estabelece o § 2º do art. 496 do RITJMS, eles colacionaram a reprodução dos acórdãos disponibilizados na internet, mediante consulta processual realizada no *web site* desta Corte atestando o derradeiro trânsito em julgado das decisões, nos termos do § 3º do mencionado artigo regimental, restando comprovados o segundo e terceiro requisitos necessários e indispensáveis a admissibilidade do incidente. Essa providência é suficiente para os fins a que se destina, por aplicação análoga do art. 12, § 4º, do Provimento n. 07/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que define as medidas de aprimoramento relacionadas ao Sistema dos Juizados Especiais, *in verbis*:

> Art. 12. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais da Mesma unidade da federação sobre questões de direito material.

(...)

> § 4º Da petição constarão as razões, acompanhadas de prova da divergência. A prova se fará mediante certidão, cópia do julgado ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na *internet*, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Fases do julgamento.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul estabelece três fases para o julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, quais sejam:

> Art. 499. O julgamento se desdobrará em três fases:
>
> I - exame da ocorrência ou inocorrência da invocada divergência;
>
> II - análise da adequação da tese;
>
> III - apreciação do mérito das teses em confronto.

E, de acordo com o art. 500 do RITJMS, nas duas primeiras fases, o julgamento será tomado por maioria simples, e, na terceira, por maioria absoluta.

Exame da ocorrência ou inocorrência da invocada divergência.

O exame da ocorrência ou inocorrência da invocada divergência deve perscrutar não apenas os dispositivos e as ementas dos acórdãos mencionados pelos suscitantes, mas também as respectivas causas de pedir, a fim de se verificar a identidade das questões litigiosas e as divergências das soluções judiciais.

Acerca da efetiva existência da divergência entre os órgãos fracionários desta Corte apontada pelos suscitantes, cabem os seguintes apontamentos.

Na Ação Civil Pública n. 400/93 (583.1993.808239) proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC em face do Banco Bamerindus S.A., cujo ativo e parte do passivo foram assumidos pelo HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, o juízo do 19º Ofício Cível da Comarca de São Paulo proferiu a sentença com o seguinte dispositivo:

> JULGO PROCEDENTE a ação para condenar o réu a pagar as diferenças existentes entre o índice de 71,13% apurado em janeiro de 1989 (inflação de 70,28% mais juros de 0,5%), e o creditado nas cadernetas de poupança (22,97%), aplicando-se ao saldo existente em janeiro de 1989, computados juros e correção monetária das datas em que deveriam ter sido realizados os créditos, pagando-se a cada um dos titulares, como se apurar em liquidação. (Destaquei.)

O Banco Bamerindus interpôs recurso de apelação que, improvida, manteve a sentença sem alteração pela 3ª Câmara do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo. Na sequência, foi interposto Recurso Especial, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 3 de abril de 2002, que foi provido em parte para alterar o índice de 71,93% para 42,72%, no que respeita ao Plano Verão. Essa ação coletiva transitou em julgado em 1º de outubro de 2009.

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória genérica proferida na ação civil pública, foram ajuizados milhares de pedidos de execução de sentença, pedindo que o HSBC Bank Brasil S.A. – Banco

Múltiplo respondesse como sucessor das obrigações impostas pela sentença proferida contra o Banco Bamerindus do Brasil.

Muitas dessas ações foram instruídas com os extratos bancários que demonstram os créditos e as respectivas planilhas de cálculo.

Decisão da 5ª Câmara Cível na Apelação Cível n. 0800554-69.2013.8.12.0022.

Os suscitantes, valendo-se da Apelação Cível n. 0800554-69.2013.8.12.0022, demonstram nos autos que a 5ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça entende que, no cumprimento de sentença ajuizado por consumidor em face do suscitado, referente à sentença coletiva prolatada na Ação Civil Pública n. 400/93 (583.1993.808239), ajuizada pelo IDEC na comarca de São Paulo, SP, relativa a expurgos inflacionários do Plano Verão, é necessária a prévia liquidação do julgado, apesar de o credor ter comprovado sua legitimidade por meio do respectivo extrato da caderneta de poupança e apresentado planilha de cálculo relativa ao crédito que julgava ser-lhe devido.

A aludida apelação cível foi apresentada contra a sentença proferida no Cumprimento de Sentença n. 0800554-69.2013.8.12.0022 que Deraldino José da Silva propôs em face do Banco Bamerindus do Brasil S.A., em liquidação judicial, por seu atual gestor HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, objetivando receber os valores atinentes às diferenças não creditadas na sua caderneta de poupança mantida junto do Banco executado, cuja data base é janeiro de 1989.

O exequente instruiu a petição inicial com o extrato bancário das contas que mantinha junto ao Banco na ocasião dos expurgos inflacionários e com a memória do cálculo, na qual aplicou juros e correção monetária ao saldo que possuía na caderneta de poupança na época mencionada, quais sejam:

> CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE POUP. c/EXP
>
> Juros compensatórios taxa 0,5000% ao mês, a contar de 08.02.1989.
>
> Juros moratórios mistos a contar de 21.05.1993.
>
> Taxa de 0,50% até 10.01.2003 e 1,00% após.
>
> Juros capitalizados.
>
> Atualizado até 03.12.2013

A petição inicial, porém, foi indeferida e o processo foi extinto sem resolução do mérito porque o Juízo de primeira instância entendeu que os efeitos *erga omnes* da coisa julgada estariam limitados ao âmbito territorial da competência do órgão prolator da decisão. Ainda que assim não fosse, acrescentou, seria imperiosa a liquidação da sentença, pois no dispositivo da sentença exequenda existe determinação expressa para que os valores sejam apurados em liquidação.

Inconformado, o exequente interpôs a Apelação Cível n. 0800554-69.2013.8.12.0022, julgada pela 5ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça que, embora tenha afastado a preliminar de incompetência do juízo, manteve a extinção do feito, tendo em conta que seria imprescindível a prévia liquidação do título, com a realização de cálculos por profissionais habilitados.

O acórdão possui a seguinte ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL – SENTENÇA EM AÇÃO PROFERIDA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMITE TERRITORIAL DOS EFEITOS DA SENTENÇA - POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO NO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR - RECURSO REPETITIVO NO STJ - COBRANÇA

DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - TÍTULO ILÍQUIDO - EXTINÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Ao apreciar o Recurso Especial n. 1.243.887-PR, julgado sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, pondo fim a controvérsia anteriormente existente, definiu que os efeitos da sentença proferida em ação civil pública não estão limitados à competência territorial do órgão prolator e, ainda, que o cumprimento da referida sentença pode ser ajuizado no foro do domicílio do beneficiário.

2. Assim, é possível o ajuizamento, nas comarcas deste Estado, de liquidação e execução de sentença proferida por juízo de outra unidade da federação quando esta tiver decidido a questão com abrangência nacional.

3. Os cálculos para apuração do *quantum debeatur* em fase de cumprimento de sentença de ação coletiva que envolve expurgos inflacionários, é deveras complexo, sendo necessária a prévia liquidação, como inclusive determinado na sentença da ação coletiva, estando correto o indeferimento liminar da inicial de cumprimento de sentença.

4. Recurso conhecido e provido em parte.

(TJMS, AC nº 0800554-69.2013.8.12.0022 – Anaurilândia. Rel.: Des. Vladimir Abreu da Silva. 5ª Câmara Cível. Julg.: 24/04/2014)

A apelação cível mencionada foi apresentada contra a sentença proferida no

Decisões das 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis.

Os suscitantes argumentam também que, a seu turno, as 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis desta Corte entendem, em casos idênticos, que é dispensável a liquidação na hipótese em que o credor demonstrar sua legitimidade por meio do extrato bancário e apontar o *quantum debeatur* com base um uma planilha de cálculo. Exemplificam com os acórdãos proferidos no Agravo de Instrumento n. 4005377-20.2013.8.12.0000, julgado pela 1ª Câmara Cível no dia 12.4.2014; na Apelação Cível n. 0800366-76.2013.8.12.0022, julgada pela 2ª Câmara Cível aos 10.1.2014; no Agravo de Instrumento n. 4008244-83.2013.8.12.0000, julgado pela 4ª Câmara Cível em 7.4.2014.

Decisão da 1ª Câmara Cível no Agravo de Instrumento n. 4005377-20.2013.8.12.0000.

Silvio Zocolaro formulou o pedido de Cumprimento de Sentença n. 0803205-37.2013.8.12.0002 em face do Banco do Brasil S.A., tendo como fundamento a sentença proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.016798-9, que tramitou perante o r. juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Brasília, proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC em face do Banco do Brasil S/A, na qual ficou determinado o pagamento a todos os poupadores deste país as diferenças de correção monetária decorrentes do Plano Verão, para as cadernetas de poupança com vencimento na primeira quinzena de 1989. A sentença, proferida em 06 de novembro de 1998, foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça e reconheceu o direito aos poupadores do Banco do Brasil S/A da aplicação da correção monetária com base no IPC no percentual de 42,72% ao invés dos 22,36% pagos pela instituição financeira. O exequente esclareceu que os parâmetros de atualização monetária das diferenças expurgadas são os índices oficias da caderneta de poupança com incidência dos juros remuneratórios de 0,5% de forma capitalizada, incluindo os expurgos inflacionários na atualização do débito a fim de que se contemple a integral e efetiva recomposição do valor da moeda, como já decidido pelo TJDF em apelação em embargos do devedor na execução da dos autos da ação civil pública. Sobre a atualização monetária incidem juros de mora a partir da citação nos autos da

Ação Civil Pública, ocorrida em 15.06.1993, no percentual de 0,5% ao mês até janeiro de 2003, e, a partir daí, os juros moratórios são devidos no importe de 1% ao mês, conforme determina a legislação civil.

Instruiu o pedido com os extratos bancários e com o demonstrativo evolutivo das três contas que mantinha junto ao Banco na época dos expurgos inflacionários.

O Juízo de primeiro grau, porém, recebeu o cumprimento de sentença como liquidação por artigos, por considerar que a condenação na ação civil pública seria genérica e, por isso, haveria necessidade de prévia liquidação mediante a comprovação de fatos novos, quais sejam, que o provimento jurisdicional beneficia o liquidante e, portanto, sua situação de correntista, o dano supostamente por ele suportado e respectivo valor necessário para repará-lo, ou seja, o crédito que eventualmente possua junto ao condenado.

Inconformado, o exequente interpôs o Agravo de Instrumento n. 4005377-20.2013.8.12.0000, que foi provido pela 1ª Câmara Cível, tendo em conta que o título executivo judicial exequendo "é certo e exigível, uma vez que procede de sentença condenatória transitada em julgado e está provada a relação jurídica existente entre as partes, bem como o saldo positivo na conta poupança mantida pelo agravante relativo ao Plano Verão". Além disso, "em se tratando de cobrança de expurgos inflacionários, a apuração do valor devido ao consumidor ocorre através de simples cálculo aritmético, já na fase de cumprimento de sentença, dispensando-se a prévia liquidação, *ex vi* do disposto no art. 475-B do Código de Processo Civil".

Por tais razões, o recurso foi provido para permitir que a ação tramitasse na forma do art. 475-B do Código de Processo Civil.

O acórdão possui a seguinte ementa:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS - PRESCINDIBILIDADE - ARTIGO 475-B, DO CPC - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.
>
> Em se tratando de cobrança de expurgos inflacionários, a apuração do valor devido ao consumidor ocorre através de simples cálculo aritmético, já na fase de cumprimento de sentença, dispensando-se a prévia liquidação, *ex vi* do disposto no artigo 475-B do Código de Processo Civil.
>
> (TJMS, AI nº 4005377-20.2013.8.12.0000 – Dourados. Rel.: Des. Divoncir Scheirener Maran. 1ª Câmara Cível. Julg.: 01/10/2013)

Decisão da 2ª Câmara Cível na Apelação Cível n. 0800366-76.2013.8.12.0022.

José Matos das Neves ingressou com o Cumprimento de Sentença n. 0800366-76.2013.8.12.0022 em face do Banco Bamerindus do Brasil S.A., em liquidação judicial, por seu atual gestor HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, objetivando receber os valores atinentes às diferenças não creditadas na sua caderneta de poupança mantida junto do Banco executado, cuja data base é janeiro de 1989.

O exequente instruiu a petição inicial com o extrato bancário das contas que mantinha junto ao Banco na ocasião dos expurgos inflacionários e com a memória do cálculo, na qual aplicou juros e correção monetária ao saldo que possuía na caderneta de poupança na época mencionada, quais sejam:

> CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE POUP. c/EXP
>
> Juros compensatórios taxa 0,5000% ao mês, a contar de 01.02.1989.
>
> Juros moratórios mistos a contar de 21.05.1993.

Taxa de 0,50% até 10.01.2003 e 1,00% após.

Juros capitalizados.

Atualizado até 29.08.2013

A petição inicial, porém, foi indeferida e o processo foi extinto sem resolução do mérito porque o Juízo de primeira instância entendeu que os efeitos *erga omnes* da coisa julgada estariam limitados ao âmbito territorial da competência do órgão prolator da decisão. Ainda que assim não fosse, acrescentou, seria imperiosa a liquidação da sentença genérica para individualização do beneficiário e a configuração do dano.

Inconformado, o exequente interpôs a Apelação Cível n. 0800366-76.2013.8.12.0022, julgada pela 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, que, com base no recurso representativo de controvérsia no REsp 1243887/PR, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, concluiu que a liquidação e a execução individual da sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro de domicílio do beneficiário.

No tocante à necessidade de prévia liquidação da sentença, o egrégio colegiado decidiu que, "Em se tratando de cobrança de expurgos inflacionários, a apuração do valor devido se dá por simples cálculo aritmético já na fase de cumprimento da sentença, *ex vi* do disposto no artigo 475-B do Código de Processo Civil. Nesse contexto, o valor do crédito deve ser apontado pelo consumidor ao requerer o cumprimento da sentença, podendo a instituição financeira questionar, caso queira, eventual excesso de cobrança através da impugnação (artigos 475-J, § 1º, parte final, 475-L e 475-M, todos do CPC)."

Assim, o apelo foi provido para tornar insubsistente a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para seu regular prosseguimento.

O acórdão apresenta a seguinte ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA - COMPETÊNCIATERRITORIAL-LIQUIDAÇÃODASENTENÇA-DESNECESSIDADE - CÁLCULO ARITMÉTICO APRESENTADO PELO EXEQUENTE - RECURSO PROVIDO.
>
> O cumprimento de sentença pode ser interposto no domicílio do consumidor, ainda que distinto do foro da ação coletiva.
>
> (TJMS, AC nº 0800366-76.2013.8.12.0022 – Anaurilândia. Rel.: Des. Julizar Barbosa Trindade. 2ª Câmara Cível. Julg.: 03/12/2013)

Decisão da 4ª Câmara Cível no Agravo de Instrumento n. 4008244-83.2013.8.12.0000.

Diva Goulart Pereira e Meri Goulart Posterlli, filhas herdeiras da falecida Sra. Augustina Rueda Rodrigues, promoveram o Cumprimento de Sentença n. 0801750-05.2012.8.12.0024 em face do Banco do Brasil S.A., pretendendo obter a tutela satisfativa da decisão proferida na Ação Civil Coletiva n. 1998.01.1.016798-9, proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC contra o Banco do Brasil S.A., a qual tramitou junto à 12ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília, DF, cuja sentença condenou o Banco ao pagamento da diferença entre a correção monetária creditada e o índice de remuneração de 48,16% a incidir sobre o saldo existente em janeiro de 1989 nas cadernetas de poupança, até o advento da Medida Provisória n. 32, computados juros e correção monetária das datas em que deveriam ter sido realizados os créditos, pagando-se a cada um dos titulares o montante a ser em liquidação de sentença, processada na forma estabelecida pelos artigos 95 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. O recurso

especial interposto pelo Banco foi parcialmente provido pelo Superior Tribunal de Justiça, exclusivamente para alterar o índice do IPC de janeiro de 1989 e fixá-lo em 42,72%.

Os exequentes juntaram extrato da conta bancária da Sra. Augustina Rueda Rodrigues e o demonstrativo do cálculo.

O Banco apresentou exceção de pré-executividade alegando, em síntese, que a execução seria nula por ausência de título, posto que não é possível a execução, na Comarca de Aparecida do Taboado, MS, de um julgado proferido pelo juízo da vara cível de Brasília, cuja decisão, no seu entender, gera efeitos *erga omnes* apenas nos limites da territorialidade dele.

A exceção de pré-executividade foi rejeitada na primeira instância e o Banco interpôs o Agravo de Instrumento n. 4008244-83.2013.8.12.0000 contra a decisão, aproveitando para acrescentar que as agravadas não trouxeram memória de cálculo apta a instruir a execução; que em nenhum momento foi mencionado na sentença que os juros remuneratórios deveriam ser capitalizados em 0,5% ao mês; que o *decisum* exequendo não pode ser interpretado extensivamente; que os juros remuneratórios não são decorrência lógica da correção monetária; que os juros de mora só podem incidir da data da citação no cumprimento individual de sentença.

O recurso foi distribuído à 4ª Câmara Cível que, no julgamento, além de confirmar a decisão recorrida, acrescentou que, no caso, "não obstante ser ilíquida a decisão exequenda, a determinação do valor da condenação depende apenas de cálculo aritmético, de modo que a fase executiva poderia ter sido iniciada com a apresentação de memória de cálculo, independentemente de anterior liquidação de sentença, nos termos do que determina o supracitado art. 475-B do Código de Processo Civil". Inferiu que, por isso, é incorreto "falar em iliquidez do título, por necessidade de liquidação por arbitramento, vez que o presente caso retrata uma situação em que, para o processamento da execução, é suficiente a apresentação de cálculos contendo a memória discriminada e atualizada do crédito, o que foi devidamente apresentado pelo credor."

Deixo de mencionar os fundamentos das demais questões recorridas por não serem pertinentes a este incidente de uniformização de jurisprudência.

Ao final, o recurso foi conhecido e provido parcialmente apenas para determinar a redução do valor da execução, excluindo-se do cálculo apresentado pelo exequente o valor afeto aos juros remuneratórios (que não tem relação com o incidente ora em julgamento).

No tocante à desnecessidade da liquidação por arbitramento, o acórdão do Agravo de Instrumento n. 4008244-83.2013.8.12.0000 ficou com a seguinte ementa:

> (...) VALOR DA EXECUÇÃO DETERMINADO POR CÁLCULO ARITMÉTICO - ADMISSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO ART. 475-B DO CPC - CÁLCULO DO CREDOR - POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO PELO DEVEDOR, CASO DISCORDE DO VALOR ATRIBUÍDO PELO CREDOR AO TÍTULO EXEQUENDO - ART. 475-L, INCISO V, DO CPC - PROVA DA INEXATIDÃO DOS CÁLCULOS APRESENTADOS - ÔNUS DO EXECUTADO - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 333, I, 475-R E 598 DO CPC.
>
> A liquidação da sentença ou acórdão proferido em ação que define o índice de atualização monetária em caderneta de poupança, com a finalidade de se apurar o real débito existente, pode ser feita mediante simples cálculo aritmético, obedecendo à metodologia empregada na sentença, de modo que a fase executiva (cumprimento de sentença) pode ser iniciada com a apresentação de memória de cálculo, independentemente de anterior liquidação de sentença, nos termos do que dispõe o art. 475-B do Código de Processo Civil. Logo, é incorreto falar em iliquidez do título, por necessidade de liquidação

> por arbitramento, se o credor apresenta os cálculos contendo a memória discriminada e atualizada do crédito, suficientes para o processamento da execução. Poderá o devedor, na hipótese de apurar a existência de excesso de execução, impugnar os cálculos apresentados, conforme preceituado no artigo 475-L, inciso V, do CPC, sendo dele o ônus da prova do eventual excesso. Em face da impugnação do devedor, se surgir a necessidade de aferição exata do valor devido, a depender, então, de conhecimentos técnicos contábeis, de que o magistrado não é detentor, tal resultará, evidentemente, de uma eventual impugnação do devedor, o qual, por sua vez, terá que demonstrar onde está e no que consiste esse excesso para, apenas também de forma eventual e em face dos esclarecimentos até então existentes, ser necessário a realização de prova pericial, que pode acontecer no incidente de impugnação ao cumprimento de sentença. (...)
>
> (TJMS, AI nº 4008244-83.2013.8.12.0000 – Aparecida do Taboado. Rel.: Des. Dorival Renato Pavan. 4ª Câmara Cível. Julg.: 15/10/2013)

Decisões divergentes no âmbito da 3ª Câmara Cível.

Por fim, os suscitantes salientam que a divergência jurisprudencial acerca da matéria em debate é tão gritante que, em recentes julgados, a 3ª Câmara Cível chegou a conclusões diametralmente opostas em casos idênticos, no julgamento da Apelação Cível n. 0800989-28.2013.8.12.0027, no dia 10.3.2015, relatada pelo Des. Marco André Nogueira Hanson, quando decretou a necessidade de liquidação, e no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1400205-15.2015.8.12.0000, em 31.3.2015, relatado pelo Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, quando reconheceu que a liquidação poderia ser feita mediante simples cálculo aritmético, como se pode verificar pelas respectivas ementas:

> APELAÇÃO CÍVEL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM OUTRO ESTADO-FEDERADO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS RELATIVOS AO PLANO VERÃO - FACULDADE DO CONSUMIDOR -COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO DOMICÍLIO DO CREDOR - PACIFICAÇÃO DA MATÉRIA PELO STJ EM JULGAMENTO REALIZADO PELA CORTE ESPECIAL EM RECURSO REPETITIVO - NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO - TÍTULO ILÍQUIDO - EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> I - Pode o consumidor ajuizar a liquidação/execução individual de sentença proferida em ação civil pública no foro do seu próprio domicílio, e não se há falar em limites territoriais da coisa julgada, como argumenta o recorrido, uma vez que os efeitos e a eficácia do julgado não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo.
>
> II - Os cálculos para apuração do *quantum debeatur* em fase de cumprimento de sentença de ação coletiva que envolve expurgos inflacionários, é deveras complexo, sendo necessária a prévia liquidação, como inclusive determinado na sentença. Execução extinta por iliquidez do título. Precedentes.
>
> (TJMS, AC 0800989-28.2013.8.12.0027 – Batayporã. Rel.: Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível. Julg.: 10/03/2015).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA – AÇÃO COLETIVA – AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE SOBRESTAMENTO – MATÉRIAS NÃO ANALISADAS EM PRIMEIRO GRAU – ÓBICE DE APRECIAÇÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – VALOR DA EXECUÇÃO

DETERMINÁVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO – APLICAÇÃO DO ART. 475-B DO CPC – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC DEVIDAMENTE ARBITRADOS – REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA – RESP 1134186/RS E RESP 1262933/RS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

I) Não se enquadrando os temas dos recursos especiais repetitivos que aguardam julgamento no Superior Tribunal de Justiça com as matérias debatidas nos autos, nada há que autorize a pretendida suspensão.

II) É defeso ao órgão *ad quem* o conhecimento de matérias quando o órgão jurisdicional de primeira instância, ainda atuante na causa, não se pronunciou sobre o tema, sob pena de supressão de instância.

III) A liquidação da sentença ou acórdão proferido em ação revisional com a finalidade de se apurar o real débito existente, pode ser feita mediante simples cálculo aritmético, obedecendo a metodologia empregada na sentença, de modo que a fase executiva (cumprimento de sentença) pode ser iniciada com a apresentação de memória de cálculo, independentemente de anterior liquidação de sentença, nos termos do que dispõe o art. 475-B do Código de Processo Civil.

IV) São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença. Estes haverão de ser fixados independentemente dos honorários fixados na primeira fase do processo, e serão devidos em razão do trabalho a ser desenvolvido pelo exequente na segunda fase para forçar o devedor a cumprir a sentença, a qual deveria ter sido por ele voluntariamente cumprida, e não o foi, compelindo o credor a ter necessidade de usar do meio executivo previsto nos artigos 475-J e seguintes do CPC, seguido dos atos de expropriação de bens.

V) Na fase de cumprimento de sentença, de acordo com art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, levando-se também em conta as diretrizes das alíneas "a" a "c" do § 3º do mesmo dispositivo, a fixação do valor dos honorários advocatícios deve ser feita com juízo de ponderação e razoabilidade, sopesando os serviços desenvolvidos pelo profissional da advocacia e valerá para todo procedimento executivo.

VI) Nos termos do REsp n. 1262933/RJ, decidido como representativo de controvérsia perante o Superior Tribunal de Justiça, "na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação (art. 475-J do CPC)", o que restou assegurado no decisum recorrido.

(TJMS; Agravo de Instrumento n. 1400205-15.2015.8.12.0000; Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Glória de Dourados; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 31/03/2015; Data de registro: 09/04/2015)

Ocorrência da divergência invocada.

Neste passo, constata-se que efetivamente há divergência entre as orientações das Câmaras Cíveis deste Tribunal quanto à matéria discutida, situação a exigir pronunciamento unificador do competente órgão superior, nos termos do art. 494, inciso I, do RITJMS.

A Procuradoria Geral de Justiça manifesta o entendimento de que não há necessariamente uma divergência entre as turmas julgadoras, mas uma aplicação indistinta de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, pois os julgados da Corte Superior mencionados pela 5ª Câmara Cível só fazem sentido se demonstrado que não há nenhuma prova da existência do título de crédito ou do *quantum*.

Por isso, inclina-se para o provimento do presente incidente com vista a se realizar o *distinguishing* (ou *distinguish*), para afastar determinado precedente por não ser a hipótese de incidência compatível com o que foi anteriormente julgado.

Todavia, o *distinguish* constitui técnica processual de superação de precedente judicial vinculante, empregada quando houver distinção entre o caso concreto posto em julgamento e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) do precedente, seja porque, embora haja uma aproximação entre eles, existe alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Ora, no caso em análise os suscitantes não buscam afastar a aplicação de um precedente. Ao contrário, eles pretendem que seja sumulado um entendimento, por meio do incidente de uniformização de jurisprudência.

Logo, não há motivo para se realizar o *distinguishing*, impondo-se dar prosseguimento ao julgamento do incidente suscitado.

Por tais razões, reconheço a efetiva e atual divergência entre as orientações das Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça quanto à tese suscitada.

Análise da adequação da tese.

Os suscitantes pretendem fazer prevalecer a tese com o seguinte enunciado:

> Na execução individual de sentença coletiva de expurgos inflacionários em que o credor comprova sua legitimidade e apresenta a respectiva planilha de cálculo, desnecessária se faz a liquidação por artigos ou arbitramento, pois se aplica à espécie o comando do art. 475-B do CPC, que permite a liquidação por simples cálculos aritméticos.

A tese proposta figura-se adequada para a solução do incidente, em particular porque é a tese adotada pacificamente pelas 1ª, 2ª e 4ª Câmaras Cíveis e, de forma oscilante, pela 3ª Câmara Cível.

Apreciação do mérito das teses em confronto.

Reconhecida a divergência entre as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul acerca da necessidade ou não de prévia liquidação para o cumprimento de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo expurgos inflacionários, impõe-se acolher o incidente de uniformização de jurisprudência e dar a interpretação a ser observada, transformando o julgamento em súmula que constituirá precedente (arts. 478 e 479 do CPC/1973; art. 926 do CPC/2015).

Verifica-se nos autos que a sentença exequenda no cumprimento de sentença do qual se originou este incidente de uniformização de jurisprudência determinou os parâmetros para o cálculo, mencionando que este deveria ser apurado em liquidação.

Em seus julgamentos, a 5ª Câmara Cível recorda que, de acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr[1]:

> (...) diz-se ilíquida a decisão que (i) deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeatur*), nos casos em que o objeto dessa prestação seja suscetível de quantificação (...); (ii) que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza (*quid debeatur*)...

1 **Curso de Direito Processual Civil** - Processo Coletivo volume 4, Juspodivm, 2007 página 362

Nos termos do art. 586 do CPC, "A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, liquida e exigível".

A egrégia 5ª Câmara Cível salienta que, apesar de se tratar de obrigação exigível, pois amparada em sentença proferida em ação civil pública, transitada em julgado, não se encontra presente a liquidez do débito. Existem situações que a sentença condenatória torna certa somente a obrigação, mas relega a apuração do *quantum debeatur* para posterior fase de liquidação de sentença.

Conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[2]:

> O objetivo da fase de liquidação *é* constituir liquidez e determinar o 'valor devido' ao demandante. Na hipótese, o título executivo está amparado em sentença prolatada de forma genérica em Ação coletiva, atingindo boa parcela dos poupadores, sem especificar valores, exatamente de acordo com o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor: "Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Assim, depreende a 5ª Câmara Cível que, constatada a aplicação de índice a menor, reconhecida a existência de valores a serem ressarcidos aos poupadores, os valores devidos devem ser apurados em prévia liquidação de sentença, com a realização de cálculos por profissionais habilitados.

A ideia é que, os cálculos para apuração do *quantum debeatur* em fase de cumprimento de sentença de ação de cobrança que envolve expurgos inflacionários são deveras complexos, fazendo-se necessária a prévia liquidação da sentença, ainda que o credor possua os respectivos extratos bancários comprovando a legitimidade ativa para ingressar com o cumprimento de sentença, além dos valores e índices necessários para calcularem a indenização devida pelo suscitado (*quantum debeatur*).

Esse mesmo tem sido meu entendimento ao longo do tempo.

E não encontro motivo para modificá-lo.

Os expurgos inflacionários que têm sido objeto de ações e sentenças coletivas impõem a subsunção do debate ao Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que o respectivo título executivo é genérico, a saber:

> Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de quantia certa ou já fixada em liquidação, porquanto, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, apenas fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. Assim, a condenação não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial.

Esse é o entendimento que foi expresso pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1247150/PR pelo rito de recurso repetitivo, conforme se verifica pelo aresto correspondente:

> DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ALCANCE SUBJETIVO DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. MULTA PREVISTA NO ART. 475-J, CPC. NÃO INCIDÊNCIA.

2 **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008

> 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:
>
> 1.1. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/97.
>
> 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de "quantia certa ou já fixada em liquidação" (art. 475-J do CPC), porquanto, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica", apenas "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC.
>
> 2. Recurso especial parcialmente provido.
>
> (REsp 1247150/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

No mencionado julgamento, o Ministro Teori Albino Zavascki salientou, em seu voto, que faltam liquidez e exigibilidade à sentença prolatada em ação civil coletiva, em virtude de nela não constarem o nome do credor e muito menos a quantia devida, a saber:

> Não é cabível a aplicação da multa prevista no artigo 475-J do CPC na hipótese de não cumprimento espontâneo de sentença prolatada no âmbito da ação civil coletiva, porque referida sentença tem um conteúdo genérico, dela não constando o nome do credor e muito menos a quantia devida, não se revestindo assim de liquidez e exigibilidade necessárias, que somente são adquiridas após nova intervenção judicial, com elevada carga cognitiva, a ser desenvolvida na ação de liquidação e execução, não se enquadrando, dessa forma, no requisito de quantia certa ou já fixada em liquidação, previsto no artigo 475-J do CPC.

O Superior Tribunal de Justiça tem ratificado, repetidas vezes, o entendimento de que é necessária a liquidação da sentença genérica proferida em ação civil pública, tanto para a definição da titularidade do crédito, quanto para a aferição do valor devido, conforme se depreende dos seguintes arestos muito recentes:

> AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SENTENÇA. PRÉVIA LIQUIDAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. De acordo com o entendimento desta Corte, a sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de "quantia certa ou já fixada em liquidação" (art. 475-J do CPC), porquanto, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica", apenas "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, sendo necessária a liquidação da sentença genérica proferida em ação civil pública para a definição da titularidade do crédito e do valor devido. Precedentes.
>
> 2. Agravo interno a que se nega provimento.
>
> (STJ, AgInt no AREsp 909.925/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 09/08/2016)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PRÉVIA LIQUIDAÇÃO. NECESSIDADE. ALEGAÇÃO DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO REALIZADA. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. De acordo com o entendimento desta Corte, é necessária a liquidação da sentença genérica proferida em ação civil pública para a definição da titularidade do crédito e do valor devido. Precedentes.
>
> **2. O acolhimento da pretensão recursal dos ora agravantes de que já teria ocorrido a prévia liquidação da sentença 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 da Súmula 7 do STJ.**
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> (STJ, AgRg no REsp 1581593/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016. Destaquei.)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO.
>
> 1. "A sentença proferida em ação civil pública, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC)" (REsp 1.247.150/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe de 12/12/2011).
>
> **2. Se há a necessidade de apurar a titularidade do crédito e o montante devido a título de condenação dos expurgos inflacionários, revela-se notório o devido respeito ao procedimento de prévia liquidação da sentença coletiva, nos temos do art. 475-A do CPC de 1973. Precedentes.**
>
> 3. Agravo regimental não provido.
>
> (STJ, AgRg no REsp 1580295/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/04/2016, DJe 14/04/2016. Destaquei.)

Por tais razões, deve prevalecer o entendimento adotado pelas 3ª e 5ª Câmaras Cíveis deste Tribunal de Justiça a respeito da tese arguida – entendimento esse que vai em sentido oposto àquele pretendido pelos suscitantes.

Ante o exposto, com o parecer, conheço e julgo parcialmente procedente o presente incidente de uniformização de jurisprudência para: declarar a existência, neste Tribunal de Justiça de divergência de entendimento jurisprudencial relacionado à (des)necessidade de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo os expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão"; que a tese arguida seja sumulada com o seguinte enunciado:

> Na execução individual de sentença genérica, proferida em ação civil pública, é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devido.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.(1º vogal)

Após análise detida dos autos e dos argumentos que subsidiaram o voto proferido pelo e. relator, hei por bem acompanhá-lo para, julgando parcialmente procedente o pedido formulado no incidente de uniformização de jurisprudência instaurado, reconhecer a necessidade de proceder à prévia liquidação da sentença coletiva envolvendo expurgos inflacionários, quando proferida de forma genérica e em se tratando de execução individual.

De acordo com os ensinamentos de Fredie Didier Jr[3]:

> (...) diz se ilíquida a decisão que (i) deixa de estabelecer o montante da prestação (*quantum debeatur*), nos casos em que o objeto dessa prestação seja suscetível de quantificação (...); (ii) que deixa de individualizar completamente o objeto da prestação, qualquer que seja a sua natureza (*quid debeatur*)

Nos termos do art. 783 do CPC, a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

Ora, constatada a aplicação de índice a menor na conta poupança e reconhecida a existência de valores a serem ressarcidos aos poupadores, os valores devidos devem ser apurados em prévia liquidação de sentença, com a realização de cálculos por profissionais habilitados.

A respeito, destaco o precedente do STJ:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDEC. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SENTENÇA. PRÉVIA LIQUIDAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. De acordo com o entendimento desta Corte, é necessária a liquidação da sentença genérica proferida em ação civil pública para a definição da titularidade do crédito e do valor devido. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ; AgInt-REsp 1.593.751; Proc. 2016/0078986-1; DF; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; DJE 16/08/2016).

Os cálculos para apuração do *quantum debeatur* em fase de cumprimento da sentença de ação de cobrança que envolve expurgos inflacionários afiguram-se deveras complexos, o que implica dizer ser necessária a prévia liquidação da sentença coletiva para se alcançar o valor efetivamente devido, não bastando simples cálculos aritméticos.

O voto do relator nada mais fez do que referendar a farta jurisprudência do STJ.

Posto isso, acompanho o voto do relator e, em consequência, aprovo o seguinte enunciado: "Na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública, é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devido".

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.(2º vogal)

Trata-se de procedimento de incidente de uniformização de jurisprudência suscitados por Naim Dibo Neto e Izolina Garcia da Silva Dibo alegando haver divergência entre o posicionamento adotado pela Quinta Câmara Cível e a Primeira, Segunda e Quarta Câmaras Cíveis.

A divergência refere-se sobre a questão da necessidade, ou não, de prévia liquidação nas execuções de sentença proferida nos autos de ação civil pública (nº 583.00.1993.808239-4 relativa ao pagamento dos expurgos inflacionários.

Afirmaram que a 5º Câmara Cível entende pela exigência de prévia liquidação da sentença da ação coletiva.

3 **Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo**, 2 ed. v. 4, Bahia: Juspodivm, 2007, p. 362

Enquanto que as 1º, 2º e 4º Câmaras Cíveis se posicionaram que se restar demonstrado o *cui debeatur* por meio de extratos bancários e o *quantum debeatur* pela respectiva planilha de cálculo, resta dispensável a fase procedimental de liquidação.

O relator exarou seu voto conhecendo e julgando parcialmente procedente esse incidente para:

> i) declarar a existência, neste Tribunal de Justiça de divergência de entendimento jurisprudencial relacionado à (des)necessidade de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo os expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão"; ii) que a tese arguida seja sumulada com o seguinte enunciado: Na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devido.

Nesse sentido, segue parte dos fundamentos jurídicos apresentados pelo e. relator, os quais acompanho na íntegra:

> (...) A ideia é que, os cálculos para apuração do *quantum debeatur* em fase de cumprimento de sentença de ação de cobrança que envolve expurgos inflacionários são deveras complexos, fazendo-se necessária a prévia liquidação da sentença, ainda que o credor possua os respectivos extratos bancários comprovando a legitimidade ativa para ingressar com o cumprimento de sentença, além dos valores e índices necessários para calcularem a indenização devida pelo suscitado (*quantum debeatur*).
>
> Esse mesmo tem sido meu entendimento ao longo do tempo.
>
> E não encontro motivo para modificá-lo.
>
> Os expurgos inflacionários que têm sido objeto de ações e sentenças coletivas impõem a subsunção do debate ao Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que o respectivo título executivo é genérico, a saber:
>
> Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.
>
> A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de quantia certa ou já fixada em liquidação, porquanto, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, apenas fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados. Assim, a condenação não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial. (...)

Esclareço que, embora, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1400205-15.2015.8.12.0000 eu ter decidido que no caso de liquidação de sentença ou de acórdão com a finalidade de se apurar o real débito existente poderia ser feito mediante simples cálculos aritmético, obedecendo a metodologia empregada na sentença, de modo que a fase executiva iniciaria com a apresentação de memória de cálculo, independente de anterior liquidação de sentença, revendo tal posicionamento, entendi pela necessidade de se proceder liquidação de sentença nos casos de execução individual da sentença coletiva proferida na ação civil pública referente ao pagamento dos expurgos inflacionários, conforme externado no voto de minha relatoria na apelação cível nº 080049241-2014.8.12.0039.

Assim colaciono parte do voto:

> (...) Cumpre verificar não ser a fase de liquidação de ação coletiva uma liquidação comum já que seu objetivo *é* mais amplo por incluir a pretensão do demandante ao reconhecimento da própria condição de lesado (titularidade do crédito), além de estabelecer o valor da indenização.

Assim, compete ao ora apelante demonstrar a titularidade do direito e arbitrar o *quantum* devido em liquidação de sentença, não em execução.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXECUÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA INTENTADA PELO IDEC CONTRA O BANCO DO BRASIL S/A - INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DOS EXEQUENTES.
>
> 1. Inviável nesta fase processual alegar óbices atinentes à admissibilidade dos recursos interpostos no âmbito das instâncias ordinárias, seja em razão da preclusão consumativa, seja em virtude de o Tribunal de origem ter analisado as temáticas postas a julgamento no agravo regimental, dele conhecendo para lhe negar provimento, o que denota não ter aquela Corte estadual constatado qualquer irregularidade no tocante à admissibilidade do recurso apresentado, o que afasta a alegada violação ao princípio da dialeticidade.
>
> 2. Esta Corte Superior tem entendimento assente no sentido de que inviável a instauração direta da execução individual/cumprimento de sentença, sem prévia prova quanto à existência e extensão do crédito vindicado pelo consumidor, pois a sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pelo IDEC - Instituto de Defesa do Consumidor, que condenou o Banco do Brasil S/A ao pagamento dos expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, por si, não confere ao vencido a posição de devedor de quantia líquida e certa, haja vista que a procedência do pedido determinou tão somente a responsabilização do réu pelos danos causados aos poupadores, motivo pelo qual a condenação não se reveste da liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, sendo necessário ao interessado provar sua condição de poupador e, assim, apurar o montante a menor que lhe foi depositado. Precedentes.
>
> 3. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp 536.859/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 24/09/2014)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO. NECESSIDADE. 1. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos será, em regra, genérica, apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, dependendo, assim, de superveniente liquidação, não apenas para simples apuração do *quantum debeatur*, mas também para aferição da própria titularidade do crédito (art. 97, CDC). Precedentes. 2. No caso sob exame, a parte ora recorrente aforou pedido de cumprimento de sentença com supedâneo na decisão trânsita em julgado da Ação Civil Pública n. 583.00.1993.808239, promovida em face do Banco Bamerindus do Brasil S/A, que foi sucedido por HSBC Banco Brasil S/A. Assim, imperiosa se faz a devida liquidação da sentença genérica para individualização do beneficiário e configuração do objeto (dano), não merecendo reforma a decisão ora agravada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 340.965/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 28/08/2013). (...)

Por tais razões, Sr. Presidente, revendo meu posicionamento, voto para acompanhar a tese jurídica firmada pelo e. relator, Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.(3º vogal)

Após analisar o feito, entendo por bem acompanhar o voto do relator e dos demais pares para dar parcial provimento ao presente incidente, reconhecendo a necessidade de prévia liquidação quando tratar-se de execução individual de sentença genérica, aprovando o enunciado nos seguintes termos: "Na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública, é necessária liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devido".

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Marco José de Brito Rodrigues. (5º vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (7º vogal)

Acompanho o ilustre relator quanto à procedência da uniformização de jurisprudência, eis que claro o dissenso entre as Câmaras Cíveis desta Corte.

Todavia, entendo que a tese a ser firmada deve corresponder, exatamente aos termos do pedido, que é albergado, hodiernamente, pela maioria dos órgãos fracionários deste Tribunal de Justiça.

Divirjo, pois, dos termos da tese por ele firmada.

O objetivo da uniformização é pacificar a jurisprudência.

O STJ já firmou a tese de que há necessidade de liquidação da sentença para aferir-se a titularidade e o *quantum* é devido nas execuções individuas correspondentes às ações coletivas e, ainda assim, a jurisprudência não restou pacificada.

Repetir aquilo que já foi decidido pela instância superior não resolve a divergência, posto que esta se funda exatamente por conta de casos em que a titularidade e o *quantum debeatur* se comprovam, documentalmente, no cumprimento de sentença, eis que o exequente prova ser titular de crédito e comprova o seu valor.

Diante disto, entendo que a tese deve ser fixada exatamente nos moldes pleiteados, sob pena de permitir-se, novamente, a discussão sobre a legitimidade daqueles que foram beneficiados pela sentença coletiva (se associados ou não ao IDEC, por exemplo), os limites da referida sentença, etc.

Por tais razões, voto no sentido de fixar-se a tese nos termos da inicial, ou seja, "Na execução individual de sentença coletiva de expurgos inflacionários em que o credor comprova sua legitimidade e apresenta a respectiva planilha de cálculo, desnecessária se faz a liquidação por artigos ou arbitramento, pois se aplica à espécie o comando do art. 475-B do CPC, que permite a liquidação por simples cálculos aritméticos".

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (9º vogal)

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, de relatoria do ilustre desembargador Vladimir Abreu da Silva. Pretende-se compor a divergência entre as 1ª, 2ª, 4ª e 5º Câmaras Cíveis deste Tribunal a respeito da necessidade ou não de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva

que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo os expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão".

Acompanho o voto do douto relator, para reconhecer a necessidade de prévia liquidação quando se tratar de execução individual de sentença genérica – ressalvados os casos excepcionais de *distinguishing*.

No caso, a decisão que ampara o cumprimento de sentença definiu os parâmetros para apuração do valor devido. Contudo, tendo sido obtido em ação civil pública proposta em regime de substituição processual evidentemente, não identificou os lesados nem fixou de plano o *quantum debeatur*.

O título possui condenação genérica, é ilíquido. Logo, a execução da indenização somente será possível depois que os consumidores lesados demonstrarem, na fase de liquidação imprópria, a titularidade do direito e os danos sofridos.

A liquidação de sentença condenatória proferida em ação civil pública não é uma liquidação comum. Cuida-se de procedimento com elevada carga cognitiva, pois nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material.

É imprescindível que os exequentes comprovem a condição de lesado, o dano individual e o montante do débito, assegurando ao devedor contraditório amplo. Não sendo comprovados tais fatos, não se completa o título executivo.

Nesse sentido, leciona Hugo Nigro Mazzilli:

> No procedimento de liquidação de sentença que tenha reconhecido danos a interesses individuais homogêneos, deverá ser provado que as vítimas ou sucessores sofreram efetivamente os danos por cuja responsabilidade foi o réu condenado na fase de conhecimento. Como, para isso, haverá necessidade de alegar e provar fato novo (p. ex., a ocorrência dos danos emergentes e lucros cessantes), aqui a liquidação será necessariamente feita por artigos.[4]

Cândido Rangel Dinamarco também doutrina nesse sentido, destacando que a liquidação da sentença proferida em ação civil pública não se limita à descoberta do *quantum debeatur*; precisa identificar no interessado a condição de lesado*:*

> A sentença proferida nas liquidações relacionadas com as relações de consumo contém portanto (a) a declaração de que o autor sofreu efetiva lesão causada pelo bem ou produto antes declarado danoso e (b) a declaração do valor do dano suportado. Só quando emitidas essas declarações estará integralizado o título executivo e, portanto, só então se admitirá a execução forçada.[5]

É justamente por exigir uma liquidação mais ampla que a sentença advinda de ação coletiva não permite a incidência do artigo 513 e seguintes do Código de Processo Civil.

Ainda que o dano individual pudesse ser apurado mediante simples cálculo aritmético, incumbiria ao credor, antes disso, requerer a liquidação da sentença para comprovar sua legitimidade.

Nesse sentido, é firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EMENDA À INICIAL. DETERMINAÇÃO DE CONVERSÃO

4 MAZZILLI, Hugo Nrigo, **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 574.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. III, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 243.

DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM LIQUIDAÇÃO. IRRECORRIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO.

NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Somente em situações excepcionais, é possível a impugnação do despacho de emenda à petição inicial, devendo, em casos tais, analisar se a determinação do magistrado subverte ou não a legislação processual em vigor, de maneira a causar evidente gravame à parte.

2. Não existe efetivo prejuízo ao poupador, no presente caso, tendo em vista que, se o magistrado verificou a iliquidez do título exequendo (sentença proferida em ação coletiva), o despacho de emenda à inicial satisfaz aos interesses do próprio recorrente, uma vez que garantirá a continuidade da fase executiva. Caso contrário, o gravame existiria se o juízo de piso não concedesse a oportunidade de sanar a irregularidade da exordial, indeferindo, de plano, a petição.

3. De acordo com o entendimento desta Corte, é necessária a liquidação da sentença genérica proferida em ação civil pública para a definição da titularidade do crédito e do valor devido.

Precedentes.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1486179/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/10/2016, DJe 07/10/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO. SÚMULA 83/STJ.RECURSO NÃO PROVIDO.1. “A sentença proferida em ação civil pública, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de “quantia certa ou já fixada em liquidação” (art. 475-J do CPC), porquanto, “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica”, apenas “fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95 do CDC)” (REsp 1247150/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 510.687/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 05/05/2015)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. POUPANÇA. EXPURGOS. INDENIZAÇÃO POR LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. JUROS MORATÓRIOS. MORA *EX PERSONA*. TERMO INICIAL. CITAÇÃO NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. **A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos, nos moldes do disposto no artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor, será, em regra, genérica, de modo que depende**

> **de superveniente liquidação, não apenas para apuração do *quantum debeatur*, mas também para aferir a titularidade do crédito, por isso denominada pela doutrina "liquidação imprópria".**
>
> 3. Com efeito, não merece acolhida a irresignação, pois, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil e 397 do Código Civil, na hipótese, a mora verifica-se com a citação do devedor, realizada na fase de liquidação de sentença, e não a partir de sua citação na ação civil pública.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (STJ: AgRg no REsp 1348512/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013) – g.n.

Enquanto não liquidada a sentença genérica, não se sabe exatamente quem são os prováveis credores e os valores a que fazem jus.

Não é possível suprir a ausência da liquidação de sentença com o argumento de que, no caso, está demonstrada a titularidade do direito. Além de contrariar os princípios da ampla defesa e do contraditório e a referência expressa na sentença sobre a necessidade de liquidação, a fase de liquidação mostra-se imprescindível para demonstrar a titularidade do crédito e valor devido.

Por isso, acompanho o douto relator, para reconhecer a necessidade de prévia liquidação quando se tratar de execução individual de sentença genérica – ressalvados os casos excepcionais de *distinguishing*.

O Sr. Des. Nélio Stábile.(11º vogal)

Acompanho o relator.

Por unanimidade, admitiram o incidente de uniformização de jurisprudência. a conclusão de julgamento foi adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do Des. Paulo Alberto de Oliveira, após o relator e os desembargadores Luiz Tadeu B. Silva, Fernando M. M. Marinho, Júlio Roberto S. Cardoso, Marco André N. Hanson, Marcos José de B. Rodrigues, Vilson Bertelli e Nélio Stábile darem parcial provimento para reconhecer a necessidade de prévia liquidação quando se tratar de execução individual de sentença genérica. O Des. Marcelo Rasslan entende ser desnecessária a liquidação. Os demais aguardam. Ausentes, por férias, os Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Eduardo Machado Rocha e Odemilson Roberto Castro Fassa e, justificadamente, Amaury da Silva kuklinski. (sust. oral)

VOTO (EM 31/10/2016)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.(12º vogal)

Conforme relatado por Sua Excelência o Relator, ilustre Des. Vladimir Abreu da Silva, trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, suscitado a pedido dos agravados Naim Dibo Neto e Izolina Garcia da Silva Dibo nos autos do agravo de instrumento nº 1404510-42.2015.8.12.0000, o qual foi interposto por HSBC Bank Brasil S/A, contra decisão interlocutória do Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Na origem, foi proposto pelos agravados o cumprimento de sentença nº 0827194-41.2014.8.12.0001, para a execução individual da sentença coletiva proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca de São Paulo na Ação Civil Pública nº 400/93 (583.1993.808239), a qual condenou, de forma genérica (art. 95, CDC), o HSBC Bank Brasil S/A à restituição dos expurgos inflacionários relativos ao chamado Plano

Verão (IPC de Janeiro de 1989) a "cada um dos titulares" de caderneta de poupança, clientes da instituição financeira na ocasião (f. 192-195).

Dentre outras questões discutidas no agravo de instrumento, minuciosamente relatadas e delineadas pelo Relator na decisão liminar de f. 906-913, sobressai, na espécie, dada a instauração do incidente sob análise, a questão concernente à necessidade, ou não, de prévia instauração de fase de liquidação de sentença, considerada, aliás, necessária pela decisão liminar suso referida, a justificar, na ocasião, a concessão do efeito suspensivo pleiteado pelo agravante.

Após a prolação da referida decisão liminar, sobreveio a suscitação do presente incidente, a fim de que este Tribunal, nos termos do art. 476, do Código de Processo Civil/1973, realize "pronunciamento prévio acerca da interpretação do direito", tendo em vista a ocorrência de divergência (inc. I) entre as Câmaras Cíveis do TJ/MS, bem demonstrada pelo acórdão de admissibilidade de f. 269-276.

De início, destaco e louvo a iniciativa da 5ª Câmara Cível, que, por impulso do douto Des. Vladimir Abreu da Silva, admitiu a instauração do presente incidente, em prestígio, sobretudo, ao princípio da segurança jurídica, tão caro à estabilidade das relações jurídico-econômicas do país, mas por vezes pouco prestigiado pela jurisprudência pátria, a qual, de certa forma, reluta contra a uniformização de entendimentos, de modo a manter-se estável, íntegra e coerente.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, sem dúvida alguma, em sua conhecida posição de vanguarda, está um passo à frente de inúmeros Tribunais do país, e inclusive já se antecipava ao regime estabelecido pelo Código de Processo Civil/2015, o qual, de forma expressa e bastante corajosa, desafiou a todos nós, julgadores, a alinharmos nossos pensamentos, em prestígio a uma melhor compreensão da sociedade a respeito de uma posição clara do Poder Judiciário acerca de temas reconhecidamente controvertidos, os quais permeiam as instâncias judiciais do país, alguns se arrastando injustificadamente por anos e anos, causando perplexidade com a perenização do conflito.

Como bem salientou o Ministro Luis Felipe Salomão na oportunidade do julgamento do REsp 753.159/MT (Quarta Turma, DJe 29/04/2011), "se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável, porquanto a ele subjaz, invariavelmente, pernicioso tratamento desigual a jurisdicionados com o mesmo direito alegado, na contramão dos mais caros alicerces do Estado Democrático de Direito e erodindo, deveras, a própria higidez do ordenamento jurídico pátrio."

A propósito, todas as questões que envolvem os chamados expurgos inflacionários causam, a mim, severa perplexidade, dada a sua eternização, com infeliz participação, nesse deletério processo, do Supremo Tribunal Federal, que, indiscutivelmente, tarda em julgar o mérito desse assunto, ocasionando com tal morosidade maior angústia e insegurança.

Contudo, sem pretender, aqui também, expandir esse processo de eternização de debates jurídicos, adianto, desde logo, numa humilde e bem intencionada posição, minha singela intenção de contribuir com a simplificação não só da solução desta controvérsia incidental, mas, sobretudo, com a racionalização do procedimento de liquidação/execução do crédito relativo aos expurgos inflacionários, especialmente quando oriundo de pretensão individual lastreada em sentença coletiva genérica, caso dos autos.

A iliquidez da sentença genérica (art. 98, da Lei nº 8.078, de 11/09/90 - CDC), proferida em ação de natureza coletiva, é incontroversa, e acredito que sobre a sua falta de determinabilidade acerca do *cui debeatur* (a quem se deve pagar) e do *quantum debeatur* (quanto se deve pagar) não haja mesmo qualquer divergência.

É evidente que, de uma sentença ilíquida, se venha a exigir posterior liquidação. E na liquidação das sentenças coletivas é inegável que haja "elevada carga cognitiva", pois "nela se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material." (EREsp 475.566/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 13/09/2004).

Reputo ser pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em hipóteses tais, é necessário, sem dúvida alguma, que se proceda à liquidação da sentença (REsp 1.239.430/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 13/11/2013; REsp 1.247.150/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12/12/2011; REsp nº 1.051.305/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28/04/2010; CC nº 96.682/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 23/03/2010; REsp nº 673.380/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 20/06/2005).

A questão posta no presente incidente, entretanto, diz respeito à forma segundo a qual se fará essa liquidação: se necessariamente por meio de um procedimento mais rígido e custoso, como é o caso da instauração de fase específica de liquidação por artigos ou por arbitramento (art. 475-A, CPC/73 – correspondente ao atual art. 509, incisos I e II, CPC/15); ou se por meio de uma simples liquidação incidental por cálculo do credor (art. 475-B, CPC/73 – correspondente ao atual art. 509, **§** 2º, c/c art. 524, §§ 3º a 5º, CPC/15), a permitir, após superada eventual cognição breve – possível nesse procedimento para exibição/requisição de documentos em poder do devedor ou de terceiro –, o imediato e subsequente prosseguimento do processo já como Cumprimento de Sentença.

Para se aferir, com exatidão, a amplitude da controvérsia posta em análise, basta ver a sugestão de Enunciado de Súmula trazida no pedido do proponente deste incidente (f. 22), *verbis*:

> Por fim, requesta-se o encaminhamento deste incidente para o ilustre Desembargador Presidente da Colenda Seção Especial Cível de Uniformização da Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, com fulcro no art. 132, inciso III, alínea "c", do RITJMS, a fim de que seja sumulado o seguinte enunciado: 'Na execução individual de sentença coletiva de expurgos inflacionários em que o credor comprova sua legitimidade e apresenta a respectiva planilha de cálculo, desnecessária se faz a liquidação por artigos ou arbitramento, pois se aplica ***à*** espécie o comando do art. 475-B do CPC, que permite a liquidação por simples cálculos aritméticos'.

Guarda com ele pertinência a instauração, na origem, de cumprimento de sentença mediante a liquidação por simples cálculo (f. 122-135), acompanhada da identificação dos titulares que se alegam detentores do crédito exequendo (f. 106-111) e, finalmente, a demonstração documental do alegado crédito depositado em caderneta de poupança no tempo pertinente (f. 112, f. 120 e f. 128).

Assim, é de se indagar: a necessidade de liquidar uma sentença significa o mesmo que instaurar, obrigatoriamente, fase específica de liquidação (arbitramento/artigos)?

Penso, pois, haver significativa diferença entre uma coisa e outra.

A par do debate doutrinário acerca da natureza da chamada liquidação por cálculo do credor, prevalece a compreensão de que este se trata de uma liquidação-incidente – diversa da liquidação-fase (artigos/arbitramento) –, que conta, sim, com contornos próprios, dada a sua simplicidade inerente, mas, em absoluto, não deixa de ser uma modalidade de liquidação, a despeito de sua proximidade com o próprio Cumprimento de Sentença.

Como advertem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, "a obrigação ilíquida pode ser liquidada por cálculo, por arbitramento ou por artigos" (Novo Código de Processo Civil Comentado - 2ª Edição - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 607).

Relativamente à liquidação por cálculos (liquidação-incidente), explica Cássio Scarpinella Bueno o seguinte:

> O que há, na verdade, e esta afirmação é correta desde a profunda alteração que o tema experimentou no CPC de 1973 com a Lei n. 8.898/1994, é que, nestes casos, há uma 'liquidação-ato', em que o contraditório relativo ao valor é realizado *a posteriori*, o que viabiliza, não questiono, maior racionalização nos atos processuais. O que não há, repito, é uma etapa de liquidação ou uma liquidação-procedimento. Ela, a liquidação em casos tais, limita-se a prática de um ato só, a apresentação da memória de cálculo.
>
> [Mas] Como a lógica da prática daquele ato relaciona-se intimamente à etapa de cumprimento de sentença [...], entendo que, para os fins deste Manual, é o caso de estudá-la no contexto do cumprimento de sentença. Não porque aquele ato, em si mesmo considerado, não seja liquidação. Ele é, pelas razões que acabei de sumariar [...]." (*in* Manual de Direito Processual Civil, Volume Único, 2ª Edição, São Paulo : Editora Saraiva, 2016, pg. 416)

Ressaltando que essa dinâmica de liquidação simplificada remonta à reforma processual de 1994, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira destacavam, ainda sob o regime do Código de Processo Civil/1973, que:

> [...] a Lei Federal n. 8.898/94 [...] extinguiu a chamada ação autônoma de liquidação por cálculo, passando a permitir que, toda vez que a apuração do *quantum debeatur* dependesse de simples cálculos aritméticos – juros, correção monetária, encargo etc. –, o ajuste das contas poderia ser realizado pelo próprio credor (seu advogado ou contador pessoal), no bojo da ação executiva, bastando, para tanto, que escoltasse a sua petição inicial com 'memória discriminada e atualizada' das operações matemáticas realizadas. Passou-se a falar, assim, numa liquidação incidental. (*in* Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, Salvador : Editora Juspodivm, 2007, pg. 401-402)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolheu essa tese, inclusive na mesmíssima situação dos autos, em que se controverteu sobre a possibilidade de liquidação por mero cálculo do credor em hipótese de sentença coletiva genérica que determinou ao Banco de Crédito Nacional S/A – BCN a restituição dos expurgos inflacionários ocorridos no mês de Janeiro de 1989 (Plano Verão).

É muito perspicaz, nesse sentido, o voto condutor proferido no REsp nº 880.385/SP, da lavra da eminente e culta Rel. Min. Nancy Andrighi (Terceira Turma, DJe 16/09/2008), *verbis*:

> [...]
>
> A leitura atenta do art. 98, CDC, revela que a sentença proferida em ação coletiva sempre é ilíquida. Todavia, o CDC não determinou um procedimento específico de liquidação. Assim, na lei, nada há que impeça a liquidação por simples cálculos. Se é certo que muitas sentenças coletivas exigem processo de liquidação em que se prove a condição de vítima, como é o caso de acidentes ambientais, há outras hipóteses em que o procedimento prévio de liquidação revela-se desnecessário, como se verifica no processo sob julgamento.
>
> Os representados pelo IDEC nesta execução apresentaram documentos que indicam o número e agência da respectiva conta, bem como o valor em depósito em janeiro de 89. Daí, para que se chegue ao valor devido basta uma simples operação matemática com planilha de cálculo. Certamente, a situação poderá ser diversa se outros beneficiados pela sentença não puderem comprovar sua condição de vítima com extratos ou documentos. Diante da diversidade de situações fáticas postas no processo coletivo, não se pode ler a lei de forma restritiva, como se ela estivesse a exigir sempre a liquidação por artigos.

> Ressalte-se que o recorrente não sofrerá prejuízo processual com o procedimento aceito pelo Tribunal de origem, pois poderá, em sede de embargos do devedor, arguir a defesa que entender necessária.
>
> Desta forma, o acórdão recorrido não violou a legislação federal ao aceitar a aplicação à hipótese do art. 604, CPC, então vigente.

No julgamento de recurso representativo de controvérsia repetitiva, envolvendo a discussão acerca do termo inicial dos juros de mora na execução individual de sentença coletiva, relativa também aos expurgos inflacionários do Plano Verão (REsp 1.370.899/SP, Corte Especial, REPDJe 16/10/2014), o Min. Sidnei Beneti, Relator do voto condutor referendado pela Corte Especial do STJ, ao tratar da forma pela qual se deve liquidar tais sentenças, explicitou, de forma expressa, a singeleza do ato de fazê-lo, dada a natureza da obrigação exequenda. Assim pontuou S. Exa., na ocasião:

> [...]
>
> Com efeito, a sentença coletiva é de natureza condenatória, mesmo sendo genérica, e é líquida, apenas faltando a individualização do direito individual, que facilmente pode ser realizada à consulta pelo devedor dos registros em seu poder (e, se este não o fizer, mediante reclamo de cumprimento individual pelo credor) e mediante mero cálculo atualizado, como é comum no cumprimento da sentença e nas execuções por quantia certa em geral.
>
> A sentença condenatória da ação civil pública, com efeito, pela homogeneidade dos titulares de direitos violados e pela igualdade do fundamento fático do direito reconhecido, estabelece os limites da obrigação, restando tão somente, adequar o julgado às situações específicas no tocante às datas e valores existentes na conta vinculada de cada titular – [...].
>
> Assim, nem de liquidação judicial se necessita, bastando o cálculo administrativo relativo do devido a cada credor individual, componente do universo homogêneo constante dos arquivos do próprio devedor – tratando-se, a rigor, de mero cumprimento coletivo da condenação também coletiva, e, por isso, diferente da condenação individual, donde se vê que a referência a "liquidação", vale dizer, mero cálculo, no caso, vem em sentido que nada tem que ver com a liquidação propriamente dita de obrigações ilíquidas (CPC, art. 475-A).
>
> [...]
>
> Haverá, é certo, necessidade de individualização subjetiva e de realização dos cálculos, mas isso não significa desnaturamento do caráter condenatório e da mora decorrente da citação para a ação coletiva condenatória, porque, repita-se, lei nenhuma excepciona a hipótese.
>
> O que se terá de realizar é o cumprimento da sentença, com a peculiaridade de tratar-se de cumprimento de sentença de ação coletiva, no caso de contas bancárias, tomando por base dados absolutamente precisos, existentes nas contas bancárias sob documentação do próprio estabelecimento bancário, de modo que os dados serão absolutamente precisos, dispensando indicações outras para liquidação, bastando cumprimento efetivo, por cálculo que o próprio banco pode fazer, até mesmo depositando diretamente na conta do depositante-credor, a requerimento deste ou por atividade espontânea de devedor cumpridor da decisão judicial.
>
> [...]
>
> Coerente, aliás, como acima referido, o sistema, fundado na desnecessidade de liquidação, ante a substituição legal da liquidação por cálculo do contador pelo cumprimento da sentença (CPC, arts. 475-I a 475-R), que não se incompatibiliza com a

> execução individual de sentença coletiva, a qual restará reservada a casos em que haja, caso a caso, dúvidas ou peculiaridades para o cumprimento da sentença coletiva.

Em outra oportunidade, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça também reconheceu que, a par da necessidade de se apurar e se determinar a titularidade do alegado detentor do crédito (*cui debeatur*), não se exige, obrigatoriamente, quanto aos cálculos (*quantum debeatur*), fase específica de liquidação, *verbis*:

> [...]
>
> 06. A despeito da possibilidade de apuração do montante da condenação por simples cálculo aritmético (Luiz Rodrigues Wambier apud Fredie Didier Jr. e Hermes Zanete Jr. Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo - Vol. 4., 4ª ed. Edit. JusPodivm. Salvador : 2009. p. 373/374), não se pode olvidar que a liquidação de sentença coletiva não compreende apenas a definição do *quantum debeatur*, incluindo também averiguação acerca da titularidade/legitimidade do autor que se afirma titular do direito coletivo reconhecido (*cui debeatur*). (REsp 1.239.430/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 13/11/2013)

Também no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.135.212/RJ (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 02/04/2013), em processo cujo objeto era a liquidação de crédito oriundo dos expurgos inflacionários do Plano Collor II, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que a hipótese permite a liquidação "nos termos do art. 475-B, § 1º, do CPC", ou seja, por simples cálculo do credor.

Em situação semelhante à dos autos, e deveras mais complexa (cálculo de complementação de ações de telefonia), o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso representativo de controvérsia repetitiva (art. 543-C, CPC/73), concluiu que "o cumprimento de sentença condenatória de complementação de ações dispensa, em regra, a fase de liquidação de sentença." (REsp 1.387.249/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 10/03/2014).

Por ocasião de seu voto, o ilustre Relator assim ponderou:

> Embora os cálculos possam parecer complexos à primeira vista, esse fato não é suficiente para justificar a abertura da fase de liquidação.
>
> Atualmente, a fase de liquidação de sentença ficou restrita a apenas duas hipóteses: (a) liquidação por arbitramento, quando se faz necessário perícia para a determinação do *quantum debeatur*; e (b) liquidação por artigos, quando necessário provar fato novo.
>
> Nenhuma dessas hipóteses de liquidação se verifica nas demandas relativas a complementação de ações.
>
> Dessa forma, compete ao próprio credor elaborar a memória de cálculos e dar início à fase de cumprimento de sentença, sendo dispensada a fase de liquidação, conforme se depreende do disposto no art. 475-B do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 11.232/05, *litteris*:
>
> [...]
>
> No âmbito doutrinário, Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga (Curso de Direito Processual Civil, v. 2, Salvador: Juspodivm , 2007, p. 406 s.), analisando o dispositivo legal acima transcrito, apresentaram as seguintes possibilidades de desdobramento da liquidação por cálculos do credor (liquidação incidental):

(i) o credor apresenta memória de cálculos e o juiz, não vislumbrando nenhuma irregularidade, manda intimar o devedor para o cumprimento da sentença;

(ii) o credor apresenta a memória de cálculos, mas o juiz determina a remessa dos autos ao contador, por vislumbrar irregularidade nos cálculos, hipótese em que a execução prossegue pelo valor apontado pelo credor, mas garantia do juízo, para fins de impugnação, fica limitada ao valor apontado pelo contador;

(iii) o credor apresenta pedido de dados e informações em poder do devedor ou de terceiros para elaboração dos cálculos. Essa hipótese se desdobra em três possibilidades:

(iii.1) apresentados os dados e informações, o credor elabora memória de cálculos e o procedimento segue na forma do item (i) ou (ii), supra;

(iii.2) se os dados não são apresentados pelo devedor, o juiz fica autorizado a presumir corretos os cálculos do credor;

(iii.3) se os dados não são apresentados por terceiro, aplica-se o disposto no art. 362 do CPC.

(iv) o credor, beneficiário da gratuidade da justiça, não dispondo de condições financeiras para custear a elaboração da memória de cálculos, requer a elaboração dos cálculos pelo contador do juízo.

Essa ampla variedade de possibilidades revela que o objetivo das recentes reformas do Código de Processo Civil foi privilegiar liquidação por cálculos do credor, restringindo-se a liquidação por fase autônoma apenas às hipóteses estritamente previstas, de liquidação por arbitramento ou por artigos (cf. art. 475-C e 475-E do Código de Processo Civil).

Essa mudança é salutar, pois a instauração de uma fase autônoma para a liquidação de sentença acaba abrindo mais uma via de acesso às instâncias superiores, o que posterga sobremaneira a resolução definitiva do litígio.

A Min. Laurita Vaz, realçando a casuística que envolve a execução de cada sentença coletiva a depender da natureza da obrigação reconhecida (nuance esta, aliás, já antevista pela Min. Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 880.385/SP, acima citado), bem observou que "essa configuração genérica da sentença de procedência da ação de tutela de interesses individuais homogêneos [...] revela as inúmeras pretensões indenizatórias perfeitamente individualizáveis, cada qual com suas particularidades, que, por consequência, dão ensejo a diferentes reparações, individualmente consideradas" (REsp nº 673.380/RS, Quinta Turma, DJ 20/06/2005).

Em outro precedente do Superior Tribunal de Justiça, também se faz menção à condicionalidade própria de cada hipótese de liquidação de sentença coletiva, tendo em vista que "nelas se promove, além da individualização e liquidação do valor devido, se for o caso, o juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material, para somente então se passar aos atos propriamente executivos." (EREsp 475.566/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 13/09/2004).

Nesse compasso, sequer a alegada complexidade do cálculo para liquidação da sentença coletiva de expurgos inflacionários é argumento suficiente a exigir a instauração de fase prévia de liquidação, posto tratar-se de simples cálculo de recomposição e aplicação do índice correto de correção monetária, ajustável apenas à troca de moedas no período, o que, à toda evidência, não se trata de nenhuma tarefa complexa, dado o atual nível de acesso tecnológico hodierno, com destaque para as mais variadas ferramentas de cálculo disponíveis, *v.g.*, na rede mundial de computadores.

Sequer na hipótese de liquidação de sentenças que revisam contratos bancários – os quais envolvem encargos muito mais complexos do que a simples aplicação de índices de correção monetária – não se exige, obrigatoriamente, a instauração de fase específica de liquidação, pois "o fato de os cálculos aritméticos serem de alguma complexidade e de resultarem em valor significativo, por si só, não impede a liquidação na forma do art. 475-B do CPC, cujo § 3º autoriza o Juiz a se valer do contador do juízo sempre que 'a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda'." (REsp 1.148.643/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14/09/2011).

Para além da liquidação do valor (*quantum debeatur*), também a determinação da legitimidade/titularidade do alegado detentor do crédito (*cui debeatur*), na hipótese de liquidação de sentença coletiva de expurgos, é, em regra, tarefa pouco complexa, pois basta confrontar os extratos da caderneta de poupança do período com a documentação pessoal do alegado credor para se aferir, *icto oculi*, se a sentença coletiva alberga a pretensão executiva individual.

A propósito, na espécie, essa documentação foi carreada pelo credor, bastando que se faça singela análise dos documentos de f. 106-111, f. 112, f. 120 e f. 128.

Esse crivo inicial de admissibilidade, pelo menos no tocante ao valor exequendo (*quantum debeatur*), era previsto no Código de Processo Civil/1973 (art. 475-B, §§ 3º e 4º) e subsiste no Código de Processo Civil/2015 (art. 524, §§ 1º e 2º), razão pela qual a oportunidade pode – e deve –, por extensão, ser aproveitada para a aferição da legitimidade/titularidade do alegado credor (*cui debeatur*).

Por certo que, em hipóteses específicas, nas quais se anteveja, de imediato, alguma dificuldade nessa análise, seja por razões de parca documentação, seja por motivos próprios de cada situação concreta, prevalecerá a possibilidade, sempre e sempre, de o Juiz do caso concreto, lastreado em seu prudente arbítrio, indeferir o processamento do cumprimento da sentença liquidada por simples cálculo, remetendo a parte interessada para a fase específica de liquidação, na forma da lei.

Evidencio, assim, a impossibilidade de se tratar como regra, hipótese de exceção, isso em prestigio àquela pretendida racionalização dos procedimentos jurisdicionais, calcada, sobremaneira, na *mens legis* que subsidiou a reforma do Código de Processo Civil/1973 pela Lei nº 8.898, de 29/06/1994, e também pela Lei nº 11.232, de 22/12/2005, cuja essência, inegavelmente, permanece viva no novel regime trazido pelo Código de Processo Civil/2015, *ex vi* do disposto nos artigos 509, **§** 2º, e art. 524, **§§** 3º a 5º.

Na exposição de motivos da Lei nº 8.898, de 29/06/1994, cuja proposição partiu do então Deputado Nelson Jobim, já se alertava para a perpetuação do processo pelo simples fato de haver cognição em momento processual pré-executivo:

> O presente projeto insere-se no conjunto de medidas visando a modernização e a simplificação de nosso processo civil, por todos com insistência reclamadas.
>
> [...] é eliminado o processo de liquidação por cálculo do contador, que além da demora e dos custos, enseja sentença, apelação e eventuais recursos extraordinário e/ou especial. A liquidação, quando dependente de simples cálculo aritmético [...] será feita pelo exequente, na própria inicial de execução por quantia certa (assim, v.g., está no CPC de Portugal, art. 805). Se o executado considerar incorreto o cálculo, irá impugná-lo em embargos do devedor por excesso de execução (art. 741, V).

Também da justificava da Lei nº 11.232, de 22/12/2005, constou explícita preocupação do legislador com a racionalização do processo, especialmente no momento da execução:

> É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o 'calcanhar de Aquiles' do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor ao mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito.

> [...]
>
> As teorias são importantes, mas não podem se transformar em embaraço a que se atenda às exigências naturais dos objetivos visados pelo processo, só por apego ao tecnicismo formal. A velha tendência de restringir a jurisdição ao processo de conhecimento é hoje ideia do passado, de sorte que a verdade por todos aceita é a da completa e indispensável integração das atividades cognitivas e executivas.
>
> Conhecimento e declaração sem execução – proclamou COUTURE, é academia e não processo (*apud* Humberto Theodoro Júnior, A execução de sentença e a garantia do devido processo legal, Ed. Aide, 1987, pg, 74).
>
> [...]
>
> Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessária restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa, quer de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática (ob. cit., pg. 149 e passim).

Esse espírito, conforme afirmado, repercutiu, com naturalidade, na elaboração do Código de Processo Civil/2015, espraiando-se, aliás, para todo o Código, cuja exposição de motivos assim sublinhou:

> Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais.
>
> Assim, e por isso, um dos métodos de trabalho da Comissão foi o de resolver problemas, sobre cuja existência há praticamente unanimidade na comunidade jurídica.
>
> [...]
>
> O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.
>
> A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.
>
> Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

De todo o exposto, penso que, indubitavelmente, o espírito da lei processual conduz à conclusão aqui defendida, mesmo em se tratando, como na espécie, de execução individual de sentença coletiva, isso porque, consoante alhures sublinhado, "na lei [processual coletiva], nada há que impeça a liquidação por simples cálculos." (REsp nº 880.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 16/09/2008 – acréscimo de contextualização não contido no texto original).

Possível discordância do devedor, entretanto, no que concerne a eventual excesso de execução, ou mesmo relativa à titularidade do crédito, poderá, em contraditório diferido, ser apresentada em impugnação ao cumprimento de sentença, *ex vi* do disposto nos incisos IV e V, do art. 475-L, do Código de Processo Civil/1973, com correspondência, no novo regime, nos incisos II e V, do § 1º, do art. 525, do Código de Processo Civil/2015.

A título de conclusão, destaco, por oportuno, ser absolutamente distinta a hipótese fática que subsidiou o julgamento do REsp 1.247.150/PR (Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12/12/2011; recurso representativo de controvérsia repetitiva), pois, na oportunidade, se realçou a – reconhecida – iliquidez da sentença coletiva, não para efeito de vedar uma possível liquidação por simples cálculo do credor, mas sim para, em determinadas hipóteses, afastar a incidência da multa do então vigente art. 475-J, do Código de Processo Civil/1973.

Veja-se o seguinte trecho do voto condutor:

> No ponto, cuida-se de saber se, no caso concreto, caberia a aplicação da multa do art. 475-J, do CPC.
>
> Alega o recorrente que o depósito judicial dos valores incontroversos afasta a reprimenda ora mencionada, porquanto tal providência revela a ausência de propósito protelatório.
>
> [...] a sentença proferida em ação civil pública, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de "quantia certa ou já fixada em liquidação" (art. 475-J do CPC), porquanto, "em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica", apenas "fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados" (art. 95 do CDC).
>
> A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não havendo razão lógica ou jurídica para incidir a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC.
>
> Primeiramente, apuram-se, na própria execução, a titularidade do crédito e o *quantum debeatur* apresentado pelo beneficiário do provimento, e somente a partir daí é que fica individualizada a parcela que tocará ao exequente, segundo o comando sentencial proferido na ação coletiva.
>
> [...]
>
> Com efeito, por esse motivo a multa do art. 475-J do CPC deve ser afastada.

Em voto vista, proferido na ocasião pelo Min. Teori Albino Zavascki, essa questão foi assim destacada:

> [...] é preciso considerar que as sentenças proferidas em ação civil coletiva, como a que serviu de base à execução, têm, por definição e natureza, um conteúdo genérico (Lei 8.078/90, art. 95), dela não constando, nem o nome do credor e muito menos a quantia a ele devida, não se revestindo, por isso mesmo, de liquidez e exigibilidade necessárias à sua execução forçada ou mesmo ao seu cumprimento espontâneo. Sentenças dessa natureza somente se tornam líquidas e exigíveis após nova intervenção judicial, com elevada carga cognitiva, a ser desenvolvida na ação de liquidação e execução a que se referem os artigos 97 e 98 daquela Lei, ao cabo da qual ficarão certificados os elementos faltantes do título executivo.
>
> [...]

> Ora, o art. 475-J impõe como condição para a incidência da multa a de negar-se o executado a cumprir espontaneamente, no prazo de quinze dias, sentença condenatória de "pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação". Dessas características não se reveste, conforme salientado, a sentença genérica proferida em ação civil coletiva (Lei 8.078/90, art. 95), já que, conforme se disse, a condenação foi genérica (sem identificação dos possíveis beneficiados e, muito menos, de "quantia certa") e não houve prévia liquidação. A execução foi proposta diretamente com base na sentença genérica, acompanhada de memória apresentada pelo próprio exequente. Portanto, a "quantia certa" efetivamente devida está sendo apurada no âmbito da própria execução forçada.
>
> Assim, [...] é certo que, no caso, não estão presentes as condições objetivas descritas no art. 475-J como indispensáveis a atrair a sua incidência.

Como se vê, a *ratio decidendi* que emana do referido precedente tem relevância apenas para efeito de se perquirir acerca de eventual não incidência da multa do art. 475-J, do Código de Processo Civil/1973 na hipótese em que se optar pelo cumprimento da sentença coletiva mediante liquidação por simples cálculo do credor; mas, ao contrário, para fins de obrigatoriedade de instauração de fase própria de liquidação (arbitramento/artigos), o precedente sequer passou perto desta discussão, e daí a razão, *data máxima venia*, para não servir de paradigma para o presente julgamento.

É preciso se extrair do precedente sua verdadeira *ratio decidendi*, ou seja, a verdadeira norma que emana do julgamento concreto, sob pena de se incorrer em equivoco em sua aplicação como norma jurídica.

Lucas Buril de Macedo ressalta ser "importante perceber que a *ratio decidendi* transcende ao precedente do qual é compreendida", pois, "não há como se defender que a interpretação do precedente judicial que dá vazão à sua norma deve ser feita de forma canônica ou literal, muito embora possa ser corretamente realizada dessa forma em alguns casos". Em suma, encerra o autor, "a norma do precedente é diferente do texto do precedente" (*in* Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil. Salvador : Editora Juspodivm, 2015, pg. 310).

Pertinentes, a propósito, as razões invocadas no parecer ministerial, da lavra do então Procurador-Geral de Justiça, Dr. Humberto de Matos Brittes, *verbis*:

> Ao que nos parece não há necessariamente uma divergência entre as turmas, mas uma aplicação indistinta de precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Ora, em todos os julgados colecionados, fica evidente que a intenção do Tribunal da Cidadania foi evitar que pessoas se utilizassem indevidamente do judiciário para obter vantagem, sem nem sequer comprovarem quem era titular de poupança à época dos planos. Ou seja, não se pode deferir um cumprimento de sentença sem identificar o *quantum* e se a pessoa de fato é titular do crédito.
>
> Mas pode acontecer – e me parecer ser o caso – do indivíduo demonstrar de plano que tais requisitos foram atendidos, não havendo necessidade de liquidação.
>
> Observe que nos julgados do STJ não houve essa comprovação, por isso a necessidade de liquidação. Com devida vênia, a 5ª Câmara Cível aplicou a jurisprudência do STJ para um caso que não deveria, ou seja, aplicou de maneira indistinta.
>
> No Direito Norte Americano prevalece à teoria do *stare decisis*. Por sua vez, o Direito Brasileiro há muito tempo vem sofrendo essa influência americana e talvez o ápice dessa mudança de paradigma jurídico seja o novo Código de Processo Civil (embora outras reformas já evidenciassem esta tendência).

> Hodiernamente não se fala que o direito brasileiro recebeu apenas um tipo de influência na composição do ordenamento.
>
> [...]
>
> Ocorre que no contexto da *stare decisis* há um mecanismo chamado *distinguishing (*ou *distinguish*), onde se afasta determinado precedente por não ser a hipótese de incidência compatível com aquilo que foi anteriormente julgado.
>
> [...]
>
> O presente caso *é* compatível com essas lições emanadas do direito norte americano e com o novo Código de Processo Civil.
>
> É necessário afastar os precedentes invocados pela 5ª Câmara, pois o caso possui pecularidades próprias, não podendo haver aplicação automática da jurisprudência.
>
> Como já dito, os julgados do STJ mencionados pela 5ª Câmara só fazem sentido se demonstrados que não há nenhuma prova da existência do titulo de crédito/*quantum*.
>
> Ante o exposto, o Ministério Público Estadual, através seu Procurador-Geral de Justiça que esta subscreve, manifesta-se pelo provimento do presente incidente de Uniformização de Jurisprudência, com vistas de realizar o *distinguishing*, nos termos dos argumentos acima apresentados." (f. 285-292).

Nesse mesmo sentido, avulta ainda mais inapropriada a utilização descontextualizada de julgados do Superior Tribunal de Justiça como vetor de comparação para a hipótese em tela, em especial quando nestes se afirma, em suma, apenas a obviedade de que as sentenças coletivas são dotadas de caráter ilíquido (*v.g.*, AgRg no REsp 1.580.295/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 14/04/2016; AgRg no AREsp 370.244/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 23/10/2015; AgRg no AREsp 343.355/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 12/12/2014; AgRg no AREsp 536.859/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 24/09/2014) – o que, como visto, não se nega –; e, sobretudo, quando nestes sequer foi enfrentada a tese relativa a (im)possibilidade de liquidação da sentença coletiva mediante simples cálculo do credor.

Não é demais registrar que, no tratamento *interna corporis* de seus julgamentos, o próprio Superior Tribunal de Justiça qualifica como precedente legítimo – para assim nortear sua eficácia interna – precipuamente as decisões de seus órgãos julgadores em que tenha havido enfrentamento colegiado direto da controvérsia, sendo, em princípio, para esta finalidade, desconsiderado o julgamento na forma de lista (caso, *v.g.*, do antigo agravo regimental, agora denominado agravo interno), dada a inequívoca carga unipessoal de convencimento que lhes é inerente.

Diante do exposto, a fim de dirimir a divergência instaurada no âmbito das Câmaras Cíveis deste Tribunal, e rogando sincera vênia ao posicionamento do digno relator, Des. Vladimir Abreu da Silva, voto no sentido acompanhar a divergência inaugurada pelo Des. Marcelo Camara Rasslan, reconhecendo-se, assim, quando de pronto comprovada a titularidade do crédito e apresentada memória de cálculo discriminada, a possibilidade de se proceder, em regra, à liquidação de sentença coletiva relativa a expurgos inflacionários mediante simples cálculo do credor, ressalvada eventual necessidade específica de, conforme o caso concreto, ser instaurada fase autônoma de liquidação.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.(14º vogal)

Acompanho o voto do eminente relator, Vladimir Abreu da Silva, encampando os fundamentos do referido julgado, pela procedência parcial do incidente de uniformização de jurisprudência, para declarar

a existência, neste Tribunal de Justiça, de divergência de entendimento jurisprudencial relacionado à necessidade, ou não, de prévia liquidação para a execução de sentença coletiva que possui reconhecida eficácia em todo o território nacional envolvendo os expurgos inflacionários, notadamente o "Plano Verão".

Desse modo, sigo a fixação da tese jurídica firmada pelo nobre relator, nos seguintes termos:

Na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública, é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devido.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (17º vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, admitiram o incidente de uniformização de jurisprudência. Por maioria, deram parcial provimento para reconhecer a necessidade de prévia liquidação quando se tratar de execução individual de sentença genérica, sendo o texto da tese com o seguinte enunciado: na execução individual de sentença genérica proferida em ação civil pública, é necessária a liquidação para definir a titularidade do crédito e do valor devidos, vencidos os Des. Marcelo Câmara Raslan e Paulo Alberto de Oliveira que entendiam ser desnecessária a liquidação. Abstiveram-se de votar por férias no início do julgamento, os Des. Eduardo Machado Rocha, Odemilson Roberto Castro Fassa e Sérgio Fernandes Martins, por ausência, o Des. Amaury da Silva Kuklinski. Ausentes na sessão de 31-10-16, por férias, o juiz Jairo Roberto de Quadros, por licença, o Des. Divoncir Schreiner Maran e, justificadamente, o Des. Dorival Renato Pavan.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Vilson Bertelli, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Nélio Stábile, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 31 de outubro de 2016.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800201-45.2016.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – EMPRÉSTIMO COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PESSOA IDOSA E INDÍGENA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (ART. 27 DO CDC) A PARTIR DO VENCIMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO OU DO ÚLTIMO DESCONTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando de contrato de empréstimo consignado, cujo adimplemento foi dividido em parcelas, a contagem do prazo prescricional só se inicia no momento da quitação da última prestação ou do último desconto, uma vez que o mútuo bancário não é em essência um contrato de trato sucessivo, mas apenas obrigação de adimplemento que perdura no tempo, extinguindo-se integralmente na quitação do contrato.

Constatada a fluência do prazo prescricional quinquenal entre o último desconto nos proventos de aposentadoria e o ajuizamento da ação, correta a declaração dos efeitos da prescrição na pretensão do autor.

Recurso desprovido.

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 maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e 3º vogal, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Sílvio Rodrigues Dias interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Miranda, que na ação declaratória c/ indenização por danos morais ajuizada pelo recorrente em desfavor de Banco Bradesco Financiamentos S/A, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, em decorrência da prescrição da pretensão autoral.

Em sede de apelação (fls. 108-118), o recorrente aduz que por se tratar de relação consumerista, aplica-se ao caso em tela o prazo prescricional de cinco anos, inscrito no art. 27, do CDC, sendo que tomou ciência dos descontos indevidos apenas em novembro de 2015 (f. 95/100). Assim, requerer a reforma da sentença para afastar a prescrição e o julgamento do mérito da demanda.

A apelada apresentou contrarrazões (f. 120-123), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO (EM 31/01/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Sílvio Rodrigues Dias interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Miranda, que na ação declaratória c/ indenização por danos morais ajuizada pelo recorrente em desfavor de Banco Bradesco Financiamentos S/A, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial, em decorrência da prescrição da pretensão autoral.

Em sede de apelação (fls. 108-118), o recorrente aduz que por se tratar de relação consumerista, aplica-se ao caso em tela o prazo prescricional de cinco anos, inscrito no art. 27, do CDC, sendo que tomou ciência dos descontos indevidos apenas em novembro de 2015 (f. 95/100). Assim, requerer a reforma da sentença para afastar a prescrição e o julgamento do mérito da demanda.

Da admissibilidade do recurso

Verifica-se ser o recurso de apelação tempestivo, eis que interposto dentro do prazo previsto no disposto nos arts. 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único, NCPC/2015.

Preparo efetivado às fls.85-86.

O manejo do apelo para a hipótese encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do NCPC.

Da prescrição

Conforme se verifica dos autos, o recorrente propôs ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e danos morais em face do banco recorrido, sob o argumento de que não contraiu contrato de empréstimo com a referida instituição financeira e, por isso, requereu a devolução em dobro dos valores descontados de sua aposentadoria, bem como indenização por danos morais.

Após ouvir as partes, o d. juízo *a quo* proferiu sentença de improcedência dos pedidos inicias, por conta da prescrição quinquenal verificada nos autos, sendo utilizado como critério para início do termo prescricional a data do último desconto indevidamente efetuado (dezembro de 2010).

Veja-se o entendimento proferido:

> *In casu*, vislumbra-se que não seria razoável iniciar a contagem do prazo da data do primeiro desconto indevido, posto que evidente que a requerente, pessoa de parcas instruções, de fato levaria algum tempo a perceber os descontos.
>
> Lado outro, igualmente não se pode acreditar que este só veio a ter conhecimento perto da propositura da presente demanda, consoante alegado, posto que não raras vezes os contratos questionados já foram inclusive quitados, o que não autoriza inferir que durante todo esse tempo a parte não notou a diferença nos seus vencimentos.

Pois bem.

Primeiramente, convém ressaltar que se trata de relação de cunho consumerista, incidindo no presente caso, as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme dispõe o art. 27 do CDC, poderá no prazo de cinco anos pleitear a sua restituição, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. Confira-se:

> Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos 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.

No caso em análise, contraria o bom senso presumir que o recorrente, que é indígena e idoso, pessoa de pouca ou nenhuma instrução, tenha constatado o desconto em seu benefício previdenciário, ainda que o último desconto tenha ocorrido em dezembro de 2010.

A particularidade do caso, leia-se, a condição especial da parte recorrente, 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 30-11-15, mesmo porque, a alegação vem corroborada por prova documental (fl. 21), além de que nada há nos autos que contrarie essa informação.

Assim, é crível que o recorrente não tenha constatado os descontos mensais no seu benefício previdenciário. Tal fato é corroborado com a informação de que, assim que tomou conhecimento dos descontos, ele ajuizou a presente demanda visando a declaração de inexistência de relação jurídica, restituição dos valores e indenização por danos morais.

Portanto, *in casu*, não há falar em prescrição, haja vista que o termo inicial de contagem do prazo prescricional de cinco anos somente teve início a partir do conhecimento do empréstimo fraudulento (art. 27 do CDC). Nesse sentido:

Neste sentido, já foi decidido por esta 5ª Câmara Cível:

> EMENTA APELAÇÕES CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS EMPRÉSTIMOS COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PESSOA IDOSA E INDÍGENA PRESCRIÇÃO AFASTADA TERMO *A QUO* DO CONHECIMENTO DO DANO ART. 27 DO CDC MÉRITO CONTRATAÇÃO REGULAR RECEBIMENTO DOS VALORES NÃO COMPROVAÇÃO TELA DE SISTEMA DE COMPUTADOR REQUERIDO NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA CONTRATAÇÃO INEXISTENTE DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS DE FORMA SIMPLES RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS VERBA HONORÁRIA FIXADA EM PERCENTUAL DA CONDENAÇÃO RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Tratando-se de relação de consumo, para a análise da prescrição aplica-se o prazo quinquenal previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, cujo dias *a quo* é do conhecimento do dano e sua autoria. Na hipótese, o início do prazo prescricional se deu com o conhecimento do autor acerca dos descontos em seu benefício previdenciário pelo banco requerido, através de documento emitido pelo INSS em fevereiro de 2014. Logo, como a ação foi ajuizada nesse ano, afasta-se a prescrição. 2. Embora a contratação aparentemente esteja regular, dada a coincidência de assinatura dos contratos com aquela aposta nos documentos pessoais do autor, a requerida não se desincumbiu de comprovar que o autor recebeu o valor proveniente dos empréstimos, sendo certo que tela de sistema de computador é prova unilateral e insuficiente. 3. Não restando comprovado o recebimento pelo autor dos valores provenientes dos empréstimos em debate, não se sustenta o negócio jurídico relativo aos empréstimos sendo devida a devolução das quantias descontadas de seu benefício previdenciário, de forma simples, pois para que o apelante fizesse jus à restituição em dobro deveria ter comprovado a má-fé do apelado, uma vez que a boa-fé se presume, ônus do qual não se desincumbiu. 4. Presentes os requisitos que autorizam o reconhecimento da responsabilidade civil por danos morais, quais sejam a conduta lesiva, o dono (*in re ipsa*) e o nexo de causalidade entre eles, dispensada a culpa ou dolo (responsabilidade objetiva art. 14, CDC, e 927, parágrafo único, do Código Civil), inarredável a condenação ao pagamento de indenização. (...) (Apelação - Nº 0802156- 34.2014.8.12.0031 - 5ª Câmara Cível - Relator - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel j. 8/3/2016)

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)

Assim, mantenho a sentença recorrida, pois quando da propositura da ação, em 11-02-2016, a pretensão não se encontrava atingida pelo lapso prescricional, com relação ao contrato descrito na inicial.

Como a causa estava devidamente instruída, as partes requereram o julgamento antecipado às fls. 86-88. Ademais, no recurso de apelação o recorrente pleiteou pela reforma da sentença com a análise do mérito da demanda. Por isso, passo a julgar os pedidos iniciais.

Mérito

Segundo consta dos autos, o recorrente é beneficiário de aposentadoria por idade perante o INSS e, ao consultar a situação do seu benefício, vislumbrou a existência de um contrato de empréstimo junto ao requerido n. 547867395, no valor de R$ 1.100,00, a ser pago em 60 parcelas de R$ 36,36.

Da análise detida dos documentos carreados aos autos, me parece que a contratação foi realmente firmada, visto que a assinatura constante no contrato é a mesma apresentada pelo recorrente em suas declarações (vide fls. 18-63), bem como que consta o endereço e documentos pessoais do recorrente junto ao contrato celebrado.

Não obstante, é importante consignar que o recorrente é pessoa idosa, indígena, com pouca instrução e que reside em aldeia, como se pode verificar com os documentos que acompanham a inicial. Sendo assim, há de ser flexibilizado o princípio da autonomia da vontade em virtude da máxima da boa-fé contratual e da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor em espécie.

Posto isso, é forçoso concluir que, inobstante demonstrada a contratação do empréstimo, em nenhum momento a recorrida fez prova de que os valores contratados foram realmente entregues ao recorrente.

Por óbvio, tal incumbência probatória cabia ao banco recorrido, uma vez que invertido o ônus da prova no despacho inicial, nos termos do art. 6, VIII do CDC.

Portanto, se a instituição financeira recorrida não se desincumbiu de seu ônus de provar o equívoco das razões iniciais, nos termos do art. 373, II, do CPC/2015 c/c art. 6, VIII do CDC, deve suportar os reflexos de sua desídia. Nesse sentido, já decidiu esta Egrégia 5ª Câmara Cível:

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO- AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS - EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS - COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ALGUNS CONTRATOS - VALORES DEVIDOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE UMA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COMPROVADO - DANO MORAL - CABIMENTO - RESTITUIÇÃO EM DOBRO INDEVIDA - AUSÊNCIA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL - VERBA HONORÁRIA - MAJORAÇÃO - ART. 85, § 11, DO CPC/2015 - TERMO INICIAL DE INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA – RECURSOS PARCILAMENTE PROVIDOS. (TJMS. Apelação Cível n. 08000642-60.2015.8.12.00015, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. Dje: 19-08-2016).

Assim, não restando comprovado o recebimento pelo recorrente dos valores provenientes dos empréstimos em debate, não se sustenta o negócio jurídico, motivo pelo qual declaro nulo o contrato de fls. 59-66.

Por sua vez, com relação à prova dos danos morais, conforme dispõe o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, não há necessidade de comprovação do dano sofrido.

No caso, é fácil vislumbrar todo o sofrimento passado pelo recorrente, e, mesmo que não tenha tido seu nome inscrito em órgão de restrição ao crédito, se mostra configurado o dano moral, não havendo necessidade de prova do prejuízo, já que são evidentes os transtornos sofridos diante do desconto em sua aposentadoria, sem a devida contraprestação (recebimento de valores), o que já caracteriza a lesão, haja vista o sofrimento diante da impotência, causando incômodo e indignação.

Assim, tem-se que a vítima não necessita provar a dor, o desgosto, o dissabor que obteve, em razão da conduta ilícita praticada pelo recorrente.

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente tem manifestado o entendimento de que, em casos similares, os danos morais advêm da simples verificação da violação:

> DIREITO CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO INDEVIDO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material. (Resp 556745 SC, do qual foi relator o Ministro César Asfor Rocha).

Assim, restou demonstrado que a ré agiu com culpa e, por conseguinte, deve reparar os danos causados à autora.

Em sendo assim, de modo a pretender compensar o sofrimento da vítima e também representar uma advertência ao ofensor, tanto a apreciação como a extensão do dano moral devem estar sustentadas por padrões objetivos, mediante a apuração das circunstâncias peculiares de cada caso em conjunto com as provas obtidas ao longo da instrução processual.

Neste compasso, concluo que deve ser arbitrada a quantia a título de danos morais na importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que certamente atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e está em consonância ao que vem decidindo este E.TJMS.

Por fim, a restituição em dobro, prevista tanto no art. 940 do Código Civil, como no art. 42, § único, do Código de Defesa do Consumidor, somente é autorizada quando houver má-fé na cobrança, de acordo até mesmo com a orientação emanada da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, apesar de ter a recorrida procedido com negligência, não restou comprovado que aquela agiu com dolo, ou seja, não houve a vontade direta de prejudicar o recorrente, requisito este imprescindível para possibilitar a devolução em dobro almejada pela autora.

Nesses termos, a restituição deverá ser de forma simples.

Conclusão

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Sílvio Rodrigues Dias para afastar a prescrição e julgar o mérito da ação nos seguintes termos:

Com fulcro no art. 1.013, § 3º, I do CPC/15 julgo parcialmente procedente os pedidos para: declarar a nulidade do contrato n. 547867395 (fls.59-63); condenar a recorrida ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais ao recorrente, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, desde a data do arbitramento até a data do efetivo pagamento e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso, 07-08-2009 (data do contrato f. 60), conforme Súmula 54 STJ; condenar a recorrida a restituir, de forma simples, os valores indevidamente descontados, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, desde a data de cada desconto (Súmula 43 do STJ), com juros de mora de 1% ao mês, aplicados desde a citação, quando o recorrido foi constituído em mora (08-04-2016, f. 27).

Condeno o banco recorrido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, de acordo com o art. 85, § 2º, do CPC.

Ainda, na forma dos §§ 1º e 11 do art. 85 do ncpc, condeno o recorrido ao pagamento de honorários advocatícios recursais de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da condenação, a serem acrescidos aos fixados acima.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 14/02/2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Vladimir), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 14/02/2017)

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

Pedi vista dos autos para melhor análise.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Silvio Rodrigues Dias, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Miranda, nos autos da ação declaratória de inexistência c/c repetição de indébito e danos morais.

Após regular processamento do feito, o magistrado de primeiro grau reconheceu a ocorrência dos efeitos da prescrição quinquenal a contar do último desconto havido na aposentadoria do autor, ocorrida em julho de 2010, considerando que a ação foi ajuizada em 11/02/2016.

Por sua vez, o eminente relator, afastou a prescrição sob o argumento de que o prazo somente iniciaria a contar do conhecimento do empréstimo tido por fraudulento, ou seja, em 30/11/2015 (f. 21).

Pois bem.

Divirjo quanto ao termo inicial da prescrição apontada pelo relator, tendo por certo manter as razões do juízo sentenciante.

Inicialmente, calha fazer o seguinte apontamento.

Nos contratos de mútuo bancário, via de regra, há a disponibilidade do dinheiro ao cliente quando de sua assinatura (ou outro momento fixado entre as partes), e o acordo de pagamento do saldo não à vista, mas em tantas parcelas quanto acordado pelas partes.

Observa-se que o negócio jurídico (contrato) e a obrigação dele decorrente são únicos, estendendo-se no tempo apenas a obrigatoriedade do adimplemento pelo cliente por mera liberalidade da instituição financeira.

Ao contrário, existem os chamados contratos de trato sucessivo ou de prestação continuada, em que o negócio jurídico (contrato) é único, mas contendo diversas obrigações singulares e sucessivas, que tornam-se perfeitas e exigíveis em dado período de tempo, como por exemplo o contrato de locação, onde mesmo sendo único negócio jurídico entre as partes, desdobra-se em tantas obrigações mensais quanto forem previstas no instrumento, sendo individualmente consideradas, ou seja, dentro do período total fixado, cada mês em que o locatário utiliza o bem dá direito ao locador de receber o respectivo valor – tendo aquele o direito de rescindir o contrato a qualquer momento, dada a individualização da obrigações travadas mensalmente, circunstância que não ocorre com o devedor do contrato de mútuo bancário.

Tal explanação foi necessária para comprovar que discutindo-se prescrição sobre contrato de trato sucessivo, estará prescrita qualquer pretensão que a ela referir-se, tantas quanto forem as parcelas/obrigações que ocorreram em período superior ao prazo legal fixado, considerando a data do ajuizamento da ação.

Ao revés, se o contrato é apenas de pagamento parcelado, de regra mantém-se integralmente a obrigação até seu completo adimplemento com a quitação de todas as prestações fixadas (quando efetivamente extinguirá o contrato), somente a partir do vencimento da última é que começará a correr o prazo prescricional para discuti-lo, por ser este o momento temporal em que foi satisfeita a obrigação do devedor. É claro que, se no decorrer do prazo previsto para pagamento houver sua inequívoca manifestação quanto aos termos da obrigação que lhe compete, será este o termo inicial da prescrição, sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva que rege os contratos (art. 422 do CC).

In casu, houve a cessação antecipada dos descontos no benefício previdenciário em dezembro de 2010, não ocorrendo no termo fixado no contrato (julho/2014), de modo que aquele deve ser considerado como o prazo inicial da prescrição ao consumidor, interpretação que conduz a preservação de seus direitos – uma vez que não pode ser cobrado por valores inadimplidos pela instituição financeira-, bem como preserva a boa-fé contratual a favor do fornecedor, considerando a mora contratual havida com o inadimplemento das parcelas.

Observe-se que na relação mutuária financeira, há a entrega de um bem (dinheiro) por uma das partes e o correspondente dever de restitui-lo em certo tempo pela outra, acrescido de juros e correção, sendo justamente esse o espírito da atividade de natureza bancária.

Assim, realizado o contrato de empréstimo consignado e entregue o valor ao cliente, o que ocorre é simplesmente o acordo entre eles da forma em que esse bem será devolvido com ágio, integralmente via tantas parcelas quanto pactuado. Somente isso. Inexistindo, portanto, realização das sucessivas obrigações que configuram o trato sucessivo.

Neste sentido:

> AÇÃO DE EXECUÇÃO FUNDADA EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO - PRESCRIÇÃO - CONTAGEM QUE SE INICIA NA DATA DO VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA. - Em se tratando de execução fundada em contrato de empréstimo, cujo valor foi dividido em parcelas, a contagem do prazo prescricional só se inicia no momento do vencimento da última prestação. (TJ-MG - AC: 10474100018578001 MG, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 02/02/2016, Câmaras Cíveis / 9ª câmara cível, Data de Publicação: 19/02/2016)
>
> DIREITO CIVIL EXECUÇÃO. INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. VENCIMENTO ANTECIPADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DE VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA. I – Mesmo havendo previsão expressa de vencimento antecipado em instrumento de confissão de dívida, o início do prazo prescricional é contado do vencimento da última parcela. Precedentes do STJ. II - Deu-se provimento ao recurso. (TJ-DF - APC: 20110610006293 DF 0000629-04.2011.8.07.0006, Relator: José Divino de Oliveira, Data de Julgamento: 17/12/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/01/2015 . Pág.: 482)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. *DIES A QUO*. VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. Em execução de contrato de abertura de crédito com pagamento programado em parcelas sucessivas, a contagem do prazo prescricional se inicia somente após o vencimento da última parcela. A exceção de pré-executividade é uma forma de defesa atípica, sem regulamentação legal, disciplinada apenas pela jurisprudência e pela doutrina. As matérias a serem suscitadas pela parte executada se restringem àquelas de ordem pública, ou seja, que podem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, não sendo, pois, o caso de se apreciar, nessa sede, pedido de revisão de cláusulas contratuais. Agravo conhecido e não provido. (TJ-DF - AGI: 20150020247275, Relator: Ana Cantarino, Data de Julgamento: 09/12/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/12/2015 . Pág.: 209)

Neste passo, verifica-se que tendo havido o último desconto em dezembro de 2010, resta prescrita a demanda ajuizada pelo apelante em 11/02/2016, consoante pontuou o magistrado.

Ademais, tem-se que interpretação literal do disposto no art. 27 do CDC, conforme orientação do voto do relator, conduz a possibilidade de responsabilização *ad eternum* do fornecedor, dada a imprescritibilidade observada a partir da conclusão de que o prazo prescricional nas pretensões de natureza consumerista somente teria por termo inicial o conhecimento do dano e de sua autoria, ou seja, a qualquer momento, dependendo exclusivamente da vontade do consumidor, mesmo que muitos anos após o ocorrido – o que destoa da incidência da prescrição nas ações condenatórias em geral.

Dessa forma, a interpretação mais razoável para o dispositivo é de que o prazo a iniciar do conhecimento do dano e autoria pelo consumidor, incide apenas durante o prazo de validade do contrato, de modo que restando inequívoco a ciência dos descontos indevidos durante o negócio jurídico, teria o consumidor o prazo de cinco anos a partir deste momento para requerer o que de direito, sob pena de confirmação tácita dos termos do pactuado, entendimento sob a égide do princípio da conservação dos contratos e da boa fé contratual.

Diante todo o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, a fim de manter incólume a sentença objurgada.

Por conseguinte, considerando o tempo de marcha processual (01 ano), a baixa complexidade da demanda, a ausência de instrução e de discussão recursal anterior, mas relevando que o procurador do requerido possui escritório profissional em comarca diversa daquele que tramitou o feito, majoro os honorários para 13% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11 do NCPC; cuja cobrança, todavia, permanecerá suspensa por ser a parte beneficiária da justiça gratuita.

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

Silvio Rodrigues Dias apela da sentença proferida pelo juízo da comarca de Miranda que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com repetição de indébito e danos morais ajuizada contra Banco Bradesco Financiamentos S/A, reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão da autora e julgou extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, II, do CPC.

Em suas razões a apelante sustenta que o prazo prescricional começou a fluir somente após tomar conhecimento do fato, o que, *in casu*, ocorreu apenas com a emissão do extrato de descontos do seu benefício previdenciário na data de 30/11/2015.

Pois bem. Como a pretensão não é calcada em acidente de consumo, mas na responsabilidade civil devido à ilicitude dos descontos efetuados em benefício previdenciário, aplica-se o prazo de prescrição do Código Civil (inciso V do § 3º do artigo 206) e não do Código de Defesa do Consumidor, ainda que a relação seja de consumo, pois, como o Superior Tribunal de Justiça tem exposto em seus julgados, o prazo previsto no CDC "(...) somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço"[1].

No mesmo sentido os seguintes precedentes, inclusive deste Tribunal:

> CONSUMIDOR E PROCESSUAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA DE VALORES. INCIDÊNCIA DAS NORMAS RELATIVAS À PRESCRIÇÃO INSCULPIDAS NO CÓDIGO CIVIL. PRAZO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL.PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.
>
> O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.
>
> 2. A discussão acerca da cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, § 3º, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CC. Precedente.
>
> 3. A incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requisito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.
>
> 4. O pedido de repetição de cobrança excessiva que teve início ainda sob a égide do CC/16 exige um exame de direito intertemporal, a fim de aferir a incidência ou não da regra de transição prevista no art.2.028 do CC/02.
>
> 5. De acordo com esse dispositivo, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003.

1 STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1518086/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 13/08/2015.

> 6. Considerando que não houve impugnação do dies *a quo* do prazo prescricional definido pelo Tribunal de Origem - data da colação de grau do recorrente, momento no qual ocorreu o término da prestação de serviço educacional -, e que, na espécie, quando o CC/02 entrou em vigor não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga, incide o prazo prescricional trienal do CC/02, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma.7. Recurso especial não provido (STJ, 3ª Turma, REsp nº 1238737/SC, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Data de julgamento: 08/11/2011, Data de publicação: 17/11/2011).
>
> RECURSO DE APELAÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DESCONTO DE CADA PARCELA.
>
> 01. Prescrevem em três anos a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa e a pretensão de reparação civil (artigo 206, § 3º, IV e V, do Código Civil).
>
> 02. Nos casos de declaratória de inexistência de débito e indenização por danos morais de contrato de empréstimo consignado, a violação do direito e o conhecimento do dano e de sua autoria ocorre de forma contínua (relação jurídica de trato sucessivo), a partir do desconto de cada parcela. Recurso conhecido e não provido (TJMS, 2ª Câmara Cível, Apelação nº 0801258-63.2015.8.12.0038, rel. Des. Vilson Bertelli, Data de julgamento: 05/07/2016).

Não se pode olvidar que casos como o dos autos devem ter por base o mesmo raciocínio utilizado para o julgamento das demandas em que se pleiteia a reparação de danos decorrentes da inscrição indevida em cadastros de inadimplentes. A referidas ações, pautadas em sua esmagadora maioria no malferimento da integridade moral do indivíduo, ainda que relativas a relações de consumo, aplica-se o prazo prescricional do Código Civil. Colham-se, por oportunos, os seguintes julgados:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência desta Corte estabelece que a prescrição quinquenal prevista no art. 27 do CDC somente se aplica às demandas nas quais se discute a reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço (AgRg no REsp 1.518.086/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe 13/8/2015). 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 3ª Turma, AgRg no AREsp nº 731525/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, Data de julgamento: 03/06/2016).
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O prazo prescricional da ação de indenização por danos morais decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes é de 3 (três) anos, conforme previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. O prazo quinquenal previsto no art. 27 do CDC diz respeito, exclusivamente, à pretensão de indenização por danos decorrentes de fato do produto ou do serviço. 3. A existência de uma relação contratual entre a recorrente e a instituição

> financeira recorrida não interfere no prazo prescricional que regula a espécie, porque, a despeito dessa circunstância, a responsabilidade decorrente desse ilícito é extracontratual. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp nº 1365844/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Data de julgamento: 03/12/2015).

Fixada a premissa de que o prazo prescricional é de três anos, resta examinar qual o termo inicial do mencionado prazo.

Em casos tais, comungo do entendimento de que o prazo prescricional deve fluir a partir de cada desconto indevido, isto porque o ato ilícito foi praticado mês a mês na conta da autora, até o término do pseudo contrato realizado entre as partes.

Com efeito, o que justifica o pedido de indenização e ressarcimento dos valores é a prática de ato ilícito supostamente cometido por estelionatário não identificado.

Colocada a questão nestes termos, verifico que o caso dos autos tem apoio em responsabilidade extracontratual já que o pedido de indenização está justificado em suposto ato ilícito praticado por falsários desconhecidos.

Quando a responsabilidade atribuída ao agente financeiro é extracontratual, caso destes autos, o termo inicial do prazo prescricional começa a fluir a partir do evento danoso.

Neste sentido é a lição de Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo[2]:

> 2.2- Termo inicial dos prazos de prescrição e decadência
>
> Segundo a regra geral traçada pelo art.189 do Código Civil, o termo inicial para contagem dos prazos, especialmente para prescrição, é o da violação ao direito, já que violado o direito, nasce para o titular a pretensão.
>
> Assim: (a) na responsabilidade contratual, a violação do direito (termo inicial da prescrição) ocorre com o vencimento da obrigação, dada a partir da qual, ocorrendo o inadimplemento, começa a correr a prescrição; (b) na responsabilidade extracontratual, a violação do direito ocorre a partir do evento danoso, data a partir da qual surge a pretensão indenizatória.
>
> Devemos frisar, entretanto, que a concreção dos predicados oriundos do princípio da boa-fé tem indicado, em diversas hipóteses, que a data precisa da violação do direito não pode eclodir o início do prazo prescricional se o titular da pretensão não tiver conhecimento total do fato ou de suas consequências jurídicas.
>
> É o que se chama de princípio *actio nacta*, pelo qual não se pode entender nascida a pretensão para o titular enquanto não se tiver ciência das consequências lesivas da violação ao direito.

Aplicando a lição doutrinária ao caso destes autos, tem-se que o termo inicial do prazo prescricional começa a fluir a partir do evento danoso, que entendo ter ocorrido toda vez que ocorreu o desconto indevido do benefício previdenciário pago à autora.

No caso vertente, o primeiro desconto se deu no mês de julho de 2009 e o último no mês de dezembro de 2010, conforme se observa no documento cuja cópia se encontra à f. 21, não obstante o contrato prever data distinta (julho de 2014).

2 **Manual de Direito Civil**, 5 ed., Salvador: Juspodvm, 2016, p. 517-518.

Não se pode alegar desconhecimento do evento danoso, que foi renovado mês a mês, isto porque a autora tem acesso a sua conta corrente e a boa-fé objetiva exige que o correntista acompanhe os valores depositados em sua conta através de simples consulta aos extratos bancários.

Desse modo, considerando que a presente ação foi ajuizada em 11/02/2016, ou seja, após mais de 3 (três) contados da data de cada desconto realizado, está configurada a prescrição da pretensão da autora.

Posto isso, acompanho o voto do 1º vogal para, por fundamento outro, qual seja, o reconhecimento da prescrição da pretensão da autora porquanto passados mais de 3 (três) anos desde a data de cada desconto realizado e a do ajuizamento desta ação, negar provimento ao recurso de apelação e manter a sentença proferida pelo juiz singular.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos dos votos do 1º e 2º vogal, vencido o relator, que lhe dava parcial provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 25/04/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (4º Vogal)

Acompanho o 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e 3º vogal, em conformidade com o artigo 942 do CPC.

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. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 25 de abril de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0030871-78.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – DESOBEDIÊNCIA E DESACATO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – OCORRÊNCIA – RESISTÊNCIA – NARRATIVA PRECÁRIA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO TIPO PENAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA – NÃO PROVIMENTO.

Considerando que as infrações foram cometidas num mesmo contexto e com evidente relação de dependência e progressividade entre os fatos, é de se reconhecer a aplicação do princípio da consunção entre os crimes de desobediência e desacato.

Constatada a ineficiência da exordial acusatória em narrar a prática do crime de resistência, porquanto ausente qualquer menção aos elementos especiais do tipo penal, como o uso de violência ou de ameaça, é de se impor a rejeição da peça acusatória nesse ponto, em razão da atipicidade da conduta descrita.

Apelação ministerial a que se nega provimento, ante a precariedade da exordial acusatória na narração dos crimes apontados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 23 de março de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão (f. 86/92) que rejeitou parcialmente a denúncia ofertada em desfavor de Obede Pedro da Silva, em relação aos crimes de resistência – com fundamento no art. 395, I (inépcia) e II (ausência de condição para o exercício da ação penal) c/c art. 397, III (fato atípico), ambos do Código de Processo Penal – e desobediência – com fundamento no art. 395, II do Código Penal.

Pugna pelo recebimento da exordial acusatória aduzindo que "não há que se falar em 'absorção entre os crimes de desacato e desobediência', porque ambos ocorreram em momentos distintos, conforme se nota nos autos".

Sustenta ainda que, em relação ao crime de resistência, conquanto "não minuciada a forma em que se deu a eventual agressão, certo é que, ao distinguir especificamente o emprego da elementar violência na oposição da resistência praticada pelo recorrido, resta suficientemente delimitada na peça acusatória a necessária exposição do fato criminoso, viabilizando assim o exercício do contraditório e da ampla defesa".

Contrarrazões pelo não provimento (f. 132/139).

O juízo *a quo* manteve seu entendimento pelos próprios fundamentos (f. 140/141).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento (f. 151/158).

VOTO

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

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão (f. 86/92) que rejeitou parcialmente a denúncia ofertada em desfavor de Obede Pedro da Silva, em relação aos crimes de resistência – com fundamento no art. 395, I (inépcia) e II (ausência de condição para o exercício da ação penal) c/c art. 397, III (fato atípico), ambos do Código de Processo Penal – e desobediência – com fundamento no art. 395, II do Código Penal.

Narra a peça acusatória que, aos 19 de junho de 2015, por volta das 10h20min, na Rua Joana D'Arc n.º 2.638, Bairro Pioneiros, em Campo Grande, Obede desobedeceu ordem legal de parada emitida por policiais civis pulando o muro da residência para fugir da abordagem policial.

Nas mesmas circunstâncias de data, hora e local, o acusado ainda desacatou os agentes de Polícia Civil no exercício de suas funções, dizendo-lhes: "Tenho um genro policial, não sou um merda como vocês, vocês vão saber quem eu sou."

Ainda na mesma ocasião, o réu opôs-se à execução de ato legal, oportunidade em que alegou "ter formação superior não podendo assim ser detido, bem como por ser portador do vírus HIV, quando foi necessário o uso de algemas para contê-lo".

Diante disto, requereu o *Parquet* a condenação de Obede pelos crimes de de desobediência, desacato e resistência (arts. 330, 331 e 329, todos do Código Penal).

Entendendo estar evidenciada a consunção entre os delitos de desobediência e desacato, bem como a atipicidade da crime de resistência, o julgador singular rejeitou parcialmente a denúncia e ainda determinou a redistribuição dos autos a uma das Varas do Juizado Especial Criminal para análise e julgamento do feito em relação ao crime remanescente (desacato) (f. 86/92).

Irresignado, aduz o *Parquet* que "não há que se falar em 'absorção entre os crimes de desacato e desobediência', porque ambos ocorreram em momentos distintos, conforme se nota nos autos".

Certamente não assiste razão ao pleito ministerial.

É cediço que, ao receber a denúncia, não deve o magistrado se aprofundar em questões de mérito. Contudo, é de competência do julgador realizar análise prévia acerca dos vícios do art. 395, do Código de Processo Penal.

A respeito da consunção, ensina Celso Delmanto que se dá "quando a norma incriminadora de fato que é meio necessário, fase normal de preparação ou execução, ou conduta anterior ou posterior de outro crime, é excluída pela norma deste".

Ou seja, para que se aplique a consunção faz-se necessário que as normas violadas visem à mesma finalidade, sendo que "a prática de um delito pressupõe necessariamente a prática de outro".

Não fosse o suficiente, para que se reconheça a ocorrência do aludido princípio, necessário se faz demonstrar que as condutas praticadas pelo agente tenham se dado no mesmo contexto fático, denotando, assim, uma relação de progressividade.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto.

É exatamente o que se verifica *in casu*, porquanto é nítido que as infrações foram cometidas num mesmo contexto fático, restando evidenciada, pela mera narrativa da peça acusatória, uma relação de dependência e progressividade entre os fatos envolvendo a prática de ambos os delitos (desobediência e desacato).

Quanto ao crime de resistência, sustenta ainda que, a despeito de "não minuciada a forma em que se deu a eventual agressão, certo é que, ao distinguir especificamente o emprego da elementar violência na oposição da resistência praticada pelo recorrido, resta suficientemente delimitada na peça acusatória a necessária exposição do fato criminoso, viabilizando assim o exercício do contraditório e da ampla defesa".

Malgrado os argumentos do *Parquet*, é notória a inépcia da inicial no tocante ao crime do art. 329, do Código Penal, cujo dispositivo prevê, *verbis*:

> Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Não há qualquer narrativa na inicial acusatória acerca de eventual violência ou ameaça a funcionário em oposição à execução de ato legal.

Nesse sentido, bem pontou o julgador ao fundamentar sua decisão (f. 89):

> Outrossim, da análise da inicial, verifico sua inépcia quanto à infração penal de resistência, pois não há qualquer descrição sobre a forma como teria se dado este delito, ou seja, qual a conduta do denunciado revestida de violência ou grave ameaçada indispensáveis para tanto, limitando-se a mencionar que 'o denunciado se opôs à execução de ato legal, consistente em sua detenção'.

Afinal, a simples menção do acusado de "ter formação superior não podendo assim ser detido, bem como por ser portador do vírus HIV" não é suficiente para a caracterização do delito, que tem a violência ou a grave ameaça como elementares do tipo penal.

A propósito:

> Configura-se o crime de resistência quando o agente emprega violência ou ameaça à execução de ato legal por autoridade pública competente. Assim, comete o delito aquele que, ao receber voz de prisão em flagrante pela prática de crime diverso, reage violentamente, exigindo a atuação de vários policiais e de emprego de agente químico para contê-lo.

Logo, a rejeição da exordial acusatória nesses aspectos é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Acompanho o relator para negar provimento ao apelo ministerial.

Outrossim, concedo *habeas corpus* de ofício a fim de trancar a ação penal em relação ao crime de desacato.

Isso porque, em recente decisão, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1640084/SP, descriminalizou a conduta prevista como crime de desacato (art. 331 do Código Penal), considerando a tipificação incompatível com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Na oportunidade, o Ministro Ribeiro Dantas, relator do recurso naquela Corte, argumentou que funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade do que os próprios particulares.

Assim, as "leis de desacato", existentes em países como o Brasil, ao prever uma "proteção" aos agentes do Estado (não raramente utilizada como instrumento de abuso de autoridade), atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, além de irem na contramão do humanismo, porque ressaltam a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo.

Destacou também que a normativa, além de anacrônica, "traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos".

Ressalvou, entretanto, que "o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público".

Por oportuno, seguem os lúcidos ensinamentos constantes do voto de lavra do aludido Ministro, que utilizo como razões de decidir:

> (...) Sobre os argumentos defensivos atinentes à incompatibilidade do crime de desacato com o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica), que protege a liberdade de expressão e pensamento, a Corte paulista assim se manifestou: a) a abolição de qualquer tipo penal somente poderia ocorrer por meio de lei; b) o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigidas a servidores públicos; e c) a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção.
>
> Mas não é bem assim, *maxima venia*.
>
> O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de 'medidas legislativas ou de outra natureza', visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais:
>
> 'Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação

alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.' (...)

Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.' (Grifou-se.)

Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, 'o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.'

Eis as ementas dos aludidos RE 466.343 e REsp 914.253/SP:

(...) *omissis* (...)

Os acórdãos acima mencionados, ao reconhecerem o caráter supralegal dos tratados que cuidam da proteção aos direitos humanos, enfatizaram que, 'no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade' (REsp 914.253/SP).

Trata-se do controle de convencionalidade, cuja finalidade é compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções de direitos humanos, nos termos da doutrina pioneira, no Brasil, de Valério Mazzuoli (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Explica o autor:

'Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade (ou o de supralegalidade) deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam

para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno. Doravante, não somente os tribunais internacionais (ou supranacionais) devem realizar esse tipo de controle, mas também os tribunais internos. O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito do direito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de supralegalidade das leis no Brasil' (MAZZUOLI, Valério. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134.)

Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos (texto disponível no sítio eletrônico: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

Salienta MARINONI que, 'no atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem status normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle de convencionalidade é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício' (*In* Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai/Calogero Pizzolo...[et al.]; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. - 1. Ed. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013, p. 66).

Anote-se, ainda, que o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta Corte Superior ao entender pela inconvencionalidade da prisão civil do depositário infiel.

A propósito, o art. 105, III, 'a', da Constituição Federal de 1988 estabelece, expressamente, a competência do Superior Tribunal de Justiça para 'julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar **tratado** ou lei federal, ou negar-lhes vigência' (grifou-se.)

Se a discussão girasse em torno de tratado ou convenção votado sob regime do art. 5º, § 3º, da CF), a coisa seria diferente, porque a norma, aí, teria status de emenda constitucional e, desse modo, haveria controle de constitucionalidade, com usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese de controle concentrado, ou da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em caso de controle difuso (cláusula de reserva de plenário).

Dessarte, ao contrário do que entenderam as instâncias ordinárias, a ausência de lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação de possível inconformidade do art. 331 do CP, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

Em face de tais considerações, passo ao exame dos dispositivos em confronto, cujo teor é o seguinte:

Convenção Americana de Direitos Humanos

'Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.'

Código Penal

'Desacato

Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.'

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou a respeito do tema em casos que envolveram Argentina, Chile, Panamá, Peru e Venezuela, resultando, sempre, em decisões pela prevalência do art. 13 do Pacto de São José sobre normas internas que tipificam o crime em exame. Destaca-se, como paradigma, o Caso n. 11.012, relativo ao jornalista Horácio Verbitsky, condenado por desacato em razão de ter chamado de 'asqueroso' o Ministro Augusto César Belluscio, da Suprema Corte de Justiça da República Argentina. A controvérsia foi resolvida mediante o compromisso do país vizinho no sentido de extirpar de seu ordenamento jurídico o delito de desacato.

No caso Palamara Iribarne v. Chile (2005) a solução não foi amistosa, tendo a CIDH considerado que a República do Chile violou o disposto no art. 13 da Convenção ante a imputação do crime de desacato ao escritor Humberto Antonio Palamara Iribarne.

No relatório especial de 1995, a Comissão afirmou que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment,* bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário (CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, 197-212) .

A CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que estatui: '11. Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.'

A aprovação do Princípio n. 11 sobre Liberdade de Expressão teve a seguinte justificativa:

'50. Como foi salientado anteriormente, o pleno exercício da liberdade de expressão é um dos principais mecanismos com que a sociedade conta para exercer um controle democrático sobre as pessoas que têm a seu cargo assuntos de interesse público. A CIDH se pronunciou claramente sobre a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana:

A aplicação de leis de desacato para proteger a honra dos funcionários públicos que atuam em caráter oficial outorga-lhes injustificadamente um direito a proteção especial, do qual não dispõem os demais integrantes da sociedade. Essa **distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo.** Considerando-se que os funcionários públicos que atuam em caráter oficial são, para todos os efeitos, o governo, então é precisamente um direito dos indivíduos e da cidadania criticar e perscrutar as ações e atitudes desses funcionários no que diz respeito à função pública.

Juntamente com as restrições diretas, **as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público**. A esse respeito, a Corte Europeia afirmou que, apesar de as penas posteriores de multa e revogação de um artigo publicado não impedirem que o peticionário se expresse, elas 'equivalem, não obstante, a uma censura, que podem dissuadi-lo de formular críticas desse tipo no futuro'. O temor de sanções penais necessariamente desencoraja os cidadãos de expressar suas opiniões sobre problemas de interesse público, em especial quando a legislação não distingue entre os fatos e os juízos de valor.

A crítica política com frequência inclui juízos de valor. Quando são aplicadas, as leis de desacato tem um efeito direto sobre o debate aberto e rigoroso sobre as políticas públicas, que o Artigo 13 garante e que é essencial para a existência de uma sociedade democrática. Ademais, a Comissão observa que, ao contrário da estrutura estabelecida pelas leis de desacato, em uma sociedade democrática, as personalidades políticas e públicas devem estar mais - e não menos - expostas ao escrutínio e à crítica do público. Como essas pessoas estão no centro do debate público e se expõem de modo consciente ao escrutínio da cidadania, devem demonstrar maior tolerância à crítica.

(...)

52. Nesse contexto, **a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários públicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade**. A proteção dos princípios democráticos exige a eliminação dessas leis nos países em que elas ainda subsistam. Por sua estrutura e utilização, essas leis representam enquistamentos autoritários herdados de épocas passadas, e é preciso eliminá-las.' (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.oas.org/pt/ cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4 - grifou-se.)

Ora. **As recomendações da CIDH assumem força normativa interna**, porquanto, 'no caso Loayza Tamayo v. Peru e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da

Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano' (RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234).

Assim mesmo, o Brasil não retirou da legislação o crime de desacato, o que, a teor de denúncias formuladas pelas Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo à CIDH, consubstanciaria descumprimento do art. 13 da CADH e do respectivo Princípio sobre Liberdade de Expressão n. 11.

Com semelhantes argumentos, em 31/5/2016, a Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão, Doutora Deborah Duprat, representou ao Procurador-Geral da República pela propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. A proposta de ADPF, disponível no sítio eletrônico http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitoshumanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato, destaca que a tipificação do crime de desacato 'atenta contra o regime democrático, na medida em que impede o controle da atuação de servidores públicos a propósito de suas funções. Do mesmo modo, inibe a liberdade de expressão nos seus aspectos e fundamentos essenciais, além de atingir mais severamente aqueles que estão em luta pela implementação de seu catálogo de direitos, em clara ofensa ao princípio da igualdade.' Ressalta que a situação 'compromete o Brasil no cenário internacional, em razão do não cumprimento de obrigações às quais aderiu livremente.'

A existência do crime do art. 331 do CP, para a PFDC, não raras vezes, serviu de instrumento de abuso de poder pelas autoridades estatais, para suprimir direitos fundamentais, em especial a liberdade de expressão:

'O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos, rejeitando peremptoriamente toda forma de censura. Essa insistência não foi gratuita. Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a essa liberdade pública fundamental, em que a censura campeava e pessoas eram perseguidas por suas ideias. Por outro, revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional.'

Registra MAZZUOLI que 'o Institut de Droit International, na sua sessão de Milão de 1993, na Resolução sobre 'A atividade do juiz interno e as relações internacionais do Estado', da qual foi relator o Sr. Benedetto Conforti, propôs que os juízes internos apliquem com total independência as normas provindas do direito internacional e as interpretem segundo os métodos seguidos pelos tribunais internacionais. Falando de outra maneira, o que o Institut pretendeu foi que os juízes internos **interpretem e apliquem o direito internacional da mesma maneira que um tribunal internacional o faria, ou seja, como se uma jurisdição internacional fossem**.'(op. cit., 2011, p. 94 - grifou-se).

A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos.

A Opinião Consultiva n. 5/1985, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consagra o princípio pro homine na hermenêutica das normas domésticas e internacionais relativas à proteção dos direitos fundamentais, havendo, aliás, idêntica previsão na Constituição brasileira de 1988, que estabelece, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, como parâmetro das relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Vale dizer, no controle de convencionalidade, o intérprete deve estar imbuído da premissa de que 'os Estados existem para os humanos e não vice-versa' (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito Internacional das Organizações Internacionais. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 17).

No crime de desacato, contudo, o sujeito passivo é o Estado e, apenas em segundo plano, também o funcionário público, e isto porque o bem jurídico precipuamente tutelado é o prestígio da função pública (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.380).

Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 8/8/2000, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal.

Com efeito, a depender da suscetibilidade do funcionário, uma palavra ou um gesto poderá sujeitar o autor a longa e tormentosa ação penal, até que um tribunal venha reconhecer a arbitrariedade da imputação do crime do art. 331 do CP. Veja-se, por exemplo, que este Superior Tribunal já trancou ação penal por desacato, movida contra Promotora de Justiça que pronunciou a frase 'eu nunca ouvi tanta besteira', direcionada ao CorregedoPrGeral do Ministério Público de seu Estado (HC 305.141/PB, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 5/2/2015, DJe 18/2/2015). Noutra oportunidade, o STJ afirmou que 'não houve desacato ao magistrado em razão da função jurisdicional, tendo sido as ofensas a ele dirigidas em caráter pessoal, decorrentes de sua atitude como passageiro de companhia aérea' (HC 21.228/PI, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/2/2003, DJ 24/3/2003).

Outro caso de repercussão, infelizmente, é o da morte de três jovens do Morro da Providência, no Rio de Janeiro/RJ, na sequência de suas prisões por desacato a militares do Exército em operações naquela localidade. O caso foi investigado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), que, no relatório de 30/9/2008, recomendou eliminar esse tipo penal, por violar parâmetros protetivos internacionais (texto disponível em http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/relatorios/relatorio-c.emorro-da-providencia.)

Esse estado de coisas induziu à proposta de dois projetos de lei favoráveis à abolição do delito.

O Projeto de Lei n. 4.548/2008, apresentado pelo Deputado Federal Edson Duarte, afirma que esse tipo penal 'tem servido nos dias atuais como instrumento de intimidação de pessoas no âmbito das repartições públicas, onde costumeiramente são afixadas placas, cartazes e objetos similares em locais visíveis ao público com dizeres que alertam para a prática do aludido delito e suas possíveis conseqüências jurídicas ou simplesmente transcrevem literalmente o referido dispositivo legal, que prevê que o infrator no caso se sujeitará à pena privativa de liberdade (detenção) de seis meses a dois anos ou multa.' A justificativa do projeto pontua:

'(...) tal providência administrativa, muito embora seja justificada por autoridades e servidores públicos como importante meio para deter a violência contra si, estabelece na prática um lamentável mecanismo de censura em detrimento da livre manifestação de pensamento e, assim, contribui em grande medida para perpetuar as situações de mau atendimento a usuários de serviços públicos ou de adoção contra estes de atitudes grosseiras ou incompatíveis com a urbanidade que deveria ser mantida pelos mencionados agentes

públicos no âmbito das repartições públicas.' (texto disponível no sitio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra;jsessionid=0439C8798C67E98B0551B01F6370CE07.n ode1?codteor=631575&filename=Avulso+-PL+4548/2008.)

O PL n. 602/2015, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys, alude ao episódio em que uma agente de trânsito, durante abordagem a veículo de Juiz de Direito, foi presa por desacatar o magistrado:

'Cena 1: Uma servidora do Detran-RJ, numa blitz (em 2011), parou um veículo que estava sem placa. A nota fiscal que portava já tinha prazo vencido. O motorista, ademais, não portava a carteira de habilitação (tudo isso foi reconhecido em sentença da Justiça). Quem era o motorista? Um juiz de direito. A servidora (que fez uma dissertação de mestrado sobre ética na administração pública) disse que o carro irregular deveria ser recolhido. Essa providência, absolutamente legal e válida para todos, foi a causa do quid pro quo armado. O motorista queria que um tenente a prendesse. Este se recusou a fazer isso. Chegaram os PMs (tentaram algemá-la). A servidora disse: 'Ele não é Deus'. O juiz começou a gritar e deu voz de prisão, dizendo que ela era 'abusada' (quem anda com carro irregular, não, não é abusado). Ela processou o juiz por prisão ilegal. O TJ do RJ entendeu (corporativamente) que foi a servidora que praticou ilegalidade e abuso (dizendo que 'juiz não é Deus'). Alegação completar da servidora: 'Se eu levo os carros dos mais humildes, por que não vou levar os dos mais abastados?; Posso me prejudicar porque fiz meu trabalho direito' (...)' (texto disponível no sítio eletrônico: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra?codteor=1306621&filename=PL+602/2015.)

Na opinião do parlamentar, 'o abuso de autoridade, em especial, a prática da 'carteirada', é uma mazela comum no Brasil e merece atenção especial da lei.' E arremata:

'Uma das infelizes causas para tal prática é a existência de um tipo penal específico para o crime contra a honra praticado contra autoridade ou funcionário público, o desacato. **A figura do desacato é, de certa forma, a legitimação jurídica da pergunta 'Você sabe com quem está falando?**' que, como diz o antropólogo Roberto DaMatta, 'engendra um impasse pela introdução de uma relação [hierárquica] num contexto que teoricamente deveria ser resolvido pela aplicação individualizada e automática da lei'' (grifou-se.)

Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que 'todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado', daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal (HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 420).

A continuar dessa forma, o funcionário púbico que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, L'État c'est moi, porquanto com respaldo no art. 331 do CP.

Com todas as vênias, a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, a punição do uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São José abolissem suas respectivas leis de desacato.

> À parte as normas e regras de interpretação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, vale a pena mencionar a notável construção jurisprudencial norte-americana sobre a *fighting words doctrine*.
>
> A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu, a partir do caso Chaplinsky v. New Hampshire (1942), o entendimento de que o *right of free speech* (Primeira Emenda) não protegeria a utilização de palavras que incitassem à quebra imediata da paz social (*fighting words doctrine*). Entretanto, em casos posteriores, tendo como paradigma o precedente firmado em Lewis v. City of New Orleans (1974), aquele Tribunal passou a reduzir a margem de aplicação da teoria das 'palavras belicosas', para declarar a inconstitucionalidade de leis de desacato redigidas de maneira vaga ou cujo alcance fosse excessivo, de modo a conferir ao funcionário poder ilimitado para prender ou processar o suposto infrator (cf. caselaw. findlaw.com/us-supreme-court/415/130.html).
>
> É importante a ponderação da Suprema Corte norte-americana pois, no tocante à liberdade de expressão, '(...) há de se ter redobradas cautelas ao prospectar limites a seu uso, sobretudo quando o particular se volta contra o Estado, ainda que para externar sentimentos desconexos ou de aleivosia, pois, particularmente aí, 'a liberdade costuma ofender' (Clarice Lispector)' (TRF5, AC 421.293/CE, Rel. Juiz Federal convocado Bruno Leonardo Câmara Carrá, Terceira Turma, j. 22/9/2011, DJe 10/10/2011).
>
> Observe-se, por fim, que o afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual ofensiva, utilizada perante o funcionário público.
>
> Louvo-me, no aspecto, na argumentação expendida pelo Subprocurador-Geral da República, Doutor Nívio de Freitas Silva Filho, para 'ressaltar que eventuais condutas que exorbitem os limites da razoabilidade podem ser suficientemente responsabilizadas por instrumentos de natureza cível e mesmo penal, aplicáveis a toda e qualquer pessoa, mostrando-se desnecessário manter um tipo dotado de conceitos vagos e imprecisos, que tem servido mais como meio de intimidação dos cidadãos do que para a proteção da Administração Pública.'
>
> Com razão, portanto, o recorrente, no ponto em que aduz a inviabilidade da condenação por desacato com fundamento em tipo penal incompatível os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária. (...)"

Voto integral disponível no endereço eletrônico: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf

Com efeito, é chegada a hora de se extirpar do ordenamento jurídico a criminalização da conduta de desacato, uma vez que a mesma não se alinha às previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), como brilhantemente entendeu o Superior Tribunal de Justiça.

Cabe, na hipótese, realizar idêntico exame de convencionalidade para decretar a absolvição do recorrente, que supostamente teria dirigido palavras ofensivas a policiais militares, por motivos desconhecidos.

Registre-se que, cuidando-se de controle de convencionalidade e não de constitucionalidade, não há a necessidade de se submeter a questão à apreciação do Órgão Especial, inexigindo-se a cláusula de reserva de plenário.

Diante do exposto, acompanho o nobre relator a fim de negar provimento ao recurso ministerial e, de ofício, concedo *habeas corpus* a fim de trancar a ação penal referente ao crime de desacato.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Acompanho o e. relator para negar provimento ao recurso.

Quanto ao trancamento da ação penal, de ofício, consoante voto do 1º Vogal, nos termos do julgamento do REsp. 1.640.084/SP, pelo Superior Tribunal de Justiça, que descriminalizou a conduta prevista no art. 331 do Código Penal, em controle de convencionalidade, divirjo de tal posicionamento, respeitosamente.

Em relação aos direitos humanos, há que se destacar que os diplomas internacionais que o Brasil figura como signatário a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica deu-se pelo Decreto Legislativo 27 de 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto Presidencial 678 de 06 de novembro deste mesmo ano. O referido diploma não foi ratificado pelo Congresso Nacional, possuindo validade interna infraconstitucional.

A partir do Recurso Extraordinário 466.343 do STF, sedimentou-se o entendimento pertinente à hierarquia normativa no Direito brasileiro das leis e tratados internacionais, no sentido de que os tratados internacionais que versem sobre matéria relacionadas a Direitos Humanos terão natureza "supralegal", situação que se encontra o Pacto de São José da Costa Rica. Caso o tratado viesse a ser aprovado pelo Congresso, nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, a norma teria natureza de Emenda Constitucional.

O debate em torno da interação entre a ordem interna e a internacional, passou então a necessitar do enfrentamento de temas correlatos: o "bloco de constitucionalidade" e o "controle de convencionalidade".

Em outras palavras, o controle de compatibilidade das leis passou a pressupor uma análise não só vertical do ordenamento jurídico (levando-se em conta a legislação pátria em relação a Constituição Federal), mas também a verificação dos diplomas extrínsecos à legislação pátria dos quais o Brasil é signatário, cabendo ao julgador realizar tanto o controle de Constitucionalidade, quanto o controle de Convencionalidade das leis.

No presente caso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 13, estabelece:

> Liberdade de pensamento e de expressão
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

A Comissão interamericana de Direitos Humanos, tratando acerca da definição e abrangência da garantia de liberdade de expressão assegurada no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovou, no ano de 2.000, a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão. Dentre os princípios elencados nesta Declaração, imperioso se faz destacar o disposto no item 11:

> 11. Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.

Destarte, à luz do disposto no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, com fulcro no Controle de Convencionalidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a eventual condenação pelo crime de desacato seria uma violação de Tratado Internacional com força supralegal e o crime previsto no artigo

331 do Código Penal, por se tratar de legislação infraconstitucional e que, em conformidade com aquele diploma, seria inaplicável.

Desacatar significa insultar, humilhar, espezinhar o funcionário público ofendendo o decoro e o prestígio da função. Segundo o ensinamento de Magalhães Noronha: "Consiste em palavras, gritos, gestos, escritos (presente o funcionário), vias de fato e lesões corporais.". O bem jurídico protegido é a dignidade, o respeito devido à função pública, a probidade administrativa.

Em que pese o referido entendimento do STJ naquele julgado, deve ser salientado que não há caráter vinculante da mencionada decisão, que analisou a interpretação dada pela Comissão Internacional ao referido tratado, no sentido de ser incabível a condenação por desacato.

As normas penais, por sua natureza, tratam essencialmente da violação dos bens jurídicos fundamentais, motivo pelo qual o crime de desacato não pode ser simplesmente "extirpado" do ordenamento jurídico através de decisão judicial, pelo argumento de que este tipo penal dissuade às críticas, pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções estatais.

É certo que tratados e convenções sobre direitos humanos têm caráter supralegal, embora com efeitos na esfera infraconstitucional. Todavia, deve ser salientado que a decisão do STJ que deu embasamento aos fundamentos do e. relator, foi proferida em um Recurso Especial, cujos efeitos são inter partes, para o caso concreto.

Aliás, sobre o tema trago à lume o seguinte artigo:

> A DECISÃO DO STJ SOBRE DESACATO. Nesta semana, a 5ª. Turma do STJ decidiu que o crime previsto no art. 331, do CP, deixou de existir. O caso particular, apreciado pelo STJ era o de um homem acusado de roubar uma garrafa de conhaque da residência da vítima utilizando-se de um vergalhão de ferro e ter desacatado os policiais que o prenderam. Num trecho da ementa, o relator, min. Ribeiro Dantas, fez consignar a seguinte e importante observação: 'A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment* , bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário'. Também integraram a ementa as seguintes razões: "A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). 4. Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado. 5. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao direito interno na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343). 6. Resta inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário.

Resta, portanto, muito claro, que, a par do convencimento dos ministros que compunham a 5ª. Turma, a decisão baseou-se fundamentalmente em precedente de Corte Internacional, cujo Tratado de adesão foi subscrito pelo Brasil. Ao longo do voto são tecidos comentários acerca do abuso com que é agitado esse dispositivo penal por servidores públicos e policiais – estes especialmente – contra os cidadãos comuns.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma Corte de Precedentes, no sentido que visa dar encontrar o sentido do direito e suas decisões devem ser acatadas pelos tribunais dos países que são signatários da respectiva Convenção, isso é um fato, mas a *ratio decidendi* dos seus julgamentos precisa

ser encontrada. No caso dos autos, dada vênia, o fundamento para excluir o crime de desacato é *sui generis* e nada tem a ver com o conteúdo da matéria em discussão. Afirmar que "o que o "desacato se preste a silenciar ideias e opiniões contrárias ao *stablishment*", soa como uma declaração tipicamente política – um verdadeiro obter dicta – que nada tem a ver com o bem jurídico tutelado no crime de desacato, que é o prestígio, o respeito devido ao exercício da função pública e o Estado tem particular interesse nessa questão. Existe um claro interesse social envolvido. O fato de vivermos na América Latina, continente de ditaduras sucessivas, tende a fazer ver as manifestações "contrárias ao *stablishment*" como objeto de perseguição do Estado contra o direito do cidadão de livremente expressar-se. A mim, parece anacronismo. A onda do neoconstitucionalismo na América Latina vem dessa visão e a decisão da CIDH tem claramente essa característica, de proteger o cidadão contra os abusos do Estado, prestando-se, muitas vezes, a uma lamentável profusão de novas garantias, que constitucionalizam os fatos da nossa vida cotidiana.

Também me chama a atenção o fato de que o desacato seja visto como matéria afeta aos Direitos Humanos; parece haver uma dissociação da realidade, ao menos no tocante ao que se passa em nosso país. Longe disso, o desacato é apenas a relação de fato na qual se traduz um conflito em que pode existir a afronta a uma ordem legítima e necessária de um agente do Estado, e o abuso de autoridade.

O desacato, a meu ver, não pode ser descriminalizado sumariamente, porque ele integra a autoridade do Estado, que se cumpre através de seus agentes. Há um sem número de hipóteses em que o crime de desacato é necessário para manter a hegemonia do interesse público. Evidentemente, o servidor público que é desacatado torna-se o primeiro juiz da causa, e em grande medida, a suscetibilidade exacerbada da farda ou do paletó falam mais alto do que a prudência e a temperança. Isso, contudo, não pode servir de pretexto para descriminalizar a conduta típica, mas apenas recomenda aos órgãos do Poder Judiciário que apreciem escrupulosamente cada hipótese isoladamente.

O caso apreciado pelo STJ, por exemplo, é um típico exemplo de afastamento do crime de desacato pelas circunstâncias fáticas do delito: quem é preso em flagrante depois de furtar uma garrafa de conhaque (que configura um tipo qualificado), provavelmente vai desacatar os policiais responsáveis por sua prisão. Faz parte e é rotineiro. O desacato não cumpre ali nenhuma função autônoma ou necessária, possivelmente falte-lhe até o dolo específico, dadas as circunstâncias.

É evidente que não há aí nenhuma simetria com o "propósito de silenciar ideias e opiniões contrárias ao *stablishment*"; foi um simples caso de prisão e desacato. Afasta-se o desacato por uma simples razão: prisão em flagrante e desacato são ocorrências banais e a sanção penal pelo crime da prisão é mais do que suficiente para reprimir a conduta.

A realidade forense dos nossos tribunais está repleta de exemplos em que acusados de desacato são absolvidos, seja porque proferiram suas ofensas em estado de embriaguez, de violenta emoção, de justa indignação, etc. Mas também há inúmeras hipóteses de nítido descaramento contra os agentes públicos, de humilhações, de degradação de sua autoridade, de exposição pública à vergonha: o que esperar de um policial, por exemplo, que determina a remoção de um veículo de quem indevidamente estaciona numa vaga de farmácia, passa a ser destratado ostensivamente em público? Que ele vá lavrar um B.O. por injúria e se afaste dali de cabeça baixa, porque o "desacato se presta a reprimir e silenciar ideias e opiniões contrárias ao *stablishment*?

Não é adequado afastar um tipo penal a partir de uma declaração política genérica e extremamente polêmica. Desacato não se confunde com liberdade de opinião e, muitas vezes, nem mesmo com excesso de opinião.

O problema com o crime de desacato, definitivamente não envolve direitos humanos e qualquer questão política. Envolve questão de fato, a ser examinada individualmente em cada hipótese concreta.

O contido no artigo acima é esclarecedor. Realmente é de se perguntar se desacato estaria inserido no contexto dos Direitos Humanos? Na minha compreensão também entendo, respeitosamente, fora da realidade a conclusão de o desacato possa ser visto como matéria que possa afetar aos Direitos Humanos. O desacato, a meu ver, é apenas a relação de fato na qual se traduz um conflito em que pode existir a afronta a uma ordem legítima e necessária de um agente do Estado, e o abuso de autoridade.

Por tais razões, também comungo do entendimento, como posto no artigo supra, que o desacato não pode ser descriminalizado sumariamente, porque ele integra a autoridade do Estado, que se cumpre através de seus agentes. Há um sem número de hipóteses em que o crime de desacato é necessário para manter a hegemonia do interesse público.

Pondero, ainda, que a descriminalização do delito de desacato, por interpretação isolada em uma decisão, com base em interpretação de fatos dessa natureza, em sentido amplo, de que estaria inserido no contexto dos Direitos Humanos, a ponto de ser afetado pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) é temerária, visto que isso pode conduzir a séria desestabilização da ordem nas atividades públicas, com violação dos princípios de autoridade, em prejuízo das atividades estatais necessárias à sociedade.

Cabe destacar o que foi bem salientado por Cleber Masson:

> (...) há desacato, pois se considera presente o funcionário, público, quando um juiz de Direito encontra-se sentenciando em seu gabinete, com a porta aberta, e um advogado, da sala de audiências, se refere a ele como "famigerado protetor dos devedores".
>
> (…)
>
> Não é necessário que ele esteja no interior da repartição pública, bastando o efetivo exercício funcional. Exemplificativamente, um magistrado pode ser considerado no exercício da função tanto quando preside uma audiência no interior do fórum como quanto está na residência de uma das partes em trabalho de inspeção.

A aludida liberalidade, sem limites, poderá ser levianamente exaltada em vários segmentos no âmbito público, com prejuízos à sociedade, ao interesse público, que não pode ser sobreposto por interesses particulares e privados.

O direito à liberdade de manifestação de pensamento e de expressão é uma proteção do regime constitucional, mas deve ser exercida com necessária responsabilidade que exige um Estado Democrático de Direito, não havendo, dessa forma, qualquer prejuízo à intimidade, honra e vida privada das pessoas eventualmente ofendidas, que podem buscar os meios legais previstos no sistema jurídico do país as medidas necessárias para fazer cessar ou se verem reparadas. Portanto, entendo que tais direitos constitucionalmente assegurados não têm qualquer prejuízo com a vigência do crime de desacato. Os princípios constitucionais em "aparente conflito" devem se conciliar, pois diante da unidade constitucional não pode haver conflito dentro da própria Constituição. O intérprete deve sopesar os princípios em conflito por meio da técnica da ponderação, observando-se o princípio da proporcionalidade.

Não deve, pois, haver direitos absolutos, para que haja a harmonia social.

Toda prerrogativa estatal decorre preponderância do interesse coletivo e sobrepõe a esfera jurídica do particular, às vezes causando desconforto e animosidade. O cidadão tem o direito de manifestar seu inconformismo contra aquilo que entende não estar bem, havendo mecanismos legais para tanto, mas isso não significa que não haja ônus a quem ofenda a honra ou a dignidade de um servidor público no exercício da função pública. Isso, na minha compreensão, não se confunde com ofenda à liberdade de expressão.

Em arremate, deve ser destacado que no âmbito do Tribunal deste Estado já decisão nesse mesmo caminho, exarada pela 3ª Câmara Criminal:

> *HABEAS CORPUS* – DESACATO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL – INOCORRÊNCIA - NECESSIDADE DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT* – ORDEM DENEGADA. I – O trancamento da ação penal, ao argumento de falta de justa causa para o seu prosseguimento, somente é possível na via estreita do *habeas corpus* quando, de plano, restar comprovada a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito. II – demonstrado que a conduta atribuída à paciente reveste-se, em tese, de ilicitude penal, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, não há falar-se em ausência de justa causa. III – Ordem denegada. (*Habeas Corpus* nº 1400299-89.2017.8.12.0000 – Campo Grande. Rel. Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva) – Ordem denegada por unanimidade – 16.2.2017.

Deve ser destacado que nesse julgado acima citado foi abordada a questão da decisão da 5ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.640.084-SP, tendo siso assentado que se trata de "decisão escoteira, sem qualquer efeito vinculante e que, portanto, não impede qualquer magistrado de, com base no chamado princípio do livre convencimento motivado, que vigora em nosso sistema jurídico, entender de forma diversa."

Diante do exposto, acompanho o relator para negar provimento ao recurso; de outro lado, divirjo do 1º vogal no que se refere à concessão de *habeas corpus*, de ofício, para trancar a ação penal no que se refere ao delito de desacato.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 23 de março de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1401780-87.2017.8.12.0000 - Terenos
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PENAL – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – PRAZO PRESCRICIONAL – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – FATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE À SÚMULA VINCULANTE Nº 24, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – IRRELEVÂNCIA – NÃO CONCESSÃO.

Os crimes contra a ordem tributária previstos no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, são materiais, de modo que a constituição definitiva do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, correndo, a partir de então, a prescrição. Neste sentido, mostra-se irrelevante que os fatos delituosos imputados ao paciente tenham ocorrido anteriormente à edição da Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de mera consolidação da jurisprudência dominante.

Habeas corpus a que se nega concessão, ante a inocorrência do lapso prescricional alegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar concessão, unânime.

Campo Grande, 17 de abril de 2017.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O advogado José Belga Assis Trad impetra com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Jose Carlos Lopes sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz(a) de direito da Comarca de Terenos.

Esclarece que o paciente foi denunciado pelos crimes do art. 1º, II e V, da Lei nº 8.137/90.

Sustenta a ocorrência da prescrição em abstrato, pois entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia decorreu prazo superior a 16 (dezesseis) anos.

Requer o deferimento de liminar e, ao final, a concessão da ordem, extinguindo a punibilidade do agente.

A liminar foi indeferida (f. 47/48), e as informações prestadas (f. 52/53).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela não concessão (f. 57/64).

VOTO (EM 23/03/2017)

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

O advogado José Belga Assis Trad impetra com pedido de *habeas corpus*, com pleito de liminar, em favor de Jose Carlos Lopes sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz(a) de direito da Comarca de Terenos.

Extrai-se que o paciente, sócio-administrador da empresa Frigorífico Peri Ltda, CNPJ n.º 03.971.108/0001-10, contribuinte inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado de Mato Grosso do Sul n.º 28.101.198-2, foi denunciado porque, ao longo do período compreendido entre janeiro e dezembro de 2000, reduziu tributo, no caso, o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços devido ao Estado, por meio de fraude à fiscalização tributária estadual, omitindo informação e prestando declaração falsa às autoridades fazendárias; bem como inserindo elementos inexatos em documentos e livros exigidos pela lei fiscal e negando e deixando de fornecer, quando obrigatório, o registro, em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, de escrituração contábil das operações ativas e passivas dessa empresa, causando grave dano à coletividade.

Segundo a prefacial acusatória (f. 22/33):

> Neste compasso, no dia 26 de abril de 2001, Fiscais de Renda da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul, em fiscalização encetada na sede da aludida empresa, no Município de Terenos/MS, lograram constatar uma série de irregularidades que deram ensejo à elaboração do Auto de Lançamento e Imposição de Multa – ALIM – n. 040771-A.
>
> No caso telado nos autos, foi elucidado que no período de janeiro a dezembro do ano de 2000, quando se achava sob a plena gestão/administração do denunciado José Carlos Lopes, a empresa Frigorífico Peri LTDA. (ou Indústria e Comércio de Produtos Suínos Peri LTDA.) recolhia o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em valor fraudulentamente reduzido, utilizando-se de suposto crédito que lhe seria presumido, embora não preenchesse o requisito para obter tal benefício.
>
> (...)
>
> A fiscalização realizada, contudo, constatou que a empresa Frigorífico Peri LTDA. (ou Indústria e Comércio de produtos suínos Peri LTDA.), sob a gestão do denunciado José Carlos Lopes e ao longo do ano de 2000, valeu-se fraudulentamente da concessão do crédito presumido para reduzir indevidamente o saldo do Imposto de Circulação de Mercadorias (devido ao Estado de Mato Grosso do Sul por decorrência de suas operações com produtos do abate de gado bovino e bufalino), uma vez que não recolhia a contribuição para o FUNDERSUL estabelecida no inciso I do art. 13 acima Transcrito.
>
> Frisa-se novamente que o não recolhimento da contribuição ao Fundersul, meramente facultativo à empresa, fazia-a incidir na hipótese de vedação de usufruir do referido benefício fiscal, conforme disposição contida no §1º do art. 13 da Lei Estadual n. 1.963, de 11.6.1999, impondo-lhe, via de consequência, o dever de pagar o ICMS sem qualquer Redução:
>
> (...)
>
> Assim, a fraude perpetrada pela empresa Frigorífico Peri LTDA. (ou Indústria e Comércio de Produtos Suínos Peri LTDA.), sob a gestão comando do denunciado José Carlos Lopes, no caso, foi consubstanciada pela inserção de elementos inexatos nos cálculos

que embasaram a redução indevida do saldo do ICMS a recolher, o que ficou demonstrado nos quadros anexos que compuseram o Auto de Infração n. 040771:

(...)

Ademais, na ocasião da mesma diligência inspecionadora realizada no dia 26 de abril de 2001, os Fiscais de Renda da Secretaria de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul constataram que a empresa Frigorífico Peri LTDA. (ou Indústria e Comércio De Produtos Suínos Peri LTDA.), sob a gestão do denunciado José Carlos Lopes, apesar de intimada, suprimiu e reduziu tributo, negando e deixando de fornecer, quando obrigatório, o registro, em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, de escrituração contábil das operações ativas e passivas dessa empresa.

Isto porque, conforme foi registrado no Auto de Infração n. 0407710-A, apesar de intimada, a empresa Frigorífico Peri LTDA. (ou Indústria e Comércio de Produtos Suínos Peri LTDA.), sob a gestão do denunciado José Carlos Lopes, não apresentou a escrituração contábil de suas operações ativas e passivas, e não apresentou escrituração de atividades de serviços de abate para terceiros (Livro de Controle da Produção e do Estoque), os quais eram realizados nas instalações da empresa Frigolop – Frigorificos LTDA, que era, por sua vez, de propriedade do denunciado José Carlos Lopes, operações estas que eram "acobertadas" com documentos fiscais exclusivamente com a inscrição estadual da empresa autuada, no caso, do Frigorífico Peri, o que gerou diversas apreensões de mercadorias irregulares.

(...)

Em resumo, no período descrito, o denunciado José Carlos Lopes, livre, consciente e dolosamente, na qualidade de mandatário com amplos e irrestritos poderes para administrar e gerir a empresa Frigorífico Peri LTDA. (ou Indústria e Comércio De Produtos Suínos Peri LTDA.), livre, consciente e dolosamente reduziu tributo, no caso, o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços devido ao Estado de Mato Grosso do Sul, por meio de fraude à fiscalização tributária do Estado de Mato Grosso do Sul, omitindo informação e prestando declaração falsa às autoridades fazendárias; bem como inserindo elementos inexatos em documentos e livros exigidos pela lei fiscal e negando e deixando de fornecer, quando obrigatório, o registro, em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, de escrituração contábil das operações ativas e passivas dessa empresa, causando grave dano à coletividade, em razão dos elevados valores sonegados, abaixo retratados, de maneira a tornar forçosa a aplicação da causa de aumento prevista no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/9058, em relação às condutas delituosas ora descritas.

Assim agindo, praticou o denunciado José Carlos Lopes os delitos previstos no art. 1º, incisos II e V, c/c art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/90, c/c art. 71 (pela continuidade delitiva) do Código Penal, em cujas sanções se encontra incurso.

Aduz a defesa que o crime previsto no art. 1º, II, da Lei n.º 8.137/90, não é alcançado pela Súmula n.º 24, do Supremo Tribunal Federal, de modo que aplica-se ao caso entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a prescrição dos mesmos ocorre na data do fato, "independentemente do tempo em que perdurou a discussão no âmbito fiscal, visto que, à época, o exaurimento da via administrativa não obstava a tipificação do crime tributário, que, somente mais de 10 anos depois, foi erigido a crime material, cuja consumação pressupõe a efetiva lesão ao erário" (f. 04).

Assim, sustenta que "a pretensão acusatória, relativamente à primeira imputação, está prescrita desde dezembro de 2016, pugnando o impetrante para que seja extinta a punibilidade do paciente" (f. 06).

Em relação à segunda imputação, sustenta que "o prazo para apresentação de documentos teria decorrido em 11 de janeiro de 2001, começando a fluir, a partir de então, o prazo prescricional, que expirou 16 anos depois, em 11 de janeiro de 2017, *ex vi* artigo 109, II, do Código Penal. Como a denúncia só foi recebida em 31 de janeiro de 2017, é manifesta a prescrição" (f. 07).

Malgrado os argumentos defensivos, os mesmos devem ser repelidos.

Deveras, como muito bem pontuado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 58/):

> De início, ao contrário do que afirmou o impetrante à fl. 04, não foi à partir da edição da Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal que passou a exigir o exaurimento da via administrativa para se dar início à ação penal para determinados delitos, considerados materiais, previstos na Lei 8.137/90.
>
> Isso, porque, a Súmula Vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que "a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição", conforme será demonstrado neste parecer.
>
> Impende destacar que apesar da referida Súmula Vinculante fazer referência expressa apenas aos incisos I a IV, dando margem à interpretação, por meio de raciocínio *a contrario sensu*, de que o inciso V estaria fora, os precedentes nos quais o Supremo Tribunal Federal se baseou para estabelecer a Súmula Vinculante consideram que todos os incisos do art. 1º são crimes materiais.
>
> (...)
>
> Sob tais premissas, o entendimento a ser considerado no presente caso é de que a consumação dos crimes tipificados no artigo 1º e incisos da Lei 8.137/1990 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, o prazo prescricional.
>
> (...)
>
> Desse modo, em percuciente análise da Ação Penal n° 0800017-56.2017.8.12.0047, verifica-se que a decisão final na esfera administrativa foi proferida em 25 de dezembro de 2011 (cf. fl. 4061), transitada em julgado 08 de março de 2012 (cf. fl. 4079).
>
> Assim, considerando os entendimentos jurisprudenciais mencionados, bem como o teor da Súmula Vinculante 24, entende-se que **a constituição definitiva** do **lançamento** tributário dá-se com a efetiva notificação dos sujeitos passivos, **a qual deve ter ocorrido entre o final do ano de 2011 e o ano de 2012**.
>
> Nesse contexto, somente a partir de tal período, passou a transcorrer o prazo prescricional.
>
> Portanto, a alegada ocorrência de prescrição não está configurada, pois, entre os marcos interruptivos (artigo 117 do Código Penal) verificados, a saber, constituição definitiva do lançamento tributário e o recebimento da denúncia, **não transcorreu prazo superior a 12 (doze) anos**, lapso temporal necessário a sua consumação, haja vista que a pena em abstrato a ser considerada é de 05 (cinco) anos. (Destaques originais)

O entendimento então esposado encontra arrimo na jurisprudência:

> Esta quinta turma, em diversos julgados, afastou a alegação de que o Enunciado nº 24 da Súmula vinculante só se aplicaria aos crimes cometidos após a sua vigência. Em verdade, não se trata de aplicação retroativa de norma penal mais gravosa, o que, como cediço, encontra óbice no texto constitucional, mas de consolidação de entendimento jurisprudencial, que conferiu a correta exegese a dispositivos legais vigentes na data dos fatos, sendo a sua observância cogente para todos os órgãos do poder judiciário, não havendo se falar em retroatividade in malam partem. Precedentes. 5. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido logo após a aprovação da retrocitada Súmula vinculante, reconheceu se tratar de «mera consolidação da jurisprudência da corte, que, há muito, tem entendido que a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição. (HC n. 85.051/MG, segunda turma, relator o ministro Carlos Velloso, DJ de 1º/07/2005." [1]

> O entendimento firmado na Súmula Vinculante nº 24 do STF tem aplicação mesmo aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição, uma vez que não se trata de inovação no ordenamento jurídico, mas de consolidação de entendimento jurisprudencial. Precedentes. [2]

Neste mesmo sentido, os seguintes precedentes jurisprudenciais: STJ, RHC 54.417, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, DJ 05/10/2015; STJ, HC 322.821, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 21/10/2015; STJ, RHC 37.375, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 15/09/2014; e TRF 3ª R., HC 0029481-95.2014.4.03.0000, 5ª T., rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 19/01/2015, DJ 27/01/2015, p. 588.

Destarte, nego concessão ao pedido de *habeas corpus* impetrado em favor de Jose Carlos Lopes.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1° Vogal)

Peço vista.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de Julgamento adiada para a próxima sessão, por força do pedido de vista do 1º vogal, após relator e 2º vogal negarem concessão à ordem.

VOTO (EM 17/04/2017)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1° Vogal)

Relembrando. Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado José Belga Assis Trad em favor do paciente José Carlos Lopes sob o argumento de que sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Comarca de Dourados.

Em suas razões, afirmou que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos no artigo 1º, II e V, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

Requereu a concessão da ordem a fim de que seja reconhecida a prescrição em abstrato visto que entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia decorreu prazo superior a 16 (dezesseis) anos.

O nobre relator, Des. Carlos Eduardo Contar, denegou a ordem de *habeas corpus*.

1 STJ, RHC 61.790, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, DJ 19/12/2016.

2 TRF 1ª R., HC 0028900-66.2016.4.01.0000, 4ª T., rel. Juiz Fed. Conv. Henrique Gouveia da Cunha, DJ 17/08/2016.

Pedi vistas dos autos e após detida análise vou acompanhar o voto condutor para denegar a mandamental.

Extrai-se do caderno processual que o paciente, no período compreendido entre janeiro de dezembro de 2000, reduziu tributo (ICMS) devido ao estado, por meio de fraude à fiscalização tributária estadual, omitindo informação e prestando declaração falsa às autoridades fazendárias; bem como deixando de fornecer, quando obrigatórios, o registro em documentos e livros exigidos pela lei fiscal, de escrituração contábil das operações ativas e passivas da empresa Frigorífico Peri Ltda.

Assim, em 12 de janeiro de 2017, o paciente foi denunciado pelas práticas dos crimes previstos no artigo 1º, II e V da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária (Lei n. 8.137/90).

Pois bem. A discussão abarcada pela defesa no presente *writ* é bastante singela, cingindo-se em torno do alcance da Súmula Vinculante n. 24 do STF no presente caso.

A referida Súmula dispõe que: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo", ou seja, o exaurimento da via administrativa é requisito indispensável para o início da ação penal. Assim, o prazo prescricional começa a correr após a constituição definitiva do lançamento tributário.

Em suas razões, o impetrante busca o reconhecimento da prescrição em abstrato, sob a alegação de entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia decorreu prazo superior a 16 (dezesseis) anos, afirmando que à época dos fatos o exaurimento da esfera administrativa não obstava a tipificação do crime em questão, pois os fatos ocorreram antes da edição da Súmula 24, publicada em 11.12.2009.

Razão não lhe assiste.

O entendimento de que a aplicação da referida súmula aos fatos anteriores a sua vigência implicaria em aplicação retroativa de norma penal mais gravosa tem sido largamente afastada pelas jurisprudências superiores, conforme se verifica nos precedentes jurisprudenciais já citados no voto condutor: STJ, RHC 54.417, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, DJ 05/10/2015; STJ, HC 322.821, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 21/10/2015; STJ, RHC 37.375, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJ 15/09/2014; e TRF 3ª R., HC 0029481-95.2014.4.03.0000, 5ª T., rel. Des. Fed. Paulo Fontes, j. 19/01/2015, DJ 27/01/2015, p. 588.

Aliás, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, editor da Súmula Vinculante n. 24, tratou da aplicação da mesma aos fatos anteriores a sua edição:

> 1. Não prospera a tese do recorrente de que a observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 24, no caso concreto, importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência. A Súmula Vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, que, há muito, tem entendido que 'a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição' (HC nº 85.051/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º/7/05). 2. Pretensão de afastar o consolidado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para fazer prevalecer a consumação da prescrição, que, à luz do entendimento suso mencionado, não se efetivou, pois, entre os marcos interruptivos (CP, art. 117) verificados, não transcorreu prazo superior a oito (8) anos, lapso temporal necessário a sua consumação (CP, art. 109, inciso IV), considerando-se a pena concretamente aplicada. 3. Recurso ao qual se nega provimento.)." (RHC 122774, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 19.5.2015, DJe de 11.6.2015)

Feita tais considerações e em detida análise a Ação Penal n. 0800017-56.2017.8.12.0047, verifica-se que a decisão final na esfera administrativa foi proferida somente na data de 25 de dezembro de 2011, transitada em julgado em 08 de março de 2012. (p. 4.079).

Deste modo, o prazo prescricional passou a ocorrer a partir deste período, de modo que não se verifica a ocorrência da prescrição em abstrato que é de 12 anos.

Assim, acompanho o nobre relator para denegar a presente ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram concessão, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 17 de abril de 2017.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001682-03.2016.8.12.0007/50000
Cassilândia
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA– EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – ENTENDIMENTO DO STF – RECURSO PROVIDO.

Afasta-se a hediondez do tráfico privilegiado de drogas. Em junho de 2016, ao concluir a votação do HC 118533/MS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado. Recentemente, em 23.11.2016, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Pet nº 11.796/DF, sob o rito dos recursos repetitivos, revisou o posicionamento firmado no julgamento do REsp 1.329.088 e cancelou a Súmula 512 daquela Corte. Diante desse cenário, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito *erga omnes* e efeito vinculante, é a que doravante adoto por observância à segurança jurídica, economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados.

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, prover os embargos infringentes, nos termos do voto do revisor, vencidos o relator, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, com ressalvas do Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Marcos Lemos dos Santos opõe embargos infringentes e de nulidade objetivando a reforma do acórdão que, por maioria, negou provimento ao agravo de execução penal antes interposto.

Pugna pela prevalência do voto vencido que afastava os efeitos da Lei n.º 8.072/90 do cumprimento de pena do reeducando, possibilitando a incidência da fração de 1/6 (um sexto) para efeito de progressão de regime prisional.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento (f. 22/24).

VOTO

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

Marcos Lemos dos Santos opõe embargos infringentes e de nulidade objetivando a reforma do acórdão que, por maioria, negou provimento ao agravo de execução penal antes interposto.

O reeducando cumpre pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pela condenação por tráfico de drogas (art. 33, da Lei de Drogas).

Pugna pela prevalência do voto vencido que afastava os efeitos da Lei n.º 8.072/90 do cumprimento de pena do reeducando, possibilitando a incidência da fração de 1/6 (um sexto) para efeito de progressão de regime prisional.

A pretensão não merece guarida.

A equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre do império contido na Constituição Federal, *ex vi* o art. 5º, XLIII, é reforçado pela disposição do art. 2º, da Lei n.º 8.072/90, que restringe e recrudesce uma série de benefícios – como anistia, a graça, o indulto, a fiança e a progressão de regime – aos processados e condenados pela prática de tal delito.

Sobre o assunto, leciona a doutrina:

> A Constituição Federal determinou para as condutas adequadas ao tráfico de drogas o mesmo tratamento destinado aos crimes considerados hediondos (...). A Constituição equiparou o tipo de tráfico aos tipos hediondos, equiparando-os também com as medidas mais restritivas da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que repetiu o mandamento constitucional no seu art. 2º. [1]

Assim, é induvidoso que o tráfico de drogas tem natureza hedionda e, dessa forma, a mera incidência de uma causa de diminuição, como aquela que define a figura privilegiada do delito, não modifica tal realidade.

A respeito, decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

> A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica.
>
> O art. 2º, *caput*, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o 'tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010).
>
> **A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.**
>
> Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.

1 BACILA. Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Lei de Drogas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 160.

> Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado 'tráfico privilegiado', as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.
>
> Enfim, a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.
>
> 'Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.' (HC 143361/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010). [2] (Destaques não originais)

Registre-se que, inobstante o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, que afastou a hediondez a condenado pela prática do crime de tráfico de drogas e beneficiado pela diminuta do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, tal não ostenta natureza vinculante, eis que, embora submetido ao crivo do Plenário do Pretório Excelso, o precedente ocorreu em sede de *habeas corpus*, não irradiando efeitos *erga omnes*.

Ademais, é de se rememorar que o crime de tráfico de drogas não está elencado no rol dos crimes hediondos do art. 1º, da Lei n.º 8.072/90, entretanto, o delito deve receber o mesmo tratamento dado aos hediondos por força de equiparação constitucional (art. 5º, XLIII, da Magna Carta) e infraconstitucional (art. 2º, da Lei n.º 8.072/90).

Desta forma, não é possível admitir que a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, afaste a hediondez do crime ao argumento de que o mesmo não estaria arrolado entre os hediondos. Repete-se: nenhuma conduta do tráfico de drogas está prevista como crime hediondo, sua equiparação advém da própria Constituição Federal.

Assim sendo, deve-se atentar que a equiparação constitucional não estabelece distinção entre as práticas possíveis à consumação do tráfico de drogas e, menos ainda, para a incidência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição – como é o caso dos autos.

Portanto, a norma constitucional deve prevalecer mesmo quando incidente a minorante, sob pena de desvirtuar a intenção do constituinte.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Marcos Lemos dos Santos.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Revisor)

Divirjo do relator a fim de que prevaleça o voto vencido que afastava a hediondez do tráfico privilegiado.

Em junho de 2016, ao concluir a votação do HC 118533/MS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado, que restou assim ementado:

2 STJ, REsp 1.133.945/MG, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 15/04/2010.

> (...) O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 divulg 16-09-2016 public 19-09-2016).

Nesta senda segue o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> (...) Conforme o novel entendimento do STF, HC n. 118.533/MS, o tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos, pois o tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa, havendo evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 367.301/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016)

Ademais, recentemente, em 23.11.2016, a Terceira Seção da Corte Superior cancelou a Súmula 512 editada em 16.06.2014 no julgamento do REsp1.329.088 sob o rito dos recursos repetitivos. Veja-se a conclusão de julgamento:

> Proclamação Final de Julgamento: A Terceira Seção, por unanimidade, acolheu a tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, revisando o entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.329.088/RS - Tema 600, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.[3]

Diante desse cenário, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito *erga omnes* e efeito vinculante, é a que doravante adoto por observância à segurança jurídica, economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados.

Contra o parecer, acolho os embargos infringentes a fim de afastar os efeitos da Lei nº 8.072/90, no termos do voto minoritário de lavra do Des. Romero Osme Dias Lopes.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal)

Divirjo do relator, para dar provimento ao recurso conforme fundamentos abaixo expostos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente que*:*

> O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto

3 consulta ao *site*: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602880562

> do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 divulg 16-09-2016 public 19-09-2016)

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 23 de novembro de 2016, revisou a questão, cancelou a Súmula 515 e editou o Tema 600 - O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.

Verifica-se que pela sistemática processual do Novo Código de Processo Civil, nenhum Tribunal pode deixar de adotar tal tese, salvo se apontar a distinção ou superação da mesma.

Aliás, colhe-se do site do STJ[4]:

> No STJ, o assunto submetido à revisão de tese está cadastrado no sistema de repetitivos como Tema 600. Processos em todo o país que estavam suspensos em virtude do julgamento da questão de ordem poderão agora ter solução com base na tese revisada pelo tribunal.[...]. O novo Código de Processo Civil (CPC/2015) regula no artigo 1.036 o julgamento por amostragem, mediante a seleção de recursos especiais que tenham controvérsias idênticas. Ao afetar um processo, ou seja, encaminhá-lo para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, os ministros facilitam a solução de demandas que se repetem nos tribunais brasileiros.

Ressalte-se que, recentemente o Superior Tribunal de Justiça concedeu a liminar no HC Nº 383.142 - SP (2016/0331573-2), em 16 de dezembro de 2016, para condenado por tráfico privilegiado em 18/9/2015 (Ante o exposto, defiro a liminar para determinar que o Juízo das execuções retifique a guia de execução penal do paciente de modo a afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado) e no HC 381.005 (condenado por tráfico privilegiado) concedida a ordem liminarmente de ofício para "para determinar o retorno dos autos ao Juízo da execução penal, a fim de que se analisem os requisitos para concessão da comutação de penas, com base nas frações estabelecidas para os crimes comuns" o que demonstra que não há como limitar temporalmente a aplicação do Tema 600.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso, para que incida a fração de 1/6 no cálculo da pena para progressão de regime do embargante.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º Vogal)

Acompanho o voto do revisor.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (3º Vogal)

Acompanho o e. revisor, Des. Dorival Moreira dos Santos, para dar provimento aos infringentes.

Oportunamente, devo ressaltar que outrora havia me manifestado acerca da impossibilidade da aplicação de tal entendimento pelo juízo da execução penal, pois a decisão da Corte Suprema não possui efeito *erga omnes* e efeito vinculante.

4 *In:* http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%Adcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-revisa-tese-e-cancela-s%C3%BAmula-sobre-natureza-hedionda-do-tr%C3%A1fico-privilegiado. Acesso em 18/01/2017, às 15h31.

Contudo, após melhor refletir sobre o assunto, entendo ser mais razoável adotar a orientação sedimentada no referido julgamento, até como forma de preservar a segurança jurídica, a economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados.

Nesse sentido, também é o posicionamento desta e. Corte de Justiça:

> EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – RECONHECIDA NA SENTENÇA – HEDIONDEZ AFASTADA – ORDEM CONCEDIDA. Considerando o recente julgamento do HC 118.533/MS, em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal, em que restou decidido que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, e ainda, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 23 de novembro de 2016, revisou a questão, cancelou a Súmula 515 e editou o Tema 600 -O tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo. (TJMS. São Gabriel do Oeste. HC nº 1414032-59.2016.8.12.0000; Rel. Des. Manoel Mendes Carli. DJE 27/01/2017)

> EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – ENTENDIMENTO DO STF – PROVIDO. Afasta-se a hediondez do tráfico privilegiado de drogas. Em junho de 2016, ao concluir a votação do HC 118533/MS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado. Recentemente, em 23.11.2016, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Pet nº 11.796/DF, sob o rito dos recursos repetitivos, revisou o posicionamento firmado no julgamento do REsp 1.329.088 e cancelou a Súmula 512 daquela Corte. Diante desse cenário, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito *erga omnes* e efeito vinculante, é a que doravante adoto por observância à segurança jurídica, economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados. Contra o parecer, dou provimento ao recurso para determinar o afastamento da hediondez do cálculo da pena. (TJMS. Nova Andradina. Agravo em Execução Penal nº 0007337-68.2016.8.12.0002; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. DJE 30/01/2017)

Portanto, com essas considerações, estou acompanhando o e. revisor, para dar provimento aos infringentes.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (4º vogal)

Marcos Lemos dos Santos opõe embargos infringentes e de nulidade objetivando a reforma do acórdão que, por maioria, negou provimento ao agravo de execução penal antes interposto.

Pugna pela prevalência do voto vencido que afastava os efeitos da Lei n.º 8.072/90 do cumprimento de pena do reeducando, possibilitando a incidência da fração de 1/6 (um sexto) para efeito de progressão de regime prisional.

O ilustre relator nega provimento ao recurso.

Voto com o e. relator pelos motivos a saber:

A decisão atacada foi assim prolatada:

> (...) o pedido da defesa deve ser indeferido.

O artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, determinou que os crimes hediondos, a tortura, o tráfico de drogas e afins e o terrorismo devem receber tratamento mais severo, vedando inclusive a graça ou a anistia. Quando o fez, determinou ao legislador que a pena para esses crimes deveria ser sempre mais severa.

Ora, bem se vê que a Constituição deixou para o legislador a escolha de quais crimes seriam considerandos hediondos, ao passo em que não deixou brecha para o tráfico de drogas, para o terrorismo ou para o crime de tortura. Veja, pode o legislador escolher, segundo critérios os mais diversos, os crimes que considera hediondos. Porém, taxou aqueles três gêneros de delitos, não sendo possível que lei infraconstitucional venha e defina que aqueles crimes poderiam receber tratamento idêntico aos crimes não hediondos.

Pois bem. Escolheu então o legislador os crimes que considera hediondo, elencando-os no artigo 1.º da Lei 8.072/90. E, em obediência ao mandamento constitucional, elencou uma série vedações e de tratamento mais rigoroso, dentre eles, com as alterações promovidas pela Lei n.º 11.464/2007, a exigência de cumprimento de pena no regime inicial fechado e a progressão de regime com dois ou três quintos de cumprimento de pena.

Em consonância com essa ideia de tratamento mais rigoroso e, certamente, preocupado com os últimos acontecimentos no que se refere ao crime organizado e à proporção com que se alastram os delitos referentes ao tráfico de drogas, fazendo um número de vítimas e de criminosos que nos escapa ao entendimento, do mesmo modo em que se torna imensurável o prejuízo experimentado pela sociedade como um todo, o legislador se moveu, revogando a Lei n.º 6.368/76, ao editar a nova Lei Antitoxicos, n.º 11.343/06, elevando sobremaneira o preceito secundário dos crimes relativos aos tóxicos, especialmente a pena de multa.

Ainda nessa seara, aos chamados "mulas", pessoas que em verdade são "usadas" pelo tráfico como meros objetos, muitas vezes servindo de "iscas" para despistar verdadeiros carregamentos de drogas, pessoas que são vítimas da própria sociedade, que aceitam a traficância por faltar-lhes o alimento, por estarem afundados em dívidas, por acreditarem que não há outra opção ou por qualquer outro motivo aparentemente altruísta, entendeu por bem o legislador, para amenizar as injustiças provocadas por uma lei que fixa pena tão severa, prever a benesse constante do artigo 33, § 4.º daquele último Diploma Legal.

Em razão dessa benesse, ultimamente, vem sendo defendido por determinada corrente que, quando o delito é atingido por aquela norma benéfica, ou seja, quando é aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei Antidrogas, o crime passa a ser privilegiado. Em consequência, possivelmente em comparação ao homicídio qualificado privilegiado, *v.g*, o tráfico deixaria de ser equiparado ao hediondo e, ainda em consequência, uma vez considerado crime comum.

Não obstante, entendo que o crime de tráfico de drogas não deixa de ser equiparado ao hediondo simplesmente em razão da benesse.

Primeiro porque a lei ordinária não pode se sobrepor à Constituição Federal. E se assim o é, o legislador não pode descaracterizar a equiparação do tráfico de crime hediondo, por mais que fixe causas de diminuição de pena. Daí porque a simples previsão da benesse não pode ser interpretada para considerar o crime de tráfico como crime comum.

Segundo porque, interpretando-se sistematicamente a Lei nº 11.343/06, não há negar que o legislador equiparou expressamente o tráfico alcançado pela causa especial de diminuição de pena ao crime hediondo, tanto que determinou, no artigo 44 que aqueles crimes são inafiançáveis, insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

> Ademais, se previu aquela norma para os crimes tipificados nos artigos 33, *caput* e § 1º, não fazendo qualquer ressalva especificamente ao crime considerado "privilegiado", é evidente que a aplicação se dá irrestritamente, vale dizer, para alcançar os crimes previstos nos artigos 34, 35, 37 e 33, este último, quando alcançado pela benesse do § 4º, já que esses delitos poderiam ser suscetíveis de alcançar o requisito objetivo "pena aplicada", exigido pelo artigo 44 do CP.
>
> Ademais, considerar o tráfico, quando alcançado pela benesse do artigo 33, § 4º, crime privilegiado e, ainda, deixando de equipará-lo ao hediondo, estar-se-ia ferindo o princípio constitucional da isonomia, já que aos artigos 34, 35 e 37 seria negado qualquer benefício ou afastamento de sua hediondez, porque possibilitado somente quando se tratasse do artigo 33. De fato, nenhuma igualdade de tratamento haveria porque àqueles delitos, mesmo preenchendo o requisito objetivo do *quantum* de pena, também objetivamente estaria vedada qualquer benesse e afastamento de sua hediondez.
>
> Somente a título de exemplo, o traficante primário receberia tratamento idêntico ao criminoso comum, ao passo em que o mero informante, figura prevista no artigo 37, seria tratado com maior rigor, por cometer figura tipicamente equiparada à hedionda, fosse ou não primário. De suma importância registrar que ambos poderiam receber tratamento benéfico, se se considerasse apenas o *quantum* de pena. Porém, o entendimento de que a benesse torna o crime privilegiado e fora do alcance da hediondez, seria o equivalente a dizer que traficar é menos gravoso do que prestar informações.
>
> Ademais, se a concessão da benesse em comento descaracteriza a equiparação da hediondez e se para conceder a benesse é necessário analisar as condições pessoais do acusado, fica patente que é a figura do delinquente e não o tipo penal que determina a hediondez, quando, é cediço, ser o contrário.
>
> Nesse passo, a existência ou não da causa de diminuição em nada interfere na natureza da figura típica.
>
> Por tais razões, indefiro o pedido da defesa e mantenho a equiparação do tráfico ao crime hediondo, dispensando o tratamento daí decorrente (...)

Pois bem.

Inicialmente, esclareço que a respeito da hediondez no crime de tráfico de drogas, vinha me posicionando no sentido de que a equiparação decorrente da Constituição Federal (art. 5º, inc. XLII) e da Lei n. 8.072/90 (art. 2º, *caput*) não poderia ser afastada pela incidência da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto trata-se de mera causa de diminuição de pena, e não da "forma privilegiada" do delito.

Nesse sentido, inclusive, era, a orientação do enunciado 512 do e. Superior Tribunal de Justiça, pois dispunha que: "a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas". Entretanto, registra-se que a Súmula supracitada fora cancelada na recente data de 28/11/16.

Porém, em recente pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu de forma contrária em caso oriundo deste Tribunal (*habeas corpus* n. 118.533/MS, em 23/06/2016), assentando o entendimento de que o delito de tráfico de drogas, com a incidência da causa de diminuição em comento, não estaria mais equiparado aos crimes hediondos.

Eis a ementa da citada decisão:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.** 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. " (HC 118533, Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico DJe-199 divulg 16-09-2016 public 19-09-2016)." (grifo nosso)

Então, sendo o STF interprete máximo da Constituição Federal, e sendo matéria decidida pelo plenário daquela Corte, haverá de ser respeitado tal entendimento, para evitar instauração de insegurança jurídica.

Contudo, há de se ressaltar a impossibilidade de aplicação deste entendimento pelo juízo da execução. Explico.

A retroatividade da lei mais benéfica é direito fundamental trazido pela Carta Magna em seu artigo 5º, XL, ao qual dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
>
> (...)
>
> XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Nesse sentido, a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, estabeleceu em seu artigo 66, as competências pertencentes ao juiz da execução. Dentre tais atribuições, está a aplicação da lei mais benéfica, mesmo que esta tenha sido publicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, como prevê o inciso I, do citado dispositivo.

Aliás, esse entendimento encontra-se exarado na súmula 611 do Supremo Tribunal Federal. *In verbis:*

> Súmula 611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo da execução utilizar a lei mais benéfica.

Entretanto, a aplicação do princípio da retroatividade mais benéfica encontra-se intimamente ligada à lei penal formalmente elaborada pelo poder legislativo, e não diz respeito a decisões judiciais.

No caso vertente, considerando que o afastamento da hediondez no crime de tráfico privilegiado trata-se de entendimento emitido pela Suprema Corte, o qual não possui força de lei, concluo pela incompetência do juízo da execução para apreciação de tal matéria.

A propósito assim decidiu este Tribunal por várias vezes, cito em seguida decisão desta mesma Câmara Criminal:

> EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – CONDENAÇÃO POR TRÁFICO PRIVILEGIADO – PRETENSÃO DE INDULTO – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ NA EXECUÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE DECLAROU EXPRESSAMENTE QUE REFERIDO DELITO É HEDIONDO – TRÂNSITO EM JULGADO – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Tendo o juízo da condenação declarado expressamente que o tráfico privilegiado é delito hediondo, não há como rever referida decisão em sede de Execução Penal, pois já transitada em julgado, sendo que o afastamento hediondez do delito deve ser requerido em sede de revisão criminal. (Decisão em 30 de agosto de 2016 da 1ª Câmara Criminal no Agravo de Execução Penal - Nº 0007518-69.2016.8.12.0002 – Dourados, Relator. Des. Manoel Mendes Carli).

Naquela decisão, o ilustre relator assim explicou, em caso semelhante ao presente:

> Portanto, como o juízo da condenação declarou expressamente que o tráfico privilegiado é crime hediondo, sem interposição de recurso pela defesa, o afastamento da hediondez do delito somente poderá ser realizada através de revisão criminal, que é a ação apta a mudar os termos da sentença condenatória, com a declaração expressa que ao delito não se aplicam os regimes mais severos previstos no art. 5º, XLIII, da CF (equiparação a crime hediondo), no art. 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006 (livramento condicional) e no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990 (progressão de regime).
>
> Observe-se que conforme consignou o Min. Teori Zavascki, do STF, "Não obstante o Plenário desta Suprema Corte haver, de fato, afastado a natureza hedionda do "tráfico privilegiado" de drogas, no julgamento do HC 118.533, em 13/6/2016, é certo que cabe à parte requerer, perante o juízo competente, os eventuais ajustes da pena, se, porventura, esse entendimento for reproduzido no caso concreto.(STF.HC 135568, Relator(a): Min. Teori Zavascki, julgado em 10/08/2016, publicado em Processo Eletrônico DJe-171 divulg 15/08/2016 public 16/08/2016). No caso, o juízo competente é a Seção Criminal, através de revisão criminal. Ante o exposto, com o Parecer , voto pelo improvimento do agravo (...)

O mesmo foi decidido em casos semelhantes, por todas as Turmas Criminais deste Tribunal. Cito em seguida:

> EMENTA - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - CONCESSÃO DE INDULTO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1.Considerando o recente julgamento do HC 118.533/MS, em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal, mas ressalvado meu posicionamento pessoal, passo a adotar, inclusive de ofício, o entendimento de que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda, aplicando-o, porém, de forma prospectiva e apenas aos processos judiciais que ainda estão em andamento ou, se já julgados, ainda passíveis de recursos, isto é, ainda não transitado em julgado.
>
> 2.Tratando-se de crime hediondo, não é possível a retificação do cálculo de pena. (Decisão em 17 de outubro de 2016 da 2ª Câmara Criminal no Agravo de Execução Penal Nº 0032134-14.2016.8.12.0001 de Campo Grande, Relator Luiz Gonzaga Mendes Marques)

Ali se fundamentou o seguinte:

> (...) Diante disso, frente às particularidades do presente caso, não é possível a aplicação desse entendimento à situação jurídica da agravante, pois na ocasião em que a

decisão judicial do Supremo Tribunal Federal foi proferida a condenação da agravante já estava definitivamente consolidada, isto é, já havia transitado em julgado.

Nesse contexto, algumas ponderações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que o entendimento pela não hediondez do tráfico privilegiado foi fruto de uma decisão judicial colegiada. Assim, embora contemple situação mais benéfica ao réu, não é possível que os efeitos dessa decisão judicial sejam aplicados retroativamente a casos já definitivamente julgados, tendo em vista que o princípio da retroatividade é intimamente relacionado à aplicação de lei penal formalmente elaborada pelo Poder Legislativo, e não a decisões judiciais.

Além disso, deve ser destacado que não se pode olvidar que a aplicação retroativa de decisões judiciais a casos já definitivamente julgados, fora das regras processuais estabelecidas, ensejaria um evidente abalo ao princípio da segurança jurídica, pela quebra da coisa julgada material, de modo a romper a estabilidade das relações jurídicas consolidadas perante o Poder Judiciário e principalmente a confiança do jurisdicionado no sistema jurídico como um todo.

Por fim, não deve ser cogitada a possibilidade aplicação dos efeitos *ex tunc* à decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal, pois o julgamento do HC 118.533/MS não contemplou hipótese de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade, mas sim de mera situação em que, o plenário da Corte, reavaliando o tema, alterou o posicionamento inicial que vinha adotando sobre a matéria até então.

Enfim, tendo em vista que, quando da prolação da decisão judicial da Suprema Corte de Justiça, o agravante já estava definitivamente condenado por sentença penal irrecorrível, não há falar em aplicação do entendimento pela não hediondez do tráfico privilegiado ao presente caso, pelos motivos acima exaltados.

Também decisão no mesmo sentido da 3ª Câmara Criminal:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECORRENTE CONDENADO COMO INCURSO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – AFASTAMENTO DE HEDIONDEZ DO DELITO – IMPOSSIBILIDADE – INCOMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO PARA APLICAÇÃO DE ENTENDIMENTO MAIS BENÉFICO – RECURSO IMPROVIDO.

I. Não obstante meu posicionamento pessoal, passo a adotar, inclusive de oficio, a orientação exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas corpus* 118.533/MS, em 23/06/2016, ao qual assentou que o crime de tráfico de drogas com a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não possui natureza hedionda.

II. Contudo, há de se ressaltar a impossibilidade de aplicação desse entendimento pelo juízo da execução criminal, haja vista que as normas constitucionais e infraconstitucionais, somente confere a este, a possibilidade de aplicação da lei penal mais benéfica, não alcançando assim, entendimentos exarados pelos Tribunais Superiores.

III. Recurso improvido. Com o parecer da PGJ. (Decisão em 27 de outubro de 2016, da 3ª Câmara Criminal no Agravo de Execução Penal - Nº 0001682-03.2016.8.12.0007 – Cassilândia, Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa).

Ante o exposto, com o parecer, acompanho o relator e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (5º Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram os embargos infringentes, nos termos do voto do revisor, vencidos o relator, a Desª Maria Isabel de Matos Rocha e o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, com ressalvas do Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

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, 22 de fevereiro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1401016-04.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ARTIGOS 171 E 288, TODOS DO CÓDIGO PENAL – ESTELIONATO – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – OPERAÇÃO CANINDÉ – AÇÃO QUE, EM TESE, TRANSPÕE FRONTEIRAS ESTADUAIS – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA – RELAXAMENTO DA PRISÃO EM VIRTUDE DA DEMORA NA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL – TESE SUPERADA – DENÚNCIA JÁ OFERECIDA – ORDEM DENEGADA.

O decreto prisional está devidamente fundamentado nas hipóteses dos artigos 312 e 313 do CPP, inexistindo constrangimento ilegal, eis que demonstrada a gravidade da conduta e a periculosidade dos agentes - organização criminosa voltada a diversos golpes em comerciantes, acarretando em prejuízos de aproximadamente R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais)-, fatores alicerçantes da prisão, com vistas à garantia da ordem pública, sobremaneira afetada pelas condutas.

Nos termos do art. 313, I, do CPP, o crime em tela é doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, somando-se a isto os pressupostos do artigo 312, daquele *Codex*.

A mantença da segregação pauta-se na necessidade de se impedir os agentes tornem a delinquir, resguardando-se a paz social.

Se já houve o oferecimento de denúncia pelo i. representante do Ministério Público, encontra-se superada a tese de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial.

Com o parecer, ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, denegar a ordem nos termos do voto do 2º Vogal, vencido o relator, após retificações dos votos.

Campo Grande, 9 de março de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado Wilson Lopes, inscrito na OAB/MT sob o n. 7.396-B, impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Fabiana Artur da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS (Inquérito Policial n. 07/2016 - DECO - Delegacia

Especializada de Repressão ao Crime Organizado, Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, autos cadastrado sob o nº 0029062-19.2016.8.12.0001 e 0032825-28-2016.8.12.0001).

O impetrante narra que se extrai dos anexos de relatório dos autos do inquérito policial 07/2016 (doc. 4), bem como da decisão que decretou a prisão preventiva da paciente (doc. 3), que no dia 01 de dezembro de 2016, em atendimento à representação policial, com a plena aquiescência ministerial, decretou-se as prisões preventivas de Demilso Paulo Ferreira Jaques, Fabiana Artur da Silva (ora paciente), Hermes Magno Santana, Higor Ferreira Lima, Jackson José Santos Orue, Joy Emerson Santin, Marina Moyses, Nelson Angelino, Tércio Moarcir Brandino, Vítor Renato Alves Barbosa e Wagner Baggio.

Aduz constar da aludida decisão que empresa "Wagner Soares Rocha Construtora Ltda.", investigada realizou diversos negócios jurídicos com várias empresas e, desse modo, teria incidido na conduta de estelionato. Autorizou-se as quebras de sigilo telefônico, bancário, busca e apreensão e, por fim, a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública, visto que a prisão se prestaria a impedir a reiteração criminosa dos fatos e desbaratar a organização criminosa, de modo que a manutenção dos investigados em liberdade abalaria a ordem pública. Outrossim, apontou a necessidade da medida por conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal, posto que os investigados não são detentores de ocupação lícita e nem culpa e se dirigiram para outro Estado, com o fim de frustrar as investigações.

Em meio à "Operação Canindé" , a paciente, cônjuge de um dos investigados, Joy Emerson Santin, foi presa, em 06 de dezembro de 2016, em sua residência, na cidade de Rondonópolis/MT e posteriormente transferida para Campo Grande-MS, no presídio feminino.

Porém, o Ministério Público, no dia 18 de dezembro de 2016, pugnou por novas diligências, sem oferecer denúncia, de forma que a paciente estaria presa há mais de 60 (sessenta) dias sem que a denúncia tenha sido ofertada, bem como as investigações já excedem 7 (sete) meses, sem conclusão, além de a paciente estar com seus bens apreendidos e longe de um filho adolescente sem os cuidados necessários e sem amparo material.

Outrossim, o impetrante afirma que a paciente é primária, detém residência fixa, profissão definida e curso superior.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Por fim, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 82-84.

As informações foram prestadas às fls. 88-89.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação às fls. 93-98.

VOTO (EM23/02/2017)

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado Wilson Lopes, inscrito na OAB/MT sob o n. 7.396-B, impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Fabiana Artur da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS (Inquérito Policial n. 07/2016 - DECO - Delegacia

Especializada de Repressão ao Crime Organizado, Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, autos cadastrado sob o nº 0029062-19.2016.8.12.0001 e 0032825-28-2016.8.12.0001).

O impetrante narra que se extrai dos anexos de relatório dos autos do inquérito policial 07/2016 (doc. 4), bem como da decisão que decretou a prisão preventiva da paciente (doc. 3), que no dia 01 de dezembro de 2016, em atendimento à representação policial, com a plena aquiescência ministerial, decretou-se as prisões preventivas de Demilso Paulo Ferreira Jaques, Fabiana Artur da Silva (ora paciente), Hermes Magno Santana, Higor Ferreira Lima, Jackson José Santos Orue, Joy Emerson Santin, Marina Moyses, Nelson Angelino, Tércio Moarcir Brandino, Vítor Renato Alves Barbosa e Wagner Baggio.

Aduz constar da aludida decisão que empresa "Wagner Soares Rocha Construtora Ltda.", investigada realizou diversos negócios jurídicos com várias empresas e, desse modo, teria incidido na conduta de estelionato. Autorizou-se as quebras de sigilo telefônico, bancário, busca e apreensão e, por fim, a prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública, visto que a prisão se prestaria a impedir a reiteração criminosa dos fatos e desbaratar a organização criminosa, de modo que a manutenção dos investigados em liberdade abalaria a ordem pública. Outrossim, apontou a necessidade da medida por conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal, posto que os investigados não são detentores de ocupação lícita e nem culpa e se dirigiram para outro Estado, com o fim de frustrar as investigações.

Em meio à "Operação Canindé", a paciente, cônjuge de um dos investigados, Joy Emerson Santin, foi presa, em 06 de dezembro de 2016, em sua residência, na cidade de Rondonópolis/MT e posteriormente transferida para Campo Grande-MS, no presídio feminino.

Porém, o Ministério Público, no dia 18 de dezembro de 2016, pugnou por novas diligências, sem oferecer denúncia, de forma que a paciente estaria presa há mais de 60 (sessenta) dias sem que a denúncia tenha sido ofertada, bem como as investigações já excedem 7 (sete) meses, sem conclusão, além de a paciente estar com seus bens apreendidos e longe de um filho adolescente sem os cuidados necessários e sem amparo material.

Outrossim, o impetrante afirma que a paciente é primária, detém residência fixa, profissão definida e curso superior.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Por fim, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 82-84.

As informações foram prestadas às fls. 88-89.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação às fls. 93-98.

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do *writ*.

Porém, a ordem merece ser denegada.

Em 1º de dezembro de 2016, o impetrado decretou as prisões preventivas (fls. 29-41):

Trata-se de medida cautelar instaurada por iniciativa da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Delegacia Especializada de Repressão ao Crime Organizado - DECO, objetivando a invstigação de suspeitos de documentos e falsidade ideológica, atingindo diversas vítimas e com faturamento ilegal que ultrapassaria a casa de 2 milhões de Reais.

A apuração pela delegacia especializada levantou que a empresa Soares Rocha Construtora LTDA nos últimos meses procedeu a locação e aquisição de máquinas pesadas, sem honrar o contrato e desapareceu com o maquinário de alto custo.

Em decisão anterior apontou-se que meados de junho de 2016 o grupo investigado teria lesado a empresa SOTRQ (Brasília-DF) que locou uma pá carregadeira e uma escavadeira hidráulica para a empresa investigada. Os bens móveis foram transportados pela Transportadora São Carlos e somariam em torno de R$ 340.000,00.

Com relação *à* vítima Via Engenharia SA também teria realizado o negócio com empresa Soares Rocha Construtora LTDA, que consistiu na alienação de míni carregadeira Caterpillar, no valor de R$ 136.000,00 mediante financiamento de 70 % do valor do bem e pagamento parcelado do remanescente.

Em maio de 2016, a empresa Tramontina Multi SA realizou a venda de dois veículos utilitários modelo Venture, no valor de R$ 114.376,00 mediante pagamento por boletos bancários.

Os fatos se repetiram com a vítima Brasil Maquinas Pesadas LTDA, com quem a empresa investigada negociou uma empilhadeira por R$ 85.000,00. A empresa Soares Rocha Construtora LTDA desapareceu com a máquina e não honrou o contrato. Não são encontrados os representantes da empresa investigada.

A Delegada apontou que para satisfazer o intento de obetenção de lucro, os integrantes de uma organização criminosa praticaram repetidos estelionatos, além da falsificação de documento público e privado.

A mesma espécie de crime praticado (em tese) pelo investigados foi encontrado em outras delegacias da Capital, tendo a mesma forma de negociação fraudulenta e como vítimas as empresa: Luiz alberto Representação-ME; Weel Tech Empilhadeira Ltda; Fibra Campo Produtos de Fibra Ltda; Pontual Brasil Petrólio Ltda e Engclarian de Clarificantes Ltda.

Em apuração perante a junta comercial, descobriu-se que a empresa investigada teria Wagner Soares da Rocha como sócio proprietário e nome fantasia WRS Construções. Em trabalho de campo a equipe da polícia observou que a empresa foi criada recentemente com o fito de aplicar golpes conhecidos por ‘Golpe de Arara’.

Foi autorizada a quebra de sigilo telefônico e monitoramento do “bando”.

Demais disso, a DECO levantou os nomes dos envolvidos nos crimes, alguns locais utilizados pela organização e respctivos celulares, representado pela intereceptação (prorrogação e inclusão) das comunicações telefônicas, busca e apreensão (prorrogação de busca e apreensão) e prisão preventiva dos investigados, sob o fundamento de tais medidas são imprescindíveis para o aprofundamento das investigações no IP n. 07/2016-DECO, instaurado para desbaratar uma organização criminosa supostamente responsável por inúmeros estelionatos de alto valor, falsificação de documento público e privado, uso de documento falso e falsidade ideológica, praticados nesta Capital e em outros Estados da Federação, por meio da criação da empresa denominada Soares Rocha Construtora Ltda.

O representante do Ministério Público (GAECO) opinou pelo deferimento do pleito.

Decido.

Tratando-se de mais de uma medida cautelar distintas, razão pela qual decidirei sobre elas em tópicos diversos:

1. Pedido de Prisão Preventiva. A Delegada Titular do DECO - Delegacia Especializada de Combate ao Crime Organizado - DECO representou pela prisão preventiva de Ademilso Paulo Ferreira Jaques, Fabiana Artur da Silva, Hermes Magno Santana, Higor Ferreira Lima, Jackson José Santos Orue, Joy Emerson Santin, Marina Moyses, Nelson Angelino, Tércio Moacir Brandino, Vítor Renato Alves Barbosa e Wagner Baggio. A apuração dos fatos pela delegacia especializada revelam a existência de organização criminosa, com atuação em mais de um Estado da Federação, voltada especificamente ao cometimento do crime de estelionato, agindo e conluio por meio de divisão de tarefas, através da prática da ação conhecida como 'Golpes de Arara'.

As investigações realizada pela delegacia especializada apurou que por meio da empresa a organização adquirira diverso produtos, de mais de um fornecedor, como máquinas pesadas e veículos, sem nenhuma contraprestação, ou seja, aplicavam vários golpes e após isso desapareceram sem deixar vestígios.

A materialidade do delito está consubstanciado nos boletins de ocorrência n. 7302/2016-DEPAC-Piratininga, 8877/2016-DEPAC-Centro, 9885/2016- DEPAC-Centro, 89/2016-DEOPES, 9237/2016-DECO, 32/2016-DECO, 2030-7DP-cg E 36/2016-DECO, registrados por várias vítimas, através dos quais fica evidente que a empresa investigada foi constituída para aplicar golpes na praça (f. 812/850).

Do mesmo modo, existem indicios suficientes da participação dos representados nos crimes investigados. As investigações delimitaram o papel de cada um dos representados na organização criminosa e no cometimento dos diversos estelionatos.

Ademais, nota-se pela farta documentação trazida aos autos pela autoridade policial, tais como declarações das vítimas e os depoimentos testemunhais, bem como as escutas telefônicas degravadas nos autos, além dos vários autos de reconhecimento fotográfico, todos produzidos através do IP n. 07/2016/DECO, que instruem a representação policial e demonstram a conduta criminosa e a contribuição de cada um dos representados na organização criminosa e no cometimento dos estelionatos.

Diante das investigações, a autoridade policial concluiu que:

1. Ademilso Paulo Ferreira - que se apresentou como 'Heitor' - era conhecido como o representante comercial da empresa fachada Soares Rocha Construtora Ltda;

2. Fabiana Artur da Silva - que se apresentou como 'FABI' - seria a atendente de balcão da empresa golpista Soares Rocha Construtora Ltda;

3. Hermes Magno Santana - seria a pessoa que durante os crimes se apresentava como 'Magno' - e que ocuparia a função de Representante Comercial da empresa Soares Rocha Construtora Ltda;

4. Higor Ferreira Lima - seria a pessoa que durante os crime se apresentava como 'Alessandro' - ocupava a função de representante comercial da empresa Soares Rocha Construtora Ltda;

5. Jackson José Santos Orue - seria a pessoa que durante os cirme se apresentava com 'Jackson' - ocupava a função de representante comercial da empresa Soares Rocha Construtora Ltda;

6. Joy Emerson Santin - seria a pessoa que durante os crimes se apresentava como 'João' e também como 'Wagner' - indicando que era o proprietário da empresa Soares Rocha Construtora Ltda;

7. Marina Moyses - seria a pessoa que durante os crimes se apresentava como 'Cláudia' - seria então responsável pelo setor financeiro da empresa fachada Soares Rocha Construtora Ltda;

8. Nelson Angelino - seria a pessoa que durante os crimes se aprentava como 'Sebastião' - atuava como uma espécie e gerente da empresa golpista Soares Rocha Construtora Ltda;

9. Tércio Moacir Brandino, seria o 'contador' da empresa golpista Wagner Soares Rocha Construtora, responsável pelo trâmite legal da empresa em Cartórios Notariais e Junta Comercial de Mato Grosso do Sul - JUCEMS, possuindo vasto histórico criminal em crimes correlatos a estelionato e falsificação de documentos;

10. Vitor Renato Alves Barbosa, participava ativamente Organização Criminosa, atuando como uma espécie de responsável pela logística da empresa Soares Rocha Construtora Ltda, providenciando as instalações de telefones habilitados em nome de 'laranjas', mesas, cadeiras, contratando caminhões guincho para transportar o equipamento oriundo dos estelionatos.

Nesse contexto, tendo em vista a farta comprovação da materialidade do delito e os indícios robustos de autoria, tenho que por presente o *fumus comissi delicti*.

Também presente está o periculum libertatis, na medida em que, como narrado acima e obtido por intermédio das investigações implementadas, os investigados compõem um grupo criminoso, voltado à prática de diversos crimes, tais como estelionato e falsidade documental, realizando locações e aquisições, mediante fraude, de máquinas e veículos de diversas empresas, sem nenhuma contraprestação, por meio dos quais já auferiram aproximadamente o montante de R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em desfavor de até então catalogadas 12 (doze) empresas.

Ademais, nota-se dos autos que as investigações apontam o envolvimento dos representados em outros delitos, revelando a probabilidade concreta de reiteração criminosa;

Dessa forma, reputo imprescindível a decretação da prisão preventiva dos investigados como garantia da ordem pública, pois como restou demonstrado, a prisão dos investigados servirá para impedir a reiteração criminosa dos fatos e desbaratar a organização criminosa, de modo que a manutenção em liberdade dos investigados abalaria a ordem pública.

Também necessária a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para garantia da aplicação da lei penal, pois, como explanado, há forte indícios de que os investigados, não são detentores de ocupação lícita nem residência fixa, uma vez que todos se ausentaram do distrito da culpa e dirigiram-se para outro Estado desta Federação, visando frustrar o sucesso das investigações.

Assin, pelo todo exposto, havendo prova segura da materialidade e indícios de autoria, objetivando garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e visando garantir a aplicação da lei penal, decreto a prisão preventiva dos investigados

Ademilso Paulo Ferreira Jaques, Fabiana Artur da Silva, Hermes Magno Santana, Higor Ferreira Lima, Jackson José Santos Orue, Joy Emerson Santin, Marina Moyses, Nelson Angelino, Tércio Moacir Brandino, Vítor Renato Alves Barbosa e Wagner Baggio, o que faço com fundamento no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Expeça-se os respetivos mandados de prisão preventiva.

Juntado aos autos o resultado da diligência, vista ao MP-GAECO e conclusos.

2. Pedido de busca e apreensão.

A autoridade policial também solicita seja expedido mandado de busca e apreensão, bem como solicita a prorrogação dos mandados de busca e apreensão expedidos e já decretados nos locais anteriormente declinados, com a finalidade de que possam ser cumpridos no momento oportuno, através de Ação Controlada, argumentando que, após a prisão dos integrantes da organização, serão apreendidos os objetos produtos dos crimes, nos locais informados pela autoridade policial.

Analisando detidamente o pedido, mormente os documentos que o acompanham, tenho que merece deferimento.

Observa-se dos documentos ora apresentados pela autoridade policial durante o período de interceptações telefônicas, devidamente autorizadas por este juízo (em apenso), foi possível a obtenção de provas da materialidade e autoria, as quais deram guarida a presente decisão que decretou a prisão preventiva de 11 investigados.

Em razão disso, a autoridade policial representa pela expedição de 5 mandados de busca a apreensão, além da renovação do prazo dos mandados já expedidos, para serem efetivaos em momento mais oportuno, através de ação controlada, nas residências dos integrantes do grupo e também dos locais/empresas que supostamente foram utilizados pela organização criminosa para o armazenamento de veículos, maquinas e objetos ilegalmente adquiridos por eles.

Portanto, como assevera a autoridade policial, a medida servirá para colher maiores elementos de convicção da ocorrência do delito, principalmente de estelionato, mostrando-se, efetivamente imprescindível a realização da busca e apreensão nas residências dos integrantes do grupo e também nos locais/empresas que seriam utilizadas pela organização criminosa (f. 795-801).

O representante do Ministério Público (GAECO) opinou pelo deferimento do pleito.

Sabidamente, na investigação de crimes a polícia precisa agir rapidamente sob pena de frustrar o flagrante e até mesmo o êxito das investigações.

Resta evidente o interesse público na apuração de possível práticas ilícitas nos limites da Comarca de na comarca de Rondonópolis/MT, como apontou a Polícia Civil.

A privacidade é uma garantia constitucional que pode ser mitigada naqueles casos em que o interesse público exige a ação estatal na apuração do crime, e mesmo, no intuito de se evitar crime mais grave.

É nítida a aplicabilidade do art. 240, § 1º, b, e, h do CPP, caracterizando a necessidade da medida.

Diante dos meios utilizados pelos investigados para a prática dos delitos em comento, conforme já narrado acima, vislumbrando necessário ao sucesso das investigações, nos termos do que preceitua o artigo 240, § 1º, 'b', 'e' e 'h' do CPP c/c artigo 3º, III, da Lei 12.850/13, acolhendo a manifestação ministerial, autorizo o pedido de busca e apreensão, das máquinas e equipamentos e, ainda, quaisquer elementos de convicção relativos aos ilícitos, em tese, praticados pelos investigados, localizadas em locais públicos ou estacionamentos, pátios privados, se dê mediante ação controlada, no momento mais oportuno do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Defiro ainda, a prorrogação por mais 15 dias, dos mandados de busca e apreensão citados pela autoridade policial às f. 797-801.

Em não havendo especificação de endereços, não é possível autorizar busca indiscriminada a qualquer residência ou 'interior' dos prédios de empresas, salvo oportuna complementação justificada do pedido.

Os bens a serem apreendidos são aqueles descritos nos itens da representação policial (f. 796-801), com relação a constar do ofício.

A presente determinação judicial tem validade por 15 dias e deverá ser cumprida durante o DIA, atendendo os dispositivos do art. 245 do CPP.

3. Pedido de interceptação de comunicação telefônica.

Por fim, a autoridade policial representou pela interceptação (prorrogação e inclusão) das comunicação telefônicas dos números e aparelhos celulares (IMEI) utilizados pelos representados Ademilso Paulo Ferreira Jaques, Fabiana Artur da Silva, Hermes Magno Santana, Higor Ferreira Lima, Jackson José Santos Orue, Joy Emerson Santin, Marina Moyses, Nelson Angelino, Tércio Moacir Brandino, Vítor Renato Alves Barbosa e Wagner Baggio.

Destaque-se que no último período foram interceptados diálogos envolvendo todos os investigados acima, que notadamente comprovaram o envolvimento de todos na organização criminosas especializada em delitos de estelionatos, falsificação de documento público e particular, uso de documento falso e falsidade ideológica.

A DECO levantou os nomes envolvidos nos crimes e os seus respectivos celulares, postulando em juízo a quebra do sigilo telefônica, escuta telefônica e autorização para ação controlada.

O representado do Ministério Público (GAECO) opinou pelo deferimento do pleito.

Com efeito, de acordo com a regra constitucional 'é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII), tendo a Resolução n. 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça regulamentado o procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, o qual somente *é* cabível existindo indícios razoáveis da existência de organização criminosa e não havendo outros meios disponíveis para produzir a prova pretendida (Lei nº 9.296/1996, art. 2º).

Ademais, a Lei nº 12850, de 02 de agosto de 2013, definiu organização criminosa, dispondo sobre a sua investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e procedimento criminal. Nos termos da nova lei, em regra, 'considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter,

direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional'.

Da análise da investigação, extrai-se que as investigações levadas a efeito pela DECO demonstrou a atuação de verdadeira organização criminosa, voltada ao estelionato de grande vulto e crimes correlatos.

Mais que isso, por meio de fontes abertas e fechadas, trabalho de campo e colaboração anônima ou não, os investigadores lograram descobrir (Relatório de Investigação) o modo de atuação e possíveis integrantes do 'esquema', a demonstrar, portanto, que estão atendidas as exigências previstas no art. 2º, da Lei n.º 9.294/96, restando claro que há indícios da autoria e participação de cada um deles na empreitada criminosa.

Os fatos expostos pela autoridade policial revelam, portanto, que há indícios seguros de que os envolvidos estão agindo, de forma estruturada e com tarefas pré-delimitadas, para a prática de falsificação de documentos e estelionatos diversos, revelando-se realmente necessária a interceptação da comunicação telefônica de tais pessoas, mormente porque a prov pretendida não pode ser obtida por outros modos, a teor do art. 2º, inciso II, da Lei 9.294/96.

É prudente registrar, uma vez mais, que a autoridade policial desenvolveu minucioso trabalho de investigação a partir do IP nº 07/2016-DECO, demonstrando que a medida pretendida não se revelará isolada, mas sim mais um meio, ora imprescindível, para desbaratar a organização criminosa, mormente para a identificação de outros integrantes da quadrilha, delimitação da ação de cada um dos seus membros, apuração de seu modus operandi, e interrupção em definitivo da atividades criminosas.

Entretanto, tenho por oportuno ressaltar que, com o advento da Portaria nº 13/2015 do Fórum local, mais precisamente em seu item '7', a 'senha' que normalmente é gerada pela operadas da telefonia deverá ser fornecida unicamente à autoridade subscritora do pedido, e não aos agentes de inteligência.

Diante dos meios pelo investigados para a prática dos delitos em comento, conforme já narrado acima, vislumbrando necessário ao sucesso das investigações, nos termos do artigo 3º, III da Lei 12.850/13, mantenho a autorização de ação controlada'.

Quanto ao acesso automático ao cadastro, dados pessoais de interlocutores que mantenham contato com as pessoas monitoradas, entendo que tal acesso não pode ser automático. Deverá a Autoridade Policial motivar qual conversa *é* de interesse para a investigação e apenas assim, será analisado em concreto a necessidade do afastamento do sigilo do cadastro.

Filio-me a maioria da doutrina que entende que tal autorização não pode ser genérica e abstratamente considerada.

Assim, diante de todo exposto, a fim de se angariar mais provas acerca da provável atuação de agentes para a prática dos crimes, vislumbrando imprescindível para o deslinde das investigações, autorizo a interceptação telefônica com monitoramento no telefone celular bem como seus respetivos 'IMEI' e conteúdo SMS, MMS, WAP, WEP e localização 'ERB' em tempo real, com informação dos dados cadastrais e extratos dos números relacionados, pelo período determinado de 15 (quinze) dias, a seguir relacionados, ficando vedada a interceptação de outros números não discriminados abaixo:

(...)

Consigno que inadmissível a prorrogação automática do período de interceptação da comunicação telefônica, uma vez que eventual prorrogação deve ser fundamentada e justificada pela complexidade das investigações e sempre pautada em elementos de prova colhidos no primeiro período de investigação e relatados ao Juízo (Resolução do CNJ nº 59/2008, art. 14).

No ensejo, determino, ainda, que as operadoras de telefonia, em nível nacional, forneça, dos dados cadastrais, cadastro dos usuários, históricos de ligações, além de todos os meios técnicos necessários à operacionalização da interceptação (artigo 7º da Lei 9.2096/96) à autoridade policial: Dra ....

Com exceção das últimas tabelas de f. 803/804 (prorrogação) deverão ser solicitados os históricos das ligações desde o dia 01/01/2016 para os demais números e IMEIs solicitados.

Registro que a autoridade policial fica incumbida, nos termos do artigo 6º, § 2º, da Lei 9.29696, de encaminhar a este Juízo, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, o resultado das interceptações, acompanhada de auto circunstanciado, contendo o resumo das operações realizadas.

Oficie-se às operadoras de telefonia, cientificando-as do deferimento do pedido de interceptação de comunicação nas linhas móveis (...)"

O pedido de relaxamento da prisão foi assim indeferido (0029062-19.2016.8.12.0001; fls. 224-226):

O pedido não comparta deferimento.

Como bem asseverado pelo MP, o prazo para a conclusão do inquérito policial previsto no dispositivo indicado pela defesa é entendido pela jurisprudência Pátria como parâmetro, prazo este que, em caso de real necessidade e havendo justificativa plausível, pode, sim se extrapolado. Aliás, é nesse exato sentido o julgado colacionado pela própria defesa à f. 1422-3, o transcrevo para perfeita análise:

'Ementa: *HABEAS CORPUS* – ROUBO -DESPROPORCIONALIDADE E INJUSTIFICADA PARA CONCLUSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL – EXCESSO DE PRAZO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO – *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO. Configura-se constrangimento ilegal por excesso de prazo a prisão preventiva do paciente que aguarda a conclusão do inquérito por período superior ao previsto em lei sem qualquer justificativa plausível emergente dos autos (...)".

De fácil constatação que, em caso de excesso de prazo, 'sem qualquer justificativa plausível emergente dos autos', deve ser cessada a custódia cautelar.

Não é esse o caso destes autos.

Com a instauração da presente medida cautelar e após longo período de exaustivas investigações, foi possível apurar que os investigados acima mencionados, juntamente com outros, aliaram-se em verdadeira organização criminosa para a prática reiterada dos crimes de estelionato, falsidade ideológica e documental, resultando em prejuízo de grande monta às vítimas.

Por intermédio das exaustivas investigações implementadas, seja por medidas de campo, seja por interceptações telefônicas e/ou outras medidas investigativas, a autoridade policial logrou identificar os integrantes da quadrilha ora os investigados, dentre os quais destacam-se investigados que ora requerem o relaxamento da prisão.

A propósito, cumpre destacar que os bens fruto dos crimes de estelionato perpetrados pelos investigados, os quais causaram prejuízos de grande monta paras as várias vítimas foram apreendidos em outros Estados da Federação, situação que evidencia o alto grau de complexidade da atuação da quadrilha.

Nesse contexto, havendo pluralidade de investigados, assim como de vítimas de crimes perpetrados, à luz do princípio da razoabilidade, não se verifica constrangimento ilegal na manutenção dos investigados em custódia cautelar enquanto necessária para o sucesso das investigações. É nesse sentido o entendimento que vigora na mais alta Corte de Justiça deste País:

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33, *caput,* e 35 da Lei n. 11.343/2006). 3. Prisão preventiva. Necessidade da custódia cautelar para garantir a ordem pública. 3.1. Gravidade concreta do delito: grande quantidade de droga apreendida (4,24 kg de cocaína). 3.2. Acusado que responde a outra ação penal no mesmo juízo processante, também por crime de tráfico (real possibilidade de reiteração delitiva). 3.3. Fundamentação idônea que recomenda a medida constritiva. 4. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa. 4.1. Pluralidade de réus e expedição de carta precatória para oitiva de testemunha. Demora justificada. 5. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada, com recomendação de celeridade no julgamento da ação penal. " HC 133.056 / CE – CEA *Habeas Corpus* – Relator(a): Min. Gilmar mendes – Julgamento 07/06/2016 órgão julgador: Segunda Turma.

Não é diverso o posicionamento adotado no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO. *MODUS OPERANDI* DELITIVO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS (COCAÍNA: 148 GRAMAS - 315 PORÇÕES; MACONHA: 7,88 KILOGRAMAS - 1.655 PORÇÕES). MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto (...) HC 376.565 - *HABEAS CORPUS* - 2016/0284234-4 - Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Em consonância ao entendimento das Cortes Superiores, o E. Desembargador Manoel Mendes Carli, em julgamento recente, reafirmou que inexiste constrangimento ilegal a manutenção da prisão cautelar enquanto não verificada ofensa ao princípio da razoabilidade caracterizada por desídia nas investigações:

EMENTA *HABEAS CORPUS* PRISÃO PREVENTIVA POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – EXCESSO DE PRAZO AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO MAGISTRADO – ORDEM DENEGADA.

Constitui entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça que somente configura constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, a mora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, consubstanciada em desídia do Poder Judiciário ou da acusação, jamais sendo aferível apenas a partir da mera soma aritmética dos prazos processuais. (STJ. HC 350.280/CE, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 24/11/2016)" HC 1412701-42.2016.8.12.000 *Habeas Corpus* / Roubo Majorado – Relator Des. Manoel Mnedes Carli -Comarca: Maracaju – Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal – Data do julgamento: 13/12/2016.

> Assim, considerando que a investigação versa sobre quadrilha altamente organizada, havendo pluralidade de investigados, vítimas e de crimes perpetrados, em observância ao princípio da razoabilidade e com fundamento no entendimento consolidado nas Cortes Superiores, bem como no Tribunal de Justiça deste Estado, dada a alta complexidade das investigações, não vislumbrando excesso de prazo, indefiro o pedido de relaxamento de prisão formulado pelos invetigados Nelson Angelino, Marian Moyses, Hermes Magno Santana e Higor Ferreira Lima (...)

Bem assim, ao menos neste interregno, tenho por bem que a prisão pauta-se em alicerces bastantes robustos.

Ademais, ao que parece, o grupo já praticava tais atos criminosos também no território do Estado do Mato Grosso, estando também sob investigação presidida por autoridade policial daquele.

No caso em comento, em atenção aos argumentos expendidos pela defesa e às cópias que acompanharam a impetração, não vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão da ordem, eis que não transparece qualquer ilegalidade ou abuso de poder no ato atacado, salvo ulterior modificação.

Da decisão vergastada é de se concluir ter o juízo originário agido com o costumeiro acerto.

Os crimes investigados são punidos com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, confortando-se os fatos, com isto, ao texto do artigo 313, I, do Código de Processo Penal.

Também presentes os pressupostos, prova da existência do crime e indícios da autoria, atente-se.

A materialidade está demonstrada.

Os indícios de autoria são verificados através dos depoimentos dos agentes de polícia, dotados de coerência e idoneidade, salvo prova contrário.

Nisto, necessária uma melhor análise do feito, devendo-se submeter à apreciação do colegiado.

Neste passo, materializados estão os pressupostos embasadores da segregação, atraindo a presença do *fumus commissi delicti.*

Já o *periculum libertatis* está fundado na necessidade de se ver garantida a ordem pública e a aplicação da lei penal, haja vista a diversidade de vítimas, em tese, alvo dos atos do grupo, no qual também agia o paciente.

Como se vê, idônea a fundamentação da decisão que decretou a medida constritiva, posto que não demonstraram aptidão ao convívio social e que, em liberdade, voltarão a delinquir.

Quanto à tese de excesso de prazo para oferecimento da denúncia, tenho que os prazos são peremptórios e, portanto, não podem ser concebidos de modo inflexível, comportando ressalvas de acordo com a análise de cada caso concreto.

Bem assim, só haverá constrangimento ilegal, ocasionado pelo excesso de prazo, quando identificada na conduta do magistrado, ou mesmo do membro do Ministério Público, a ação ou omissão que possa importar no atraso dos atos processuais, o que não ocorre no caso em comento.

Compulsando os autos, emergem elementos de que se trata de investigação deveras complexa, pautada em provas só atingidas por ordens judicias, haja vista o caráter sigiloso, devidamente fundamentas e de período exíguo para consecução, conforme o bem destacado nas informações prestadas:

(...) Em atenção ao ofício 1514/2017, extraído do HC impetrado pelo advogado Wilson Lopes em favor da paciente Fabiana Artur da Silva, número em epígrafe, presto-lhe as informações requisitadas.

O impetrante alega excesso de prazo na prisão da paciente porque está aguardando a conclusão do inquérito policial a mais de 60 (sessenta) dias, confgurando, segundo a inicial, o constrangimento ilegal passível de correção via HC.

A paciente foi presa após investigação do GAECO, que constatou fortes indícios da sua participação em uma organização criminosa que aplicavam diversos golpes em comerciantes, acarretando em prejuízos de aproximadamente R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

A decisão que decretou a precisão reconheceu a presença de fortes indícios de autoria e materialidade dos delitos imputados aos indiciados e à paciente, considerando que durante a investigação foram efetuadas escutas telefônicas e produzidas provas materiais e testemunhais. A prisão se deu para garantia da ordem pública a fm de evitar a continuidade delitiva pela acusada e visando a garantia da aplicação da Lei Penal, considerando que não há comprovação de atividade lícita pelos enolvidos.

Imperioso ressaltar que o procedimento de investigação aponta que os fatos ocorreram em mais de um Estado da Federação e que há fortes indícios de que os envolvidos, incluindo a paciente, formam uma quadrilha especializada em praticar crimes de falsidade e estelionato, com funções bem defnidas, demonstrando a formação de organização criminosa.

A investigação, com efeito, é extremamente complexa diante da peculiaridade de atuação dos envolvidos e da difculdade de se localizar os bens adquiridos mediante as ações ilícitas que lhes são imputadas. Por estes motivos o pedido de revogação da prisão preventiva foi indeferido e a paciente e demais envolvidos encontram-se presos.

Eram estas, senhor relator, as informações que me cabiam prestar, colocando-me *à* inteira disposição de V. Exa. para outros esclarecimentos que entender necessários.

Sem mais, reitero meus protestos de consideração e Apreço.(...)

Logo, concluo pela inexistência de constrangimento ilegal, ante às particularidades do feito.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. 2. Formação de quadrilha, receptação e estelionato. 3. Pedido de liberdade provisória. 4. Demonstrada a necessidade da segregação provisória para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, tendo em vista a comprovação da periculosidade do acusado, líder de organização criminosa. Alta probabilidade de que, em liberdade até o trânsito em julgado da ação penal, dê prosseguimento *às* atividades ilícitas. Precedentes. 5. Alegação de excesso de prazo na formação da culpa. Não ocorrência. Complexidade do feito (pluralidade de réus, defensores e testemunhas). Processo concluso aguardando sentença. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada." grifei (HC 131055, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, Processo Eletrônico DJe-078 divulg 22-04-2016 public 25-04-2016)

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – USO DE DOCUMENTO FALSO – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – INEXISTENTE – INSTRUÇÃO DO FEITO DENTRO DE UMA RAZOABILIDADE – PRESENÇA DOS

PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DISPOSTOS NOS ARTIGOS 312 e 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA.

I - Os prazos indicados para a conclusão da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, pois variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência os têm mitigado, à luz do Princípio da Razoabilidade.

II - Não há que se falar em excesso de prazo, considerando a complexidade do feito e a necessidade de expedição de cartas precatórias, o que por si só atrasa o feito, considerando a necessidade da maior número de atos. Dentro da razoabilidade, à luz da proporcionalidade, não há que se falar em demora para a formação da culpa. No presente caso, a alegada mora atribuída ao Judiciário Estatal inexiste. Pois, verifica-se que o processo está seguindo seu trâmite regularmente, não estando paralisado.

III - Não há falar em revogação da prisão preventiva se a situação estiver inserida em uma das hipóteses do art. 313 do Código de Processo Penal e, também, estiverem preenchidos os requisitos e fundamentos legais do art. 312 desse mesmo *Codex*. A gravidade dos crimes cujo cometimento é supostamente atribuído ao paciente, bem como pelas condições em que foi cometido, revela-se desafiadora à segurança da sociedade, bem como aos bens jurídicos atingidos diretamente, situação que reclama uma providência imediata do poder público, sob pena de se pôr em dúvida até mesmo a legitimidade e finalidade do exercício da jurisdição penal." grifei (Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Ponta Porã; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 08/11/2016; Data de registro: 27/01/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA NO ATO IMPUGNADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA ORDEM ECONÔMICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE EM CONCRETO DO CRIME. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal. Precedentes: HC 109.723, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 27.06/2012; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27/05/2011. 2. O princípio da proporcionalidade aplica-se na duração da instrução criminal, de modo a evitar a impunidade em casos de aguda complexidade. Precedentes (HC 103.385, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011; HC 92.719, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008; HC 105.133, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010; HC 102.062, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010). 3. O excesso de prazo não resulta de simples operação aritmética, uma vez que a complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal. 4. *In casu*, a) O paciente foi denunciado e teve a prisão preventiva decretada em 20/08/2013, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 288, *caput*, (quadrilha); no art. 171, *caput* (estelionato por no mínimo 420

vezes); no art. 171, § 2º, VI (fraude na entrega da coisa, por pelo menos 4 vezes); no art. 168, *caput*, (apropriação indébita por pelo menos 2 vezes), todos do Código Penal e no art. 65, *caput*, da Lei 4.591/1964 (crimes contra a economia popular, por pelo menos 489 vezes) (...) A prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica e para assegurar a aplicação da lei penal, em razão das circunstâncias do caso concreto, em destaque para o prejuízo causado à coletividade, estimado em R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)(...) A supressão de instância inequívoca revela-se a malferir o princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) na hipótese em que o *writ* impetrado nesta Corte versa a mesma fundamentação submetida ao Tribunal inferior. Precedentes: HC 107.053-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/04/11; HC 107.415, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 23.03.11; HC 104.674-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23.03.11; HC 102.865, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 08.02.11. 7. Agravo regimental desprovido."(HC 121386 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014, Processo Eletrônico DJe-090 divulg 12-05-2014 public 13-05-2014)

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE ESTELIONATO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691-STF. DECISÃO DE RELATOR, NO STJ, QUE INDEFERIU LIMINAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NA DECISÃO IMPUGNADA. PERICULOSIDADE SOCIAL DEMONSTRADA. PACIENTE QUE UTILIZA DEZ NOMES FALSOS E *É* PRESO NA FRONTEIRA COM OUTRO PAÍS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. O *habeas corpus* contra decisão de relator que, em HC impetrado no Tribunal *a quo*, indefere a liminar, *é* inadmissível, sob pena de supressão de instância (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB e Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal). Precedentes (HC 103446/MT, rel. Min. Cezar Peluso, 13/04/2010; HC 107053 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 29/03/2011). 2. A relativização do entendimento sumulado só é admitida por este Tribunal em casos de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que não se verifica nos autos. Precedentes: HC 102668/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, 05/10/2010; HC 84.014/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25/06/2004; HC 85.185/SP, Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 01/09/2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, 10/10/2006. 3. *In casu*, a prisão cautelar restou suficientemente fundamentada na necessidade de assegurar a instrução criminal e a aplicação da lei penal, porquanto a periculosidade social do paciente que utiliza dez nomes falsos, a sua evasão do distrito da culpa e a posterior captura na fronteira com a Argentina são dados suficientes para demonstrar a necessidade da custódia preventiva e a ausência de teratologia ou patente ilegalidade que autorize a suprimir instâncias. 4. A complexidade da causa e a pluralidade de réus demandam prazo razoável para a conclusão do processo, sendo certo que o excesso não deve resultar de simples operação aritmética, mas, antes, da conjugação de diversos fatores concretamente demonstrados. Precedentes: HC 104845/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 10/8/2010; HC 101110/CE, Rel. Min. Eros Grau, 2ªTurma, DJ de 12/2/2010; HC 95064/BA, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 14/8/2009; HC 96775/PA, red. P/ acórdão Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 28/5/2010; HC 97900/SP, red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, Dj de 16/3/2010. 5. No caso sub judice, essa complexidade se verifica da própria dinâmica dos fatos imputados ao paciente, vários delitos de difícil apuração consistentes em estelionatos tentados e consumados, em concurso de pessoas e material, falsidade ideológica e uso de documento falso, por cinco vezes, em continuidade delitiva, constando nos autos que o paciente e a corré utilizavam-se de diversos documentos material e ideologicamente falsos para a prática de crimes, falsificando, inclusive, ofícios judiciais para a liberação de importâncias bloqueadas pela Justiça e produzindo inúmeras documentações falsas no bojo de ação judicial. 6. Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento da ordem. 7. *Habeas corpus* não conhecido. grifei (HC 107339, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/11/2011, Processo Eletrônico DJe-234 divulg 09-12-2011 public 12-12-2011)

Conclui-se, então, que não há, *in casu,* ilegalidade ou constrangimento ilegal a ser sanado por meio deste remédio constitucional, ratificado pela presença dos pressupostos autorizadores da medida, razão pela qual deve ser mantida.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1º Vogal)

Peço vênia para discordar do eminente relator, para conceder a presente de ordem de *Habeas Corpus*.

De fato, trata-se de caso de extrema gravidade, que demandou intensas investigações em mais de um Estado da Federação, não se olvidando da dificuldade que tal fato demanda.

Entretanto, o único fator que me leva a assim decidir é a flagrante lesão aos artigos 10 e 46, ambos do CPP, eis que a paciente encontra-se presa há pelo menos 80 (oitenta) dias, e ainda não foi oferecida a denúncia.

O artigo 10 do CPP estabelece o prazo de 10 (dez) dias para o encerramento do inquérito policial quando o indiciado estiver preso.

Guilherme de Souza Nucci, em "Código de Processo Penal Comentado", 15ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 87, ensina que "estabelecendo a lei um prazo determinado para findarem as investigações policiais, que se refiram a indivíduo preso em flagrante ou preventivamente, deve ser cumprido à risca, pois cuida de restrição ao direito fundamental à liberdade. Note-se que o decêndio é o mesmo tanto no caso de prisão em flagrante, quanto no momento em que, durante a fase de investigação, representar a autoridade policial pela preventiva, sendo esta deferida pelo magistrado. É importante destacar que eventuais diligências complementares, eventualmente necessárias para a acusação, não são suficientes para interromper esse prazo de dez dias – ou outro qualquer estipulado em lei especial (ver a nota 57 infra) -, devendo o juiz, se deferir a sua realização, determinando a remessa dos atos de volta à polícia, relaxar a prisão".

Por sua vez, o artigo 46 do CPP estabelece o prazo de 05 (cinco) dias para o oferecimento da denúncia em tal situação.

Tem-se nos autos que o inquérito teria sido remetido ao Ministério Público em 18.12.2016, e ao invés de ser oferecida a denúncia, formulou-se pedido de cumprimento de uma série de diligências, e no dia 13 de janeiro houve o declínio da atribuição da 62ª Promotoria de Justiça local, de maneira que somente depois disso é que os autos retornaram à Delegacia.

Lesa-se, assim, o devido processo legal, caracterizando o constrangimento ilegal, posto que qualquer acusado ou indiciado, por mais grave que seja o delito praticado, não pode permanecer preso, à disposição do Estado, por prazo indeterminado, sem sequer saber, efetivamente, por meio de uma denúncia, qual a real acusação que sobre si pesa.

São estas as razões pelas quais, divergindo do eminente relator, concedo a presente ordem de *habeas corpus*, para permitir que a paciente passe a responder ao processo em liberdade, caso por outro motivo não estiver presa, mediante o cumprimento das seguintes condições: comparecimento mensal em juízo para comprovar o endereço atual e suas atividades; comparecer a todos os atos processuais de que for intimado; c) não se ausentar da comarca sem prévia autorização do juízo competente; recolher-se à residência no máximo até as 22:00 horas; não frequentar bares e/ou restaurantes nem locais de aglomeração de pessoas nem ingerir bebida alcoólica; não se aproximar das testemunhas.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Retifico o meu voto para acompanhar o Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva.

Conclusão de julgamento adiado para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 2° vogal (Des. Dorival Moreira dos Santos), após, o 1º vogal conceder a ordem e o relator retificar seu voto, para acompanhá-lo.

VOTO (EM 09/03/2017)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (2º Vogal)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, em que o impetrante salienta que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal por excesso de prazo para a conclusão do inquérito; e que não estariam presentes os requisitos da segregação cautelar, em razão da ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva.

O relator, Des. Francisco Gerardo de Sousa, quando da primeira votação em plenário, decidiu pela denegação da ordem, ao argumento de que não estaria presente o constrangimento ilegal alegado, pelo impetrante.

Após pedido de vista pelo primeiro vogal, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, este apresentou voto para a concessão da ordem, para o fim de relaxar a prisão por excessos de prazo, em razão da ausência de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público Estadual, oportunidade em que o relator, revendo seu posicionamento, acompanhou o voto divergente.

A ordem deve ser denegada.

Quanto à análise dos requisitos da prisão preventiva, acompanho o relator quando da primeira votação, uma vez que o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado, uma vez que restou demonstrada a gravidade das condutas criminais, em tese, imputadas e a periculosidade dos agentes.

Em relação à alegação de excesso de prazo para a conclusão do inquérito policial, entende-se que esta tese encontra-se superada. Isto porque, conforme se verifica dos autos de nº 0032825-28.2016.8.12.0001, em curso na 5ª Vara Criminal de Campo Grande-MS, em 24 de fevereiro de 2017, o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor dos pacientes, imputando-lhes os crimes previstos no art. 1º, § 1º e art. 2º, ambos da Lei nº 12.850/2013; art. 171, *caput*, do Código Penal, por 13 (treze) vezes (Código Penal, art. 71); art. 297 (falsificação de documento público) do Código Penal; e, art. 299 (falsidade ideológica) do Código Penal, com o devido recebimento, pelo juízo *a quo*, em 06.03.2017.

Além disso, mostra-se oportuno registrar que é pacífico o entendimento da jurisprudência no sentido de que o prazo para a conclusão do inquérito e da instrução criminal não é improrrogável, tampouco possui fatalidade absoluta. Logo, é necessário que se faça uma contagem de forma global e uma análise razoável das circunstâncias pertinentes ao caso concreto, observando todo o procedimento à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que a demora em uma das fases do processo poderá ser compensada em outra.

Neste sentido é o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO, FALSIFICAÇÃO DO SELO OU SINAL PÚBLICO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO

AUTOMOTOR. FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

1. **Com o protocolo da peça acusatória pelo *Parquet* e seu recebimento pelo Juízo, superada está a alegação de excesso de prazo no oferecimento da denúncia.**

2. Havendo prova da materialidade, indícios de autoria delitiva e tratando-se de paciente que, em processo a que responde por crime da mesma espécie, foi beneficiado com a liberdade provisória, voltando a cometer delitos, impõe-se manter o decreto da prisão preventiva em garantia da ordem pública, resultando insuficiente, neste momento, a aplicação das medidas cautelares alternativas.

3. Eventuais condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da prisão preventiva.

4. Ordem denegada. (HC 375.511/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 01/12/2016)" (destaquei)

Diante da presença dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar e mediante as circunstâncias do caso em concreto que revelam a efetiva necessidade da custódia cautelar, não há constrangimento ilegal a ser sanado pelo *writ*.

Por tais fundamentos, necessário o cárcere e incabível a substituição da prisão preventiva por quaisquer outras medidas diversas da prisão elencadas no art. 319, do Código de Processo Penal, por serem insuficientes e inadequadas ao caso concreto.

Com o parecer, divergindo, em parte, do relator, denego a ordem.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (1º Vogal)

Sr. Presidente.

Após ouvir atentamente o voto de V. Exa., e considerando que denúncia já foi oferecida, verifico que o constrangimento que motivou minha divergência já deixou de existir.

Assim, e atento à extrema gravidade dos fatos, retifico meu voto para acompanhar V. Exa., Des. Dorival, e denegar a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, denegaram a ordem nos termos do voto do 2º vogal, vencido o relator, após retificações dos votos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 09 de março de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004004-02.2012.8.12.0018 - Paranaíba
Relator designado Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PRELIMINAR DE NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO – INVIÁVEL – PROVA TESTEMUNHAL E CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS QUANTO A PRÁTICA DELITIVA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CABÍVEL – VIABILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não é cabível pleito de nulidade parcial da sentença em razão de cerceamento de defesa, sob o argumento de que as certidões de antecedentes criminais do réu foram juntadas aos autos após a instrução processual, sem que fosse oportunizada à defesa nova manifestação. A consulta ao SAJ é aceita para fins de análise dos maus antecedentes e da reincidência do sentenciado. Ainda que não fosse, o art. 156, II, do CPP autoriza que o magistrado, durante a instrução processual ou antes de proferir a sentença, que determine diligências necessárias para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes. As informações sobre a vida pregressa do réu é de suma relevância para subsidiar o juiz na aplicação da pena, nos moldes do art. 59 do Código Penal. Preliminar afastada.

Demonstradas a materialidade e autoria delitivas do crime de furto, mormente pelo depoimento das testemunhas, que se mostram coerentes e harmônicas com o restante do acervo probatório, a manutenção da condenação é medida que se impõe. Bens que, em parte, foram recuperados pela vítima com pessoas que lhe confirmaram tê-los adquirido da pessoa do réu.

A conduta e o resultado têm relevância social, pois o delito foi praticado mediante rompimento de obstáculo e o valor dos objetos furtados não é insignificante (quase todos os objetos que a vítima possuía em sua residência). Assim, a reprovabilidade é suficiente para caracterizar a tipicidade material, não se mostrando cabível a aplicação do princípio da insignificância.

Pena-base reduzida. Expurgo das circunstâncias judiciais da culpabilidade e personalidade, diante da inexistência de elementos nos autos para aferi-las. Afastamento também das moduladoras das circunstâncias e consequências do crime, pois o prejuízo financeiro da vítima não é fundamento apto a majorar a pena-base, uma vez que é normal ao tipo. *Ex officio,* expurgada a valoração negativa dos antecedentes criminais, pois, em análise às certidões acostadas aos autos e em consulta ao SAJ, verifica-se que não há em desfavor do apelante qualquer registro de condenação penal transitada em julgado por fato anterior ao delito apurado no presente feito, mas apenas por fatos criminosos posteriores, o que, evidentemente, não possibilita o reconhecimento dos maus antecedentes.

Cabível a fixação do regime prisional aberto, eis que a reprimenda foi estabelecida em patamar inferior a 04 (quatro) anos, o agente é primário e não restam circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de reduzir a pena-base, fixando-a, *ex officio*, no mínimo legal, e para abrandar o regime prisional para o aberto.

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 maioira, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor (Des. Francisco Gerardo), vencido o relator (Des. Dorival Moreira dos Santos).

Campo Grande, 8 de junho de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Marcelo Fernando Almeida, em face da sentença de fls. 202-211, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Narra a denúncia:

> (...)
>
> Consta que entre os dias 10 e 12 de maio de 2011, em horário indeterminado, nesta cidade, o denunciado Marcelo Fernando Almeida, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, subtraiu para si, mediante arrombamento, a quantia de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e diversos objetos, pertencentes a vítima Antonio Soares de Jesus. Consta ainda que após praticar o crime, o denunciado Denis Marten Ferraz da Costa adquiriu, em proveito próprio, diversos objetos subtraídos por Marcelo, sabendo ser produto de crime.
>
> (...).

Nas razões de fls. 222-249, pugna pela nulidade da juntada de certidão de antecedentes criminais de ofício, alegando que por ter sido feita após o encerramento da instrução e sem oitiva da defesa, contraria o contraditório e a ampla defesa. No mérito, requer sua absolvição por insuficiência de provas ou a aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, pleiteia a redução da pena-base e a modificação do regime prisional para o aberto.

O Ministério Público apresentou contrarrazões as fls. 251-264, manifestando-se pelo parcial provimento do apelo, apenas para afastar a moduladora referente a personalidade, com a consequente redução da pena-base.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se as fls. 270-282 pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Marcelo Fernando Almeida, em face da sentença de fls. 202-211, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Narra a denúncia:

> (...)
>
> Consta que entre os dias 10 e 12 de maio de 2011, em horário indeterminado, nesta cidade, o denunciado Marcelo Fernando Almeida, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, subtraiu para si, mediante arrombamento, a quantia de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) e diversos objetos, pertencentes a vítima Antonio Soares de Jesus. Consta ainda que após praticar o crime, o denunciado Denis Marten Ferraz da Costa adquiriu, em proveito próprio, diversos objetos subtraídos por Marcelo, sabendo ser produto de crime.
>
> (...).

Nas razões de fls. 222-249, pugna pela nulidade da juntada de certidão de antecedentes criminais de ofício, alegando que por ter sido feita após o encerramento da instrução e sem oitiva da defesa, contraria o contraditório e a ampla defesa. No mérito, requer sua absolvição por insuficiência de provas ou a aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, pleiteia a redução da pena-base e a modificação do regime prisional para o aberto.

Preliminar

Nulidade

Sustenta a defesa que após a instrução processual as certidões de antecedentes criminais do réu foram juntadas aos autos de ofício pelo juízo, que baseando-se nelas exasperou a pena-base do recorrente em razão de seus maus antecedentes, sem lhe oportunizar o contraditório e a ampla defesa sobre os novos documentos juntados.

Não merece acolhimento a preliminar arguida.

Não se vislumbra ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, de modo que não há falar-se em nulidade de parte da sentença.

O simples fato das certidões terem sido juntadas após o encerramento da instrução processual não traz ao apelante qualquer prejuízo apto a prejudicar sua defesa e, assim, gerar a nulidade da sentença na forma pretendida.

Isso porque o magistrado *a quo* poderia até mesmo ter se utilizado apenas de consulta ao sistema SAJ quando da prolação da sentença, sem que tivesse juntado qualquer documento aos autos.

Pois é admissível a utilização do Sistema Automação do Judiciário - SAJ, para a obtenção de informações acerca de passagens criminais de qualquer pessoa que esteja respondendo ação penal, vez que foi desenvolvido pelo próprio Tribunal de Justiça deste Estado, com a finalidade conspícua de tornar mais célere o processamento e julgamento dos feitos criminais.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO (44 PORÇÕES DE CRACK). CERTIDÃO CARTORÁRIA JUDICIAL PARA COMPROVAR OS MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DESNECESSIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido. 2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015)

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. (...) - Na segunda fase, foi reconhecida a agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, por ter o paciente condenação definitiva anterior. A defesa sustenta que não houve prova da reincidência do paciente, pois inexiste nos autos certidão de trânsito em julgado, mas apenas documentos retirados da internet. É de ser mantido, porém, o incremento da pena decorrente da agravante retromencionada, pois "a jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido. (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015). (...) - *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, HC 288.456/PE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Não bastasse, não há como se alegar que prejuízo à defesa, pois o banco de dados do Sistema SAJ é alimentado por servidores públicos oficiantes dos Cartórios Judiciais, logo, seus registros tem fé pública e presunção de veracidade, servindo para instruir processos em substituição a documentos físicos, sob pena de invalidação do sistema implantado.

Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado:

> (...) 7. A Certidão cartorária não é o único documento idôneo para comprovar a reincidência do acusado, a qual pode ser aferida por meio de andamentos processuais, Guias de Execução definitiva, folha de antecedentes criminais, entre outros, desde que os mesmos demonstrem a existência de sentença condenatória desfavorável ao acusado com trânsito em julgado anterior ao novo fato praticado e dentro do período compreendido no art. 64, inciso I, do Código Penal, como ocorre na hipótese em apreço. 8. Recurso a que se nega provimento. (TJES; APL 0173198-97.2010.8.08.0012; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça; Julg. 13/11/2013; DJES 21/11/2013)

Em vista disso, infere-se que a consulta ao SAJ, com a juntada ou não das certidões de antecedentes criminais é até mesmo fomentada, com a finalidade de se aproximar o máximo possível da verdade real e com a maior agilidade permitida pelo sistema.

Convém, ainda, ressaltar que durante a instrução foram repetidas vezes trazidas aos autos as informações de que o recorrente era contumaz na prática delitiva.

O art. 156, II, do Código de Processo Penal autoriza que o juiz, de ofício, durante a instrução processual ou antes de proferir sentença, determine a realização de diligências com o fim de dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

É indiscutível a relevância da diligência, posto que as informações sobre a vida pregressa do réu devem ser levadas em consideração pelo juízo na primeira fase de aplicação da pena, consoante art. 59 do Código Penal.

Por tais razões impossível falar-se em prejuízo capaz de prejudicar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa do recorrente, capaz de culminar, assim, na nulidade da sentença.

A propósito do tema é a lição de Guilherme de Souza Nucci[1]:

1 Nucci, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309.

> (...) trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter o a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade.

Nesse sentido, não havendo nos autos qualquer inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, inexiste cerceamento, de forma que afasto a preliminar arguida, passando à análise do mérito processual.

Mérito

Absolvição

Pugna pela absolvição, argumentando insuficiência de provas quanto à autoria do delito.

Não prospera a pretensão absolutória.

A materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 07-08), pelo laudo pericial de exame de vistoria em local, que concluiu que o imóvel da vítima foi arrombado (fls. 21-26) e pelo auto de avaliação (fls. 41-43).

As testemunhas de acusação foram uníssonas quanto à autoria do delito e a forma de agir do réu. Vejamos.

Em seu depoimento extrajudicial, a vítima Antonio Soares de Jesus narrou:

> (...) na quarta-feira passada, dia 04 de maio de 2011, no período da manhã, o declarante e a esposa viajaram para Aparecida do Taboado/MS, retornaram nesta data e perceberam que tinham sido vítima de furto, observando que o autor usou uma barra de ferro para arrombar a porta do fundo, que dá acesso à área de serviço. Foram furtados quatro panelas, quinze pratos duralex, cor marrom, um edredom de casal, de cor azul e branca, um cobertor de cor marrom, um aparelho de DVD, marca SVA, de cor prata, uma lâmina de cheque no valor de R$ 215,00 (duzentos e quinze reais), um lençol de cor azul clara, uma fronha, um travesseiro, um carpete tamanho (3x4m), cor bege. Depois que constatou o furto, conversou com os vizinhos Cássio, o qual disse que viu o Marcelo entrando na casa, inclusive, chegou a gritar que o Marcelo estava tentando furto, sendo que ele saiu sem dizer nada. Outros vizinhos que não quiseram se identificar confirmaram as informações, dizendo que o Marcelo ofertou a venda dos carpetes e das panelas. O declarante não sabe dizer qual o valor total do prejuízo. Cheque furtado foi emitido por Seila, que trabalha no Posto da Saúde do Santo Antonio, próximo da pracinha da igreja. Conheceu o Marcelo desde quando mudou para o bairro e tem conhecimento que ele é viciado em drogas e faz furtos com frequência. - fls. 09-10.

Em juízo a vítima compareceu e confirmou que o furto foi praticado por Marcelo, o qual inclusive sabia que o ofendido estava trabalhando em outra cidade. Declarou que o vizinho Kassio viu o réu em sua residência e após outros vizinhos lhe disseram que o recorrente passou vendendo seus objetos subtraídos. Por fim, afirmou que conseguiu recuperar alguns bens que tinham sido adquiridos por seus vizinhos da pessoa do réu (fl.120).

A testemunha Margarida Aparecida Pereira declarou na fase extrajudicial que Marcelo vendeu parte dos objetos subtraídos da vítima para o réu. Esclareceu que a própria vítima foi à sua residência e recuperou os bens (fl. 38).

Em juízo Aimbro Candido Raimundo confirmou ter visto Marcelo passando na rua carregando um saco com vários objetos dentro (fl. 120).

Também foi ouvido em juízo Kassio Morais de Oliveira, vizinho da vítima, que confirmou ter visto no período diurno da data dos fatos o réu subtraindo uma capa de chuva da residência da vítima. Assim, mandou o réu embora, mas a noite ele voltou e furtou o imóvel de Antonio. Relatou que alguns objetos subtraídos foram encontrados em uma casa do traficante e este disse que foi Marcelo que levou (fl. 121).

O codenunciado Denis Marten Ferraz da Costa afirmou na fase judicial que Marcelo chegou no local em que estava com diversos objetos, que depois soube que era produto de furto (fl. 132).

Convém ressaltar que Marcelo negou a autoria delitiva na fase extrajudicial (fl. 28) e em juízo (fl. 142).

Assim, devidamente demonstrado que o apelante cometeu o crime, não há falar em absolvição por falta de provas, uma vez que os depoimentos das testemunhas são unânimes quanto à ocorrência do fato e de sua autoria, bem como se mostram coerentes e harmônicos com o restante do acervo probatório, mormente com as provas materiais produzidas nos autos.

Desta forma, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Princípio da insignificância

Para configuração do delito bagatelar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou ser imprescindível a análise prudente e criteriosa dos seguintes elementos: (I) a mínima ofensividade da conduta do agente; (II) a ausência total de periculosidade social da ação; (III) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (IV) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada.

No caso em análise, não se aplica o princípio da insignificância.

Conforme consta nos autos de avaliação de fls. 41-42 e 43, parte do valor da *res furtiva* foi avaliada em R$ 665,00 (seiscentos e sessenta e cinco reais).

A vítima relatou em juízo que quase todos os objetos de sua residência foram subtraídos, somente restando no imóvel aquilo que o autor não conseguiu carregar. Declarou que seu prejuízo perfaz aproximadamente R$ 3.000,00 (três mil reais) – fl. 120.

Assim, como o salário mínimo à época, era de R$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), o valor dos objetos não podem ser considerados de valor irrisório, mormente se levarmos em consideração a declaração do ofendido no sentido de que quase todos os seus bens foram subtraídos.

Ademais, o réu praticou o delito na forma mais gravosa mediante rompimento de obstáculo, em que a reprovabilidade da conduta é maior.

Oportuno ressaltar, ainda, que o réu possui inúmeras ações penais em andamento e encerradas por crimes contra o patrimônio, o que embora não configure reincidência, demonstram a contumácia delitiva e seus maus antecedentes.

Considerando-se que a conduta é de significativa ofensividade e reprovabilidade, o comportamento do recorrente não deve ser considerado insignificante, demonstrando 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. (STJ, AgRg no REsp 1521292/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 15/10/2015)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONCURSO DE PESSOAS. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte tem rechaçado a aplicabilidade do princípio da insignificância ao crime de furto qualificado, tendo em vista o alto grau de reprovabilidade da conduta. 2. A verificação da lesividade mínima da conduta apta a torná-la atípica deve levar em consideração a importância do objeto material subtraído, a condição econômica do sujeito passivo, assim como as circunstâncias e o resultado do crime, a fim de se determinar, subjetivamente, se houve ou não relevante lesão ao bem jurídico tutelado. 3. Não obstante haja sido relativamente reduzido o valor da coisa subtraída - bens avaliados em R$ 37,60 (trinta e sete reais e sessenta centavos) -, o fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes demonstra o elevado grau de reprovabilidade da conduta e maior audácia de quem o pratica. 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 464.513/MG, Rel. TJ-MS FL.172 0001400-91.2010.8.12.0033 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 09/06/2015)

Ementa: 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. (STJ, 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.

Pena-base

O magistrado ao fixar a pena fundamentou:

> Quanto à culpabilidade, o acusado fugiu do reto agir, tendo em vista que premeditou a ação delituosa tendo observado com antecedência a casa da vitima, esperando assim o momento em que todos saíram para viajar para cometer assim o delito. Além disso já tinha sido visto por vizinho no local e inclusive advertido de que não voltasse na residência em que o crime ocorreu.
>
> Quanto aos antecedentes criminais, o acusado possui diversos antecedentes criminais, bem como sentença com trânsito em julgado (fls. 173/191).
>
> A personalidade deve ser analisada, pois se trata de pessoa voltada ao cometimento de ato ilícito. O acusado é usuário de drogas e desde sua menoridade já cometia atos infracionais equiparados a crimes da mesma espécie do presente.
>
> As circunstâncias e consequências do crime também merecem consideração, haja vista que foram levados quase todos os objetos essenciais para a família se manter, como todos os pratos, panelas e roupas das vítimas.
>
> Das 08 (oito) circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, como vimos logo acima, 04 (quatro) são prejudiciais ao réu.
>
> Sendo assim, a partir da obtenção do intervalo de pena previsto em abstrato no tipo (máximo - mínimo), será calculado o *quantum* de 1/8 por situação desfavorável ao réu, devendo ser acrescido o resultado encontrado na pena mínima.
>
> Com base no acima exposto, fixo a pena base 05 (cinco) anos e 185 (cento e oitenta e cinco) dias multa – fls. 209-210.

Vê-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da existência de cinco circunstâncias judiciais negativas, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, personalidade do agente, circunstancias e consequências do crime.

Convém ressaltar que o juiz afirmou que majorou a pena-base em razão de quatro circunstâncias judiciais negativas, mas verifica-se da sua fundamentação que na verdade foram cinco as moduladoras consideradas.

A defesa requer a reanálise das moduladoras da culpabilidade, personalidade, circunstâncias e consequências do crime, conformando-se apenas com a majoração referente aos antecedentes.

Consoante leciona Cezar Roberto Bitencourt, na circunstância judicial referente à culpabilidade, deve-se examinar "(...) a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a sua intensidade, menor será a censura".

Na hipótese, o juiz de instância singela fundamentou a culpabilidade de modo inidôneo, já que premeditar o crime, observando com antecedência o local que pretende furtar e esperar os moradores saírem para realizar a ação delituosa não excede a normalidade do crime praticado.

Enfatize-se que a culpabilidade é moduladora que se refere à maior reprovação social da conduta e não à "organização" para a empreitada criminosa.

No que tange à personalidade do agente, não há como avaliá-la no caso concreto somente com base no fundamento apresentado, pois, para tanto já existe moduladora própria (antecedentes), além da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria.

Ademais, para sua análise são necessários elementos que escapam à seara do direito. Assim, tenho que não existem elementos suficientes para sua aferição, razão pela qual entendo que não deve ser valorada.

Segundo leciona Ricardo Augusto Schmitt[2] sobre personalidade:

> (...) trata-se de uma valoração da história pessoal de vida de cada pessoa, de sua índole, de seus antecedentes biopsicológicos herdados, de sua estrutura como pessoa (...).

Nesse sentido é o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENABASE. SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 MANTIDA NO GRAU MÍNIMO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 5. A aferição da personalidade e da conduta social somente é possível se existem, nos autos, elementos suficientes que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura a esse respeito. (STJ; HC 233.077; Proc. 2012/0026746-0; RO; Quinta Turma; Relª Minª Laurita Vaz; Julg. 12/03/2013; DJE 19/03/2013)

No que se refere à moduladora das circunstâncias do delito, Ricardo Augusto Schmitt[3], bem as define como sendo:

> (...) os elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, (...) não podendo valorar nada que se configure ao mesmo tempo como circunstância legal, causa de diminuição ou aumento de pena ou qualificadora.

Tem-se, assim, que as circunstâncias do crime são as modalidades da ação criminosa, particularmente no que respeita à sua natureza, à espécie dos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime.

2 Schmitt, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: teoria e prática**. 5ª ed. Salvador: Podium, 2010.

3 *Op Cit*. p. 104.

No caso em epígrafe, conforme considerado no *decisum* de 1º Grau as circunstâncias foram consideradas desabonadoras em razão de que quase todos os objetos necessários para a família se manter foram subtraídos.

Ora, tais fatos em nada dizem respeito ao crime que foi perpetrado e possuem maior relevância na análise das consequências do crime, razão pela qual, afasto o juízo depreciativo de tal circunstância judicial.

Assim, com relação às consequências do crime que foram consideradas graves, conforme dito acima, em razão de que quase todos os objetos necessários à rotina da família foram levados, entendo que essa circunstância também não foi corretamente valorada.

Qualquer ação criminosa é causa de sequelas, quer seja de ordem patrimonial, física psicológica, tanto é assim que importam em apenação.

Não se olvida que casos há em que o dano suportado é tamanho a justificar um rigor maior na reprimenda, contudo, tal situação deve ser demonstrada de forma concreta, com base em elementos extraídos dos autos, o que aqui não ocorreu.

Isso porque o prejuízo material, quer seja de pequena ou grande monta, é inerente ao tipo penal do furto, portanto, não merece maior reprovabilidade.

Desse modo, decotando-se as circunstâncias judiciais mal sopesadas - culpabilidade, personalidade, consequências e circunstâncias do crime, necessária nova dosimetria.

Sobre a pena de multa, entendo que também deverá ser reduzida, porquanto a fixação dessa pena, em mais da metade do *quantum* máximo previsto (360 dias-multa), diante do expurgo das moduladoras acima citadas, não guarda a devida simetria à pena privativa de liberdade, conforme tem decidido esta egrégia Corte:

> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - (...) - PENA PECUNIÁRIA - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO - DE OFÍCIO - PARA O CORRÉU - COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. I- (...) IV- A pena de multa, atendida a proporcionalidade em relação à pena privativa de liberdade, deve ser fixada considerando-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, determinando-se o valor de cada dia-multa, de acordo com a situação socioeconômica do agente. (...). (TJMS, 2ª Câmara Criminal, Apelação - Nº 0010908-23.2011.8.12.0002, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, j. 8.4.2012).

Assim sendo, impõe-se também a readequação de referida pena.

Passo à nova dosimetria.

Diante do expurgo da culpabilidade, personalidade, circunstâncias e consequências do crime, mantida desfavorável os antecedentes, reduzo a pena-base para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes. Presente a atenuante da menoridade relativa, pois o recorrente era menor de 21 (vinte e um) anos na data dos fatos, assim, reduz-se a pena provisória para 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na terceira fase, sem causas de aumento ou diminuição, fica a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Regime prisional

O regime prisional será abrandado para o inicial semiaberto, consoante autoriza o art. 33, § 3º, do Código Penal, eis que apesar de a reprimenda ter sido estabelecida em patamar inferior a 04 anos, remanesce circunstância judicial desabonadora (antecedentes).

Os artigos prequestionados foram analisados ainda que implicitamente.

Dispositivo

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, para o fim de reduzir a pena-base e fixar o regime prisional semiaberto.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Revisor)

Conforme relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Marcelo Fernando Almeida Silva em face da sentença que o condenou como incurso no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Em suas razões recursais (págs. 222/249), a defesa objetiva, preliminarmente, a nulidade da juntada da certidão de antecedentes criminais, de ofício, após o encerramento da instrução processual, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. No mérito, requer a absolvição por ausência de provas ou pela aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base e a modificação do regime prisional.

O d. relator, Des. Dorival Moreira dos Santos, rejeita a preliminar de nulidade aventada e, no mérito, dá parcial provimento ao apelo, para o fim de reduzir a pena-base para próximo do mínimo legal, mantendo a moduladora dos antecedentes criminais como desfavorável, bem como para abrandar o regime prisional para o semiaberto.

Ouso divergir parcialmente do e. relator, apenas para, *ex officio*, afastar da dosimetria penal a valoração negativa da moduladora dos antecedentes criminais, reduzindo a pena-base ao patamar mínimo legal, bem como para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

Ab initio, ressalto que a nulidade aventada pela defesa realmente não merece prosperar, haja vista que a certidão de antecedentes criminais é um documento público disponibilizado digitalmente, através do banco de dados do Poder Judiciário, de maneira que é possível à Defensoria Pública, a qualquer tempo, acessar as informações relativas à vida pregressa de seus assistidos.

Nessa esteira, a juntada do referido documento, *in casu*, não surpreendeu a defesa técnica, razão pela qual não há falar em cerceamento de defesa.

Não fosse por isso, nenhum prejuízo foi verificado no caso em apreço, sobretudo porque as certidões juntadas aos autos revelam a primariedade do recorrente.

Logo, rejeito a preliminar.

No tocante ao mérito, conforme já mencionado, tenho por bem divergir do relator, para fixar o regime prisional aberto e, *ex officio*, reduzir a pena-base ao mínimo legal.

Como visto, o e. relator manteve a valoração negativa atribuída aos antecedentes criminais.

Contudo, em análise às certidões acostadas às págs. 173/191 dos autos e em consulta ao Sistema de Automação do Poder Judiciário – SAJ, verifica-se que não há em desfavor do apelante qualquer registro de condenação penal transitada em julgado por fato anterior ao crime apurado no presente feito, mas apenas por fatos criminosos posteriores, o que, evidentemente, não possibilita o reconhecimento dos maus antecedentes.

A esse respeito, colho o seguinte precedente desta Corte:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, IV, CP) – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – ANTECEDENTES PONDERADOS COMO MACULADOS – CONDENAÇÃO POSTERIOR AOS FATOS – EXPURGO DA PENA-BASE – CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTES AFASTADAS – VALORAÇÃO NEGATIVA FUNDAMENTADA NA VIDA PREGRESSA – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – CONDENAÇÃO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA AQUI IMPUTADA – EXCLUSÃO DA AGRAVANTE – FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO – REQUISITOS PREENCHIDOS – PENA CORPÓREA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS DE OFÍCIO - RECURSO PROVIDO. **Se o agente pratica delito posteriormente ao crime de furto deste processo, mesmo que condenado com trânsito em julgado, não incide em maus antecedentes para majorar a pena-base, porque o crime foi posterior ao ora analisado.** (...) Quanto ao regime de cumprimento da pena, face ao redimensionamento da pena, deve ser fixado o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c" e § 3º do CP, pois o apelante é tecnicamente primário, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. (...) Com o parecer, recurso provido. (TJMS; Apelação Criminal n. 0000313-36.2011.8.12.0043 – São Gabriel do Oeste; Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 11.04.2017).

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIOS QUALIFICADO TENTADO E SIMPLES TENTADO – PENA-BASE – ANTECEDENTES EM RELAÇÃO AO APELANTE JONAS – CONDENAÇÃO POSTERIOR AO FATO – NÃO CONSIDERA – MODULADORA DA CULPABILIDADE FAVORÁVEL A JAIME – EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CORRÉU – EXPURGO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS MOTIVOS E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – VALORAÇÃO NEGATIVA REALIZADA DE FORMA INIDÔNEA – REPRIMENDA REDUZIDA NA 1ª ETAPA DA DOSIMETRIA – INCABÍVEL A APRECIAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO SE NÃO HOUVE DEBATE EM PLENÁRIO – TENTATIVA – APLICAÇÃO DE MAIOR PATAMAR DE REDUÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – FRAÇÃO MÍNIMA APROPRIADA – ITER CRIMINIS PERCORRIDO PRATICAMENTE EM SUA INTEGRALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. **I - A condenação definitiva em relação a crime cometido em data posterior ao fato em julgamento não deve ser considerada como maus antecedentes.** (...) (TJMS; Apelação Criminal n. 0000164-37.2009.8.12.0002 – Dourados; Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 06.04.2017).

No mesmo átimo é a jurisprudência da Corte Superior:

> É impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, seja para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes. 5. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Súmula 444/STJ). (STJ - HC: 185614 RJ 2010/0172997-4, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 08/10/2013, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 16/10/2013)

Assim, *ex officio*, afasta-se a incidência dos maus antecedentes e, por tal razão, não remanescendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base no patamar mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravante a ser considerada. Presente a atenuante da menoridade relativa, contudo, a pena provisória não deve ser reduzida, pois, como cediço, "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231 do STJ).

Por derradeiro, diante da inexistência de causas de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a reprimenda corporal em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Diante da primariedade do réu e da inexistência de circunstâncias judiciais favoráveis, entendo cabível a fixação do regime prisional aberto para o resgate da reprimenda, ex vi do artigo 33 do Código Penal.

Dos pronunciamentos finais.

Ante o exposto, divirjo em parte do e. relator, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar o regime prisional aberto.

É como voto, em parte com o parecer.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Vogal)

Acompanho o revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioira, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor (Des. Francisco Gerardo), vencido o relator (Des. Dorival Moreira dos Santos).

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. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 08 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1401948-89.2017.8.12.0000 - Caarapó
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO – ART. 121, § 2º, INCISO II E ART. 121, § 2º, II, C/C 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR DOMICILIAR (ENFERMIDADE) – VERIFICADO O ESMORECIMENTO DOS ALICERCES DA BENESSE – REENCARCERAMENTO – SIGILO EXTERNO INDEVIDO E ALEGADA AFRONTA AO CONTRADITÓRIO – INEXISTÊNCIA – OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DESTE ESTADO – INTERESSE PÚBLICO QUE SE SUBLEVA – DE OUTRO LADO – FATO ISOLADO – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR NÃO DEMONSTRADOS – APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – POSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

O Encarceramento foi substituído, de início, por prisão domiciliar, haja vista a enfermidade do paciente. Entretanto, conforme o destacado na decisão, lavrada quando da audiência de custódia, esmorecendo os alicerces da benesse, recrudesceria-se a medida.

Outrossim, o "sigilo externo" só foi atrelado ao feito, por determinação judicial, fundada, por sua vez, no artigo 178, do Código de Normas da Corregedoria-Geral desta Corte, conforme o expresso nas informações prestadas, *in verbis*: "(...) Por fim, é de se ressaltar que o sigilo do processo foi decretado tão somente pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para o fim de possibilitar que a autoridade policial cumprisse a prisão antes que o réu dela tomasse conhecimento e se evadisse. A propósito, o art. 178, do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça bem prevê que: "é vedado aos escrivães ou diretores de cartório ou a quaisquer auxiliares intimar as partes ou dar conhecimento a terceiros da expedição de mandado de prisão, antes de decorridas vinte e quatro horas da entrega do mandado à polícia ou a quem estiver encarregado de efetuar a prisão (...)". Ocorre que o mandado de prisão foi entregue à autoridade policial em 23 de fevereiro de 2017, às 15:44 horas. E, na data de 24 de fevereiro de 2017, às 15:45 horas, foi cumprido (fls. 587; 588-591; 0001740-31.2016.8.12.0031). Ou seja, quando efetivada a prisão, a serventia não poderia ter intimado as partes, ou ainda, retirado o "sigilo externo", eis que ainda pendia o prazo estipulado normativamente.

Logo, não foi transferido da prisão domiciliar para o encarceramento somente por estar transitando na via pública, mas sim porque as razões que sustentaram a benesse haviam desaparecido, haja vista não mais convalescer, inexistindo quaisquer irregularidades/nulidades processuais.

Porém, evidenciando-se que o decreto prisional carece dos pressupostos essenciais exigidos pelo ordenamento jurídico, deve-se afastar a constrição da liberdade do paciente, aplicando-se as medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, mais adequadas diante das circunstâncias do crime, respeitando-se o que preceitua o art. 282, inciso II, do CPP.

Comprova possuir ocupação lícita, residência fixa, família constituída e primariedade.

Ordem concedida. Contra o parecer da PGJ.

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, conceder a ordem.

Campo Grande, 30 de março de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

O advogado André Luiz Penteado Bueno, inscrito na OAB/MS sob o nº 17.807-A, impetra *habeas corpus* com pedido de liminar, em favor de Leonardo Salazar, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó-MS.

O impetrante narra que o paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 121, § 2º, inciso II e art. 121, § 2º, II, c/c 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro. Alega que foi tentar saber quem eram os indivíduos que tinham espancado seu filho, momentos antes, no local. Nisto, houve uma briga, na qual, segundo a defesa, o paciente levou um tiro e três facadas no tórax. Socorrido, permaneceu preso no hospital.

Ao receber alta hospitalar, foi conduzido à Delegacia de Polícia Civil da cidade de Caarapó-MS, onde aguardou até a data da realização da audiência de custódia, em 25 de outubro de 2016.

Todavia, por conta das lesões, na audiência de custódia, deferiu-se prisão domiciliar.

Porém, em 24 de fevereiro de 2017, transferiu-se o paciente para a Delegacia de Polícia, após a colheita do depoimento da viúva da vítima.

O paciente foi preso em seu domicílio.

Contudo, a defesa alega que tal decisão não foi precedida de contraditório.

Outrossim, decretou-se sigilo externo.

Assim, pugna pelo deferimento da liminar, expedindo-se alvará de soltura.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 54-55.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 59/63.

As informações foram prestadas às fls. 68-69.

A Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer de fls. 59/63 (f. 73).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

O advogado André Luiz Penteado Bueno, inscrito na OAB/MS sob o nº 17.807-A, impetra *habeas corpus* com pedido de liminar, em favor de Leonardo Salazar, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó-MS.

O impetrante narra que o paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 121, § 2º, inciso II e art. 121, § 2º, II, c/c 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro. Alega que foi tentar saber quem eram os indivíduos que tinham espancado seu filho, momentos antes, no local. Nisto, houve uma briga, na qual, segundo a defesa, o paciente levou um tiro e três facadas no tórax. Socorrido, permaneceu preso no hospital.

Ao receber alta hospitalar, foi conduzido à Delegacia de Polícia Civil da cidade de Caarapó-MS, onde aguardou até a data da realização da audiência de custódia, em 25 de outubro de 2016.

Todavia, por conta das lesões, na audiência de custódia, deferiu-se prisão domiciliar.

Porém, em 24 de fevereiro de 2017, transferiu-se o paciente para a Delegacia de Polícia, após a colheita do depoimento da viúva da vítima.

O paciente foi preso em seu domicílio.

Contudo, a defesa alega que tal decisão não foi precedida de contraditório.

Outrossim, decretou-se sigilo externo.

Assim, pugna pelo deferimento da liminar, expedindo-se alvará de soltura.

Ao final, requer a concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 54-55.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem às fls. 59/63.

As informações foram prestadas às fls. 68-69.

A Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer de fls. 59/63 (f. 73).

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do *writ*.

Pois bem, de início, realizada a audiência de custódia, a prisão em flagrante foi substituída por prisão domiciliar, na data de 25 de outubro de 2016, *in verbis* (0001671-96.2016.8.12.0031):

> (...) Em seguida, a MM.ª Juíza deliberou o seguinte: "Vistos, etc. Trata-se de comunicado de prisão em flagrante de Leonardo Salazar, brasileiro, solteiro, comerciante, portador da Cédula de Identidade RG 472677 SSP/MS, inscrito no CPF/MF sob o n.º 860.100.931-04, nascido em 11/04/1967, natural de Ponta Porã/MS, Filho de Clementina Salazar, preso(a)(s) e autuado(a) (s) por infração, em tese, do delito contido no artigo 121 § 2, II, do CP, mais especificamente, por Homicídio qualificado, contra a pessoa de Rodrigo Fonseca Balbino. O representante do Ministério Público Estadual, nesta oportunidade,

pediu a homologação do flagrante e conversão da prisão em flagrante delito em prisão preventiva. A defesa, por sua vez, pediu a liberdade provisória do(a)(s) autuado(a)(s), sob alegação de que o(a)(s) mesmo(a)(s) possui(em) residência fixa e ausência dos requisitos para a decretação da prisão preventiva. É o relatório em apertadíssima síntese. Decido. Inicialmente, homologo o flagrante porquanto formalmente em ordem. Neste momento, cumpre anotar que, como é cediço, a regra no sistema constitucional brasileiro é a de que o acusado de qualquer crime responderá pela sua prática em liberdade, somente vindo a ser preso em razão de sentença condenatória transitada em julgado. É a interpretação que se deve fazer, a partir da leitura conjunta dos incisos LVII e LXVI do artigo 5.º da Constituição Federal, que assim dispõem: LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. A Lei n.º 12.403/2011, em consonância com o texto constitucional, afirma que a aplicação da prisão cautelar deve ser a última das medidas cautelares nela previstas (§ 4º do artigo 282 do CPP). No entanto, já está assente na jurisprudência que, mesmo o agente sendo possuidor dos requisitos subjetivos e objetivos para a concessão da liberdade provisória, tais requisitos não são garantidores de eventual direito, ou seja, as condições subjetivas favoráveis do acusado, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar. Nesse ínterim, ressalta-se que o artigo 312 do Código de Processo Penal prevê a manutenção da custódia cautelar quando esta se encontra justificada pelos indícios veementes de autoria (*fumus boni iuris*) e de materialidade do delito, os quais estão corroborados nos autos pelos depoimentos das testemunhas e interrogatório do(a)(s) autuados(a)(s). Ainda, esse mesmo artigo prevê as causas que ensejam a custódia preventiva, autorizando-a para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. No caso em apreço, tenho como indubitável que a custódia cautelar do autuado deve ser mantida por conveniência da instrução penal e necessidade da ordem pública. Veja-se que há prova mais que suficiente da materialidade e indicios fortíssimos de autoria. Não bastassem tais fatos, tem-se também que testemunhas foram ouvidas por ocasião do flagrante, cujos depoimentos, inclusive, devem ser preservados de qualquer interferência que possam sobre elas encetar o(a)(s) autuado(a)(s), máxime ainda considerando-se a situação conflitiva narrada no flagrante. A ordem pública, por sua vez, encontra esteio também na propria dinâmica dos fatos narrados no auto flagrancial, onde se pode constatar que os fatos ali narrados foram ocasionados, muito provavelmente, em uma mistura de vingança e impeto inesperado de ações. No entanto, embora decrete nesta oportunidade a conversão da prisão em flagrante em preventiva, em virtude da situação pós-operatória em que se encontra o autuado, aliado às condições precárias da cadeia pública local e parco atendimento médico, hei por bem em substituir a prisão preventiva ora decretada pela domiciliar, nos termos do artigo 318 do Código de Processo Penal, eis que o autuado se encontra extremamente debilitado em virtude do procedimento cirúrgico a que foi submetido, em virtude dos ferimentos ocasionados por golpes de faca e um tiro de arma de fogo. Consigno, no entanto, que referida substituição é momentânea e por período breve, enquanto permanecerem as condições orgânicas que exigirem cuidados, a serem comprovadas por perícia médica, que deverá prever o prazo para que o autuado necessite cumprir a prisão preventiva em seu domicilio, ficando desde já advertido o autuado que não poderá deixar sua residência (ou o endereço que indicar no alvará de soltura) sem que haja autorização judicial, sob pena de revogação imediata da substituição.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 312 do Código de Processo Penal, converto a prisão em flagrante do(a)(s) autuado(a)(s) Leonardo Salazar, brasileiro, solteiro, comerciante, portador da Cédula de Identidade RG 472677 SSP/MS, inscrito no CPF/MF sob o n.º 860.100.931-04, nascido em 11/04/1967, natural de Ponta Porã/MS, Filho de Clementina Salazar, em prisão preventiva, substituindo-a no entanto, pela domiciliar,

temporariamente, sem prejuízo de que, futuramente, não persistindo mais os motivos da prisão preventiva, esta venha a ser revogada. Saem os presentes intimados. Expeça-se o mandado de prisão preventiva, nele devendo constar a substituição pela domiciliar. Nomeio desde já o médico Luiz Machado de Souza para realização de perícia no autuado com apresentação de laudo no prazo de 15 (quinze) dias, devendo nele constar o eventual prazo para que o autuado possa cumprir a preventiva em cela da Delegacia local.

Por sua vez, em 20 de fevereiro de 2017, substituiu-se a prisão domiciliar por preventiva, nos seguintes termos (fls. 583-585; 0001740-31.2016.8.12.0031):

(...) Como é cediço, a regra no sistema constitucional brasileiro é a de que o acusado de qualquer crime responderá pela sua prática em liberdade, somente vindo a ser preso em razão de sentença condenatória julgada por órgão colegiado de 2º grau. É a interpretação que se deve fazer, a partir da leitura conjunta dos incisos LVII e LXVI, do art. 5.º, da Constituição Federal, que assim dispõem:

"LVII Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória; LXVI ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Por outro lado, é assente na doutrina e na jurisprudência que os casos de prisões cautelares não ofendem o princípio constitucional da presunção de inocência, desde que estejam rigorosamente presentes os seus pressupostos e requisitos autorizadores.

Particularmente no que tange à prisão preventiva, seus pressupostos são indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva, conforme se depreende da leitura do art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse mesmo artigo prevê as causas que ensejam a custódia preventiva (requisitos), autorizando-a para a garantia da ordem pública e da ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Por sua vez, o art. 313 do Código de Processo Penal, em seu inciso I, diz que será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 anos.

Ainda, destaque-se que a conversão das medidas cautelares em prisão preventiva é possível, desde que ainda presentes os requisitos daquela.

No caso em apreço, indícios suficientes de materialidade e autoria se comprovam por meio dos depoimentos testemunhais colhidos em Juízo (f. 473-474) e pelos demais documentos constantes no inquérito policial.

A testemunha Diego dos Santos Oliveira declarou que o filho do réu teria dito que iria voltar para matar o "bonecão"; que após certa confusão, o réu voltouno local armado quando disparou um tiro na direção do "bonecão" quando esse pegou uma cadeira nas mãos; que acha que foram disparados aproximadamente 5 tiros.

A testemunha Taynara Larissa Calastro declarou que estava dentro da conveniência conversando com a mulher do "neném", quando chegou o réu e a depoente ouviu o tiro; que a declarante saiu pra fora e viu o acusado em pé e atirando, mas não sabe dizer em qual direção; que se escondeu com sua amiga; que após o acusado ir embora, saiu pra fora e viu o Rodrigo caído com o tiro.

A testemunha Yara Ferraz Dacome declarou que quando o dono da conveniência estava somando a sua conta, o réu chegou no local; que quando o réu chegou, começou um "piseiro" pro lado de fora; que a mulher do dono da conveniência fechou as portas e ficaram pra dentro do local; que após sair, já viu o Rodrigo ao chão.

A respeito dos demais requisitos para a prisão preventiva, entendo que esta se faz necessária para a garantia da ordem pública. Verdadeiramente, os crimes em tela são graves (duas tentativas de homicídio e um homicídio consumado), sendo que a pena máxima em abstrato dos mesmos ultrapassam a margem de 30 (trinta) anos.

Outrossim, tamanha é a gravidade da situação que o caso teve enorme repercussão na sociedade local de forma que obriga o Poder Judiciário, amparado em fortes provas de autoria e materialidade, repelir eventuais sensações de impunidade.

O descumprimento da medida cautelar (prisão domiciliar) se consubstancia pelo depoimento da informante Patrícia Aparecida Vargas, onde relata que conhece o acusado de vista; que não sabe se o acusado voltou a abrir um bar, mas que o viu caminhando livremente na rua; que a informante ficou em choque e tremia muito, ficando muito mal (f. 556).

Não fosse apenas isso, a substituição da prisão em flagrante por prisão domiciliar só foi admitida de forma breve e momentânea, conforme pontuado na decisão de f. 44-46 do APF n. 0001671-96.2016.8.12.0031, em razão do acusado encontrar-se debilitado em razão de procedimento cirúrgico, condição essa que não mais subsiste, haja vista que foi encontrado caminhando livremente pela cidade.

Isso posto, defiro o pedido ministerial para o fim de converter a prisão domiciliar e decretar a prisão preventiva do acusado Leonardo Salazar, brasileiro, solteiro, portador do RG nº 472677 SSP/MS, CPF n.860.100.391-04, nascido aos 11.04.1967, natural de Ponta Porã/MS, filho de Clementina Salazar, podendo ser encontrado na Rua Estrela da Manhã, nº 545, Jardim Adonai, Caarapó-MS ou Rua da Felicidade, nº 137, Vila Nova, em Caarapó-MS.

Serve cópia dessa decisão de mandado de prisão preventiva, com validade até 15/10/2036, que deverá ser imediatamente encaminhado à autoridade policial local para cumprimento.

Não sendo encontrado o réu pela autoridade policial local, determino que a serventia faça constar o respectivo mandado no Banco Nacional dos Mandados de Prisão, remetendo-se cópia do mesmo à Polinter.

Ademais, defiro o requerimento de f. 575, para o fim de determinar a expedição de ofício à autoridade policial requisitando a remessa do Laudo de Exame de Corpo de Delito Indireto da vítima Rogério Fonseca Balbino.

Retire-se o "sigilo externo" do processo após decorrido o prazo de 24 horas do recebimento do mandado de prisão pela autoridade policial.

Cumpra-se. Às providências.

Como se vê, o "sigilo externo" só foi atrelado ao feito, por determinação judicial, fundada, por sua vez, no artigo 178, do Código de Normas da Corregedoria-Geral desta Corte, conforme o expresso nas informações prestadas, *in verbis:*

(...) Por fim, é de se ressaltar que o sigilo da processo foi decretado tão somente pelo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para o fim de possibilitar que a autoridade policial cumprisse a prisão antes que o réu dela tomasse conhecimento e se evadisse.

> A propósito, o art. 178, do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça bem prevê que: "é vedado aos escrivães ou diretores de cartório ou a quaisquer auxiliares intimar as partes ou dar conhecimento a terceiros da expedição de mandado de prisão, antes de decorridas vinte e quatro horas da entrega do mandado à polícia ou a quem estiver encarregado de efetuar a prisão (...).

Ocorre que o mandado de prisão foi entregue à autoridade policial em 23 de fevereiro de 2017, às 15:44 horas. E, na data de 24 de fevereiro de 2017, às 15:45 horas, foi cumprido. Ou seja, quando efetivada a prisão, a serventia não poderia ter intimado as partes, ou ainda, retirado o "sigilo externo", haja vista pender o prazo estipulado normativamente. Acrescente-se que, diligentemente, quando verificado o cumprimento do mandado pela escrivania, na mesma data, 24 de fevereiro de 2017, retirou-se o "sigilo externo" (fls. 587; 588-591; 592; 0001740-31.2016.8.12.0031).

Outrossim, o paciente não foi transferido da prisão domiciliar para o encarceramento somente por estar transitando na via pública, mas sim porque as razões que sustentaram a benesse haviam desaparecido, haja vista não mais convalescer.

Logo, inexistem irregularidades/nulidades processuais.

De outro lado, entendo que não mais persistem razões para mantença da medida extrema.

Explico.

O crime teoricamente cometido pelo requerente é extremamente grave.

Todavia, não mais persiste o *periculum libertatis*, eis que liberdade do paciente não afronta a ordem pública ou a econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a aplicação da lei penal, bastando a imposição de medidas cautelares em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Conforme o comprovado nos autos, o paciente detém bons antecedentes, ocupação lícita (pequeno empresário, proprietário de uma mercearia) e endereço certo (fls. 26-27; 28-31).

Desta feita, salvo prova em contrário, o crime, em tese, praticado consiste em fato isolado na trajetória do paciente.

E, tendo em vista que, a lei n. 12.403/2011 permitiu a inserção de medidas cautelares, quando desarrazoada a prisão, tornando-a uma espécie de *ultima ratio*, da qual o julgador só se valeria excepcionalmente.

Com essa inovação, afastou-se a rigidez da lei adjetiva penal, outrora vigente, nos termos da lição de Andrey Borges de Mendonça, *in verbis:*

> [...] Com o intuito de concretizar o caráter subsidiário da prisão cautelar, diversas outras medidas cautelares são criadas (art. 319), de sorte a conferir ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão apenas como *última ratio*. Em síntese, o legislador trouxe alternativas à prisão processual, para que o magistrado possa adequá-las à realidade e à hipótese que está *sub judice*, pois o sistema anterior não permitia uma verdadeira gradação das medidas cautelares. […]

> Assim, a prisão processual, na escala de gravidade, passa a ser a última opção, reservada apenas para situações muito graves ou nas quais as medidas anteriores se mostrarem ineficazes. A prisão processual passa a ser medida cautelar subsidiária, a depender da inadequação ou ineficiência das demais medidas para tutelar os bens jurídicos do processo. (Prisão e outras medidas cautelares pessoais – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 26).

E no caso dos autos, em que pese estar demonstrado o *fumus comissi delicti* pela autoridade indigitada coatora, não se verifica, pelos fundamentos apresentados na decisão combatida, a presença de elementos concretos a evidenciar a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Neste sentido,

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO (NÃO CONHECIMENTO). HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA À AUTORIDADE POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (precedentes). 2. A apresentação espontânea à autoridade policial não impede a decretação da prisão provisória, tampouco serve de motivo para a sua revogação, caso a necessidade do cárcere se faça presente (precedentes). 3. Todavia, o fundamento para a decretação da segregação cautelar fica superado com a apresentação espontânea do réu, aliada às suas condições pessoais favoráveis, se a fuga do distrito da culpa após o cometimento do delito for o único motivo constante do Decreto prisional (precedentes). 4. Caso em que não resta caracterizado o *periculum libertatis*, ante a apresentação espontânea do paciente à delegacia de polícia, confessando a autoria da prática delitiva, a fim de colaborar com a instrução. A medida extrema não se mostra mais necessária a resguardar a aplicação da Lei penal. 5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para revogar a prisão preventiva decretada contra o paciente, com a advertência de que deve permanecer no distrito da culpa, atendendo aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova e fundamentada aplicação de medida cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual, caso demonstrada a sua necessidade. (STJ; HC 329.375; Proc. 2015/0161772-1; TO; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 08/09/2015).

Desse modo, com o parecer, concedo a ordem, a fim de substituir a prisão preventiva de Leonardo Salazar, brasileiro, casado, comerciante, residente e domiciliado na Rua Estrela da Manhã, Nº 545, Bairro Jardim Adonai, CEP: 79.940-000, na cidade de Caarapó-MS, pelas seguintes medidas cautelares:

a) Comparecimento bimestral em juízo para informar comprovar o endereço, mediante comprovante de residência, e suas atividades;

b) Proibição de ausentar-se da Comarca, sem prévia autorização do juízo competente;

c) Proibição de freqüentar bares e congêneres;

Não é demais lembrar que o desrespeito a tais condições poderá ensejar revogação das medidas, restaurando-se a segregação cautelar.

Em prevalecendo este voto, expeça-se alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 30 de março de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1402798-46.2017.8.12.0000 - Aquidauana
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E AMEAÇA – ARTIGO 12, DA LEI N. 10.826/03 E ARTIGO 147, DO CÓDIGO PENAL – A, EM TESE, VÍTIMA É ENTEADO DO PACIENTE, NÃO SE APLICANDO A LEI N. 11.340/2006 – PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL, CUJO FUNDAMENTO ESTÁ ADSTRITO À VÍTIMA ESTRANHA À DENÚNCIA – INTERREGNOS ENTRE A PRISÃO EM FLAGRANTE E PREVENTIVA SÃO DEVERAS LONGOS (MAIS DE 02 ANOS) – PACIENTE COM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO (POR FATO OCORRIDO HÁ MAIS DE 07 ANOS) – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA – CONDIÇÕES PESSOAIS CONTEMPORÂNEAS FAVORÁVEIS – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

Em tese, a vítima é enteado do paciente, não se aplicando a Lei n. 11.340/2006.

Preso em flagrante, por conta, em tese, da prática do crime descrito no art. 147, do Código Penal, e no art. 12 da Lei nº 10.826/03. Foi solto, mediante o pagamento de fiança, na data de 15 de fevereiro de 2015 (fls. 19-20; 0001146-32.2015.8.12.0005). O impetrado impôs medida protetiva no sentido de que não mantivesse contato com a vítima e sua genitora (ex-convivente).

Decretou-se prisão preventiva, em 03 de março de 2017, por conta de ato praticado, em tese, contra sua ex-convivente, e não em desfavor de seu enteado.

Como se vê a denúncia narra fatos praticados, em tese, contra o enteado, testemunhados, por sua vez, pela mãe daquele (e ex-convivente do paciente). E a prisão preventiva foi decretada por delito praticado, em tese, somente contra a ex-convivente.

Ou seja, embora decretada na ação penal em trâmite por fato adstrito ao enteado, o encarceramento fundou-se em delito praticado, em tese, somente contra a ex-convivente (não descrito no inquérito policial, quão menos na denúncia do feito de origem).

Outrossim, entre os fatos, se praticados, verifica-se um período de pouco mais de 02 (dois) anos – o denunciado data de 15 de fevereiro de 2015 e o que ensejou o decreto prisional de 12 de fevereiro de 2017. Logo, cuida-se fato novo, praticado contra vítima diversa, em nada se coadunando ao objeto da ação penal de originária.

No entanto, embora o Ministério Público considere-o primário, em consulta à Comarca de origem, através do Sistema de Automação da Justiça – SAJ, verifica-se a existência da execução de pena de n. 0002585-78.2015.8.12.0005, ainda em trâmite, na qual fora condenado pela prática do crime descrito no artigo 15, caput, da Lei 10.826/2003. Entretanto, a conduta data de 26 de setembro de 2009.

Todavia, conquanto ostente condenação transitada em julgado, os lapsos temporais entre as condutas são deveras longos. E o fato que gerou a execução de pena ocorreu em 26 de setembro de 2009.

Portanto, as penas máximas previstas para os crimes imputados, mesmo somadas, não importam em mais de 04 (quatro) anos, além de não envolverem violência doméstica. Detém endereço certo e atividade lícita, devendo-se substituir a medida extrema por cautelares não tão gravosas.

Ordem parcialmente concedida. Com o parecer da PGJ.

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, conceder em parte a ordem.

Campo Grande, 20 de abril de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

A advogada Lígia Martins Gonçalves, inscrita na OAB-MS sob o n.17.327, em favor de Ismael Ferreira de Matos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana-MS.

A impetrante narra que o paciente foi preso preventivamente por ter descumprido medida protetiva.

Todavia, o paciente nega.

Afirma que, na Ação Penal sob o n. 0001146-32.2015.8.12.0005, apura-se crime de ameaça e de porte de arma, fatos que, de início, acarretaram sua prisão em flagrante. No entanto, substitui-se a medida extrema por medidas protetivas.

Porém, o Ministério Público argumentou que por diversas vezes foram inobservadas, razão pela qual se decretou a prisão preventiva.

Entretanto, alega que o pleito ministerial não foi instruído a contento.

Outrossim, aduz que, em havendo condenação, o regime imposto será diverso do fechado, além de deter residência fixa, de seus antecedentes criminais não constam a prática de delitos/crimes de alta periculosidade, compareceu espontaneamente e é portador de doença denominada Espondilodiscopatia degenerativa na coluna lombar, necessitando de acompanhamento.

Assim, postula pelo deferimento da liminar, expedindo-se alvará de soltura. Subsidiariamente, requer que a prisão dê lugar às medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Ao final, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 66-68.

As informações foram prestadas às fls. 72-90.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão parcial da ordem, substituindo-a por medidas cautelares diversas (fls. 93-100).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

A advogada Lígia Martins Gonçalves, inscrita na OAB-MS sob o n.17.327, em favor de Ismael Ferreira de Matos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana-MS.

A impetrante narra que o paciente foi preso preventivamente por ter descumprido medida protetiva.

Todavia, o paciente nega.

Afirma que, na Ação Penal sob o n. 0001146-32.2015.8.12.0005, apura-se crime de ameaça e de porte de arma, fatos que, de início, acarretaram sua prisão em flagrante. No entanto, substitui-se a medida extrema por medidas protetivas.

Porém, o Ministério Público argumentou que por diversas vezes foram inobservadas, razão pela qual se decretou a prisão preventiva.

Entretanto, alega que o pleito ministerial não foi instruído a contento.

Outrossim, aduz que, em havendo condenação, o regime imposto será diverso do fechado, além de deter residência fixa, de seus antecedentes criminais não constam a prática de delitos/crimes de alta periculosidade, compareceu espontaneamente e é portador de doença denominada espondilodiscopatia degenerativa na coluna lombar, necessitando de acompanhamento.

Assim, postula pelo deferimento da liminar, expedindo-se alvará de soltura. Subsidiariamente, requer que a prisão dê lugar às medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Ao final, pugna pela concessão da ordem em definitivo.

A liminar foi indeferida às fls. 66-68.

As informações foram prestadas às fls. 72-90.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela concessão parcial da ordem, substituindo-a por medidas cautelares diversas (fls. 93-100).

Era o que me cabia rememorar.

Conheço do *writ*.

Assiste razão ao Ministério Público.

De fato, a, em tese, vítima é enteado do paciente, não se aplicando a Lei n. 11.340/2006, conforme esta Corte:

EMENTA - *HABEAS CORPUS* - DELITO DE AMEAÇA - SUJEITO PASSIVO DO GÊNERO MASCULINO - INAPLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA - COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL - ORDEM

> CONCEDIDA. **Na hipótese, o sujeito passivo é homem e o gênero masculino não desloca a competência para a Justiça Comum para aplicação da Lei Maria da Penha. Somente vítima de violência no âmbito doméstico ou familiar do gênero feminino são abarcadas pela citada Lei disposição do art. 1º da Lei 11.340/2006.** Devolução dos autos ao Juizado Especial Criminal. Grifei (TJMS. *Habeas Corpus* n. 0601527-11.2012.8.12.0000, Cassilândia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 12/11/2012, p: 28/11/2012)

Pois bem, afastada a circunstância de violência doméstica.

O paciente foi denunciado como incurso no art. 147, do Código Penal, e no art. 12 da Lei nº. 10.826/03.

Preso em flagrante, foi solto mediante o pagamento de fiança, na data de 15 de fevereiro de 2015 (fls. 19-20; 0001146-32.2015.8.12.0005)

O impetrado impôs medida protetiva no sentido de que o paciente não mantivesse contato com a vítima e sua genitora (fls. 42-43; 000780-90.2015.8.12.0005).

Todavia, em 03 de março de 2017, decretou-se a prisão preventiva nos seguintes termos:

> Trata-se de pedido de prisão preventiva formulado por Ministério Público Estadual em desfavor de Ismael Ferreira de Matos, sob o argumento de que o autor do fato descumpriu medida protetiva.
>
> Realmente, verifica-se dos autos n° 0000780-90.2015.8.12.0005, que à ofendida foi deferida medida protetiva, nos termos do art. 22 da Lei nº 11.340/06.
>
> O autor do fato, contudo, descumpriu medida protetiva da qual foi devidamente intimado.
>
> A conduta do autor do fato não deixa dúvidas de que pretende continuar praticando atos ilícitos contra a ofendida, mesmo após decisão judicial para resguardar a vítima na integralidade.
>
> Assim, nos termos do art. 313, IV, do CPP, e por entender que está configurada um dos requisitos para a prisão preventiva do acusado, consistente na conveniência da instrução criminal, notadamente porque está agindo contra a ofendida, vítima na situação, DECRETA-SE a prisão preventiva de Ismael Ferreira de Matos.
>
> Expeça-se o respectivo mandado de prisão.
>
> Ciências às partes.
>
> Às providências e intimações necessárias.

Porém, conforme o aludido pela Procuradoria de Justiça, o crime, se praticado, foi contra o enteado, e não contra sua ex-convivente, *in verbis* (0001146-32.2015.8.12.0005):

> (...) Consta do incluso inquérito policial que, no dia 15/02/2015 por volta das 14:40 horas o denunciado mantinha sob sua guarda, nas dependências de sua residência, um revólver calibre 38, marca Taurus, n de série Kl83749, municiado com 05 (cinco) cartuchos intactos, sem autorização e me desacordo com a determinação legal e regulamentar, sendo que, ainda, utilizando-se da respectiva arma, ameaçou matar seu enteado Flávio Rogério Gonçalves.

> Conforme se apurou, o denunciado, que estava na posse do revólver supramencionado, disse para sua esposa Tania Regina Gonçalves que quando encontrasse seu enteado Flávio Rogério Gonçalves (filho de Tania) iria matá-lo. Diante da ameaça Flávio Rogério Gonçalves (filho de Tania), iria matá-lo. Diante da ameaça proferida pelo denunciado, Tania, temendo que algo de ruim acontecesse com seu filho Flávio, acionou a Polícia Militar.
>
> O denunciado notou a chega dos policiais, sendo que, imediatamente, enterrou o revólver no canteiro do jardim que fica em frente da casa. Contudo, após realizarem uma vistoria na residência, os policiais militares encontraram o revólver que estava enterrado, municiado com 05 (cinco) cartuchos intactos.
>
> Cumpre informar que Flávio não reside na casa de sua mãe Tania desde os treze anos de idade, em virtude do mau relacionamento que tinha com o denunciado pelo fato deste ser muito agressivo.
>
> Urge ressaltar que o denunciado confessou em seu interrogatório (f. 09) que tirou o revólver de dentro de um cofre e disse para sua esposa Tania que se Flávio não pagasse o que estava lhe devendo, o iria 'detonar'.
>
> Consoante laudo pericial acostado à f. 31-34, restou devidamente comprovado que o armamento apreendido está apito a produzir disparos, constatou-se que o seu proprietário é Daniel Ribeiro Marcelino, cabo da Policial Militar deste Estado.
>
> Posto isto, Denuncia-se Ismael Ferreira de Matos, como incurso nas penas do artigo 12, da Lei nº 10.826/2003 e do artigo 147, *caput*, do Código Penal, requerendo seja a presente recebida, distribuída e consequentemente, inciado o devido processo legal, com a citação, normal instrução, até final decisão condenatória, obedecendo-se ao rito previsto para o procedimento ordinário.

Como se vê a denúncia narra fatos praticados, em tese, contra Flávio Rogério Gonçalves, testemunhados, por sua vez, por Tânia Regina Gonçalves.

E a prisão preventiva foi decretada por delito praticado, em tese, somente contra Tânia Regina Gonçalves.

Ou seja, embora decretada na ação penal em trâmite por fato adstrito a Flávio Rogério Gonçalves, o encarceramento fundou-se em delito praticado, em tese, somente contra Tânia Regina Gonçalves (não descrito no inquérito policial, quão menos na denúncia do feito de origem).

Outrossim, entre os fatos, se praticados, verifica-se um período de pouco mais de 02 (dois) anos – o denunciado data de 15 de fevereiro de 2015 e o que ensejou o decreto prisional de 12 de fevereiro de 2017.

Logo, cuida-se fato novo, praticado contra vítima diversa, em nada se coadunando ao objeto da ação penal de n. 0001146-32.2015.8.12.0005.

No entanto, consigno que, embora o Ministério Público tenha-o considerado primário, em consulta à Comarca de origem, através do Sistema de Automação da Justiça – SAJ, verifica-se a existência da execução de pena de n. 0002585-78.2015.8.12.0005, ainda em trâmite, na qual fora condenado pela prática do crime descrito no artigo 15, *caput*, da Lei 10.826/2003. No entanto, a conduta data de 26 de setembro de 2009.

Nisto, concluo que o paciente não é primário.

Todavia, conquanto ostente condenação transitada em julgado, os lapsos temporais entre as condutas são deveras longos. E o fato que gerou a execução de pena ocorreu em 26 de setembro de 2009.

Portanto, as penas máximas previstas para os crimes imputados, mesmo somadas, não importam em mais de 04 (quatro) anos, além de não envolverem violência doméstica. Detém endereço certo e atividade lícita.

Diante do exposto, com o parecer, concedo em parte a ordem, a Ismael Ferreira de Matos, brasileiro, natural de Anaurilândia-MS, filho de José Ferreira Matos e Lídia Pinto de Matos, casado, autônomo, portador do CIRG n. 233064Z/MEXMS, inscrito no CPF nº356.833.501-82, nascido em 30/01/1966, se por outro motivo não estiver preso, mediante a imposição de medidas cautelares alternativas:

> I - Comparecimento mensal em juízo para comprovar o endereço atual, mediante apresentação de fotocópia de comprovante de residência;
>
> II - Dever de comparecer a todos os atos processuais de que for intimado;
>
> III - Proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização do juízo competente;

Insta ressaltar que o descumprimento das medidas poderá resultar na decretação de nova prisão, nos termos do parágrafo único do artigo 312, do Código de Processo Penal.

Prevalecendo este voto, expeça-se alvará de soltura, fazendo-se constar as medidas cautelares e advertência acerca de seu descumprimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, concederam em parte a ordem.

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. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 20 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0034106-58.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – BEM MÓVEL RETIRADO DA REPARTIÇÃO PARA VENDA EM BENEFÍCIO PRÓPRIO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE EXAME PERICIAL – REJEITADA POR DISCRICIONARIEDADE FUNDAMENTADA – MÉRITO – REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – VIABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – NÃO INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 26 DO CP – DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – JUSTIÇA GRATUITA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – PERDA DO CARGO DESARRAZOADA AO CASO – PARCIAL PROVIMENTO.

Para instauração de incidente de insanidade mental, deve haver no mínimo indícios da doença mental acometida, nos termos do art. 149 do CPP, o que não restou demonstrada nos autos. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

A pena-base deve ser fixada no mínimo legal se não houver circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Descabe redução da pena abaixo do mínimo na segunda fase da dosimetria, conforme Súmula 231 do STJ.

Para aplicação da sanção de perda do cargo, a decisão deve ser fundamentada, pois não configura efeito automático da sentença condenatória, o disposto no art. 92, I, "a" do CP.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, substitui-se a pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos.

Sendo o réu assistido pela Defensoria Pública Estadual deve ser concedido os benefícios da justiça gratuita.

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.

Campo Grande, 2 de maio de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Radir Mateus Castro Freitas Filho contra a sentença de fls. 175/188, que o condenou com incurso no art. 312, § 1° do CP, à pena de 02 anos de reclusão em regime inicial aberto e 100 dias-multa, à razão de 1/30 do salário.

Pugna, preliminarmente, a declaração de nulidade por cerceamento de defesa, diante do indeferimento da perícia da alegada insanidade mental do recorrente.

No mérito, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, redução da pena de multa, aplicação do previsto no artigo 26, parágrafo único do CP, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, exclusão dos efeitos da perda do cargo público e isenção do pagamento das custas processuais.

Em contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público (fls. 222/244), pleiteou pelo parcial provimento do apelo, a fim de que seja concedida a isenção do pagamento das custas processuais.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou (fls. 249-281), pelo parcial provimento, a fim de que seja afastada a perda do cargo público.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Radir Mateus Castro Freitas Filho contra a sentença de fls. 175/188, que o condenou pela prática do crime de peculato (art. 312, § 1°, do CP) cometido no dia 20/04/12, na Academia de Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, com a subtração de um *data show*, à pena de 02 anos de reclusão em regime inicial aberto e 100 dias-multa, à razão de 1/30 do salário.

Pugna, preliminarmente, a declaração de nulidade por cerceamento de defesa, diante do indeferimento da perícia da alegada insanidade mental do recorrente.

No mérito, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, redução da pena de multa, aplicação do previsto no artigo 26, parágrafo único do CP, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, exclusão dos efeitos da perda do cargo público e isenção do pagamento das custas processuais.

Da preliminar de nulidade da sentença

O apelante alega que houve cerceamento de defesa, diante da não realização de perícia médica, a apurar sua tese de que é portador de transtorno mental (cleptomania).

Tal prova foi indeferida pelo Juízo em decisão de fls. 72/77 com os seguintes argumentos:

> Em suma, é necessário a existência da dúvida. A dúvida é objetiva, conforme acima dito.
>
> São atos praticados pelo acusado, os quais por dedução lógica, levam a conclusão (relação de causalidade), com grande probabilidade (possibilidade), de que é insano mentalmente.
>
> Ou seja, da existência de fatos praticados pelo acusado (e provados), analisados pelas regras da experiência comum, subministrada pela observação do que ordinariamente acontece, conclui-se que, com grande probabilidade, o acusado possui uma insanidade mental.
>
> Assim, inexistindo elementos que suscitem dúvidas razoáveis quanto à sanidade mental do acusado desnecessário o incidente.

> Portanto, não basta o mero requerimento do Promotor ou da Defesa para que o incidente seja instaurado.
>
> (...)
>
> A cleptomania é definida como transtorno caracterizado pela impossibilidade repetida de resistir aos impulsos de subtrair objetos, onde os objetos não são subtraídos por sua utilidade imediata ou seu valor monetário. Este comportamento se acompanha habitualmente de um estado de tensão crescente antes do ato e de um sentimento de satisfação durante e imediatamente após sua realização (CID F63).
>
> (...)
>
> Portanto, o acusado tanto tinha consciência da conduta delitiva e tinha capacidade para autodeterminar-se, posto que evidente a inexistência da cleptomania.
>
> Alias, diga-se, sua consciência é plena, posto que tem capacidade intelectiva para trabalhar, sabe qual o crime que cometeu, não se mostra arrependido, não expressa sinais de culpa, etc (...)
>
> Se isto não bastasse, não existem provas que o acusado era portador do transtorno mental de cleptomania na época dos fatos, posto que o parecer médico data de 04 (quatro) meses depois da ocorrência dos fatos relatados na denúncia.

Percebe-se que houve justificado motivo para indeferimento do requerimento da prova, pois não houve sequer indícios da alegada doença, uma vez que o réu subtraiu o bem público com a finalidade de auferir lucro. Ou seja, se fosse cleptomaníaco, teria necessidade de subtrair o objeto para uso próprio.

Ademais, o réu deveria ter comprovado a doença por laudo e exames médicos, mas o único documento juntado à fl. 68 faz prova em contrário do alegado, pois afirma que tal doença impulsiona o indivíduo a pegar objetos alheios, sem finalidade de angariar benefícios pessoais.

Outrossim, o médico que emitiu parecer indicou tratamento psiquiátrico e psicológico, mas nenhum documento foi juntado aos autos acerca da realização do alegado acompanhamento necessário.

Portanto, percebe-se que não havia qualquer plausibilidade na referida tese de defesa, a gerar dúvida razoável sobre a imputabilidade do acusado.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS*. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL (§ 1º DO ART. 156 DO CPM). PEDIDO INDEFERIDO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. PACIENTE QUE NÃO FOI LOCALIZADO PARA A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. O DEFERIMENTO DA PERÍCIA REQUER A CONFIGURAÇÃO DE DÚVIDA RAZOÁVEL. OCORRÊNICA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A instauração do incidente de insanidade mental pressupõe a configuração de dúvida razoável sobre a própria imputabilidade criminal do acusado. Pelo que se trata de um incidente que não é de ser deferido apenas porque o peça a defesa.
>
> 2. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que a falta de realização da perícia médica cujo objetivo seja avaliar a imputabilidade criminal do acusado somente causa a nulidade do processo-crime quando de logo salta a ilegalidade, ou o abuso de poder. Precedente: RHC 80.546, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. (STF - HC 91601 RS, 1ª Turma, DJe-048 public. 13/03/09, Relator Min. Carlos Britto)

Diante disso, afasto a arguição de cerceamento de defesa e rejeito a preliminar de nulidade arguida.

Da redução da pena base.

Para fixação da pena-base acima do mínimo legal, o juiz considerou algumas circunstâncias desfavoráveis, assim justificadas:

> Os antecedentes não são bons, posto a existência de inquéritos policiais e processos criminais (porém, a sua vida pregressa não será considerada para a aplicação da pena base no que pertine aos antecedentes STJ, súmula 444); sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão, fato este que evidencia ter personalidade propensa a pratica criminosa, posto que dotado de periculosidade e perseverante na pratica delitiva, e, também, denota a insensibilidade moral e desprezo pelas vítimas, posto que insensível ao sofrimento físico, moral e patrimonial a que as submete, em decorrência do extremo potencial lesivo da conduta. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade, sensibilidade e afetuosidade com a vitima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; que o motivo, estímulo primário da conduta, é injustificável, vez que buscava auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem em conduta totalmente reprovável, em vez de dedicar-se ao trabalho honesto (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador); que as conseqüências são graves, posto que, além dos danos patrimoniais (resultado elemento do tipo), a ação do condenado certamente causou traumas psicológicos aos servidores, sequer com sequelas irreversíveis (resultado não é elemento do tipo).

Assim, foram consideradas desfavoráveis os antecedentes, a conduta social "reprovável", a personalidade "propensa a prática criminosa", os motivos do crime "auferir vantagem" e as consequências "traumas psicológicos nos servidores" e "sequelas irreversíveis".

Entretanto, da análise do caso concreto, não vislumbro a necessidade de exacerbação da pena, pois com relação aos antecedentes, não há demonstração da vida pregressa do acusado; a conduta social, tanto no contexto profissional e coletivo, não há indícios de que o réu utiliza o crime como meio de vida, pois não há antecedentes criminais; o motivo negativo de "auferir vantagem" decorre do próprio tipo penal; e as consequências não tem nexo com o fato delituoso, pois não houve trauma psicológico dos servidores, pois sequer ocorreu emprego de violência ou grave ameaça.

Ressalte-se que, segundo entendimento do Pleno do STF (RE 591054), "a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena".

Diante disso, não havendo fundamento para valoração negativa das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) do crime de peculato cometido, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, fixada à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, na primeira fase de dosimetria da pena.

Na segunda fase, deve incidir a atenuante da confissão espontânea, conforme disposição do *caput* do art. 65 do CP. Todavia, fixada a pena-base no mínimo legal, diante do Enunciado de Súmula n.º 231 do STJ, a pena não pode ficar aquém do mínimo cominado.

Nessa senda, fixo a pena para esta fase, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, fixada à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Para terceira fase, não vislumbro presente a causa de diminuição da pena prevista no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, diante do indeferimento da preliminar aventada, acerca da saúde mental do réu.

E, mantendo-se os termos da sentença, com fulcro no art. 33 do CP, fixo o regime aberto para cumprimento inicial da condenação.

Por fim, preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente em: 1) prestação pecuniária, correspondente ao valor do bem subtraído (R$ 600,00 – fl. 35), devidamente atualizado pelo índice IGPM, desde a data da avaliação (22/05/12), em favor do órgão vitimado; 2) prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da execução.

Da perda do cargo público

Tem-se que a sentença condenatória decretou, além das penas acima cominadas, a perda do cargo público exercido pelo réu, como agente da polícia científica, com fulcro no art. 92, inc. I, "a" do CP, assim fundamentada:

> Decreto a perda do cargo público, posto que o crime foi praticado com violação de dever para com a Administração Pública, consoante entendimento unanime da doutrina e jurisprudência patria (CP, art. 92, I, 'a').

Entretanto, conforme entendimento do STJ, a perda do cargo não é efeito automático da sentença de condenação, requisitando motivação expressa, nos termos do parágrafo único, do art. 92 do Código Penal (REsp. 1383921 – RN, 6ª Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.06.15).

Percebe-se, portanto, que o Juízo *a quo* aplicou automaticamente o efeito, sem contudo, motivar a necessidade.

E como visto, a penalidade decorreu da apropriação de um data show, no valor de R$ 600,00, sendo o réu primário, configurando desarrazoado a aplicação da sanção de perda do cargo, cumulada com as penas já aplicadas, com incurso no art. 312, § 1º do CP.

Assim, nesse ponto, dou provimento ao recurso, para o fim de afastar a penalidade de perda do cargo imputada ao réu.

Das custas processuais

Com relação ao pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita, defiro-o, com fulcro no art. 98 do CPC/15.

Isso porque a parte é policial civil, representado pela Defensoria Pública, elementos suficientes para comprovação de hipossuficiente financeiro.

Assim, o pagamento das custas e despesas processuais ficam diferidos, nos termos do art. 98, §§2º e 3º do CPC/15.

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento suscitado pelo Ministério Público, tem-se que as matérias questionadas foram inteiramente apreciadas e debatidas, sendo desnecessária a indicação pormenorizada das normas legais correspondentes.

Ante o exposto, em parte com o parecer, rejeito a preliminar de nulidade arguida e dou parcial provimento ao recurso para fixar a pena em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, fixada à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, no regime inicial aberto e afastar a condenação à perda do cargo público. Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistente em: 1) prestação pecuniária, correspondente ao valor do bem subtraído (R$ 600,00 – fl. 35), devidamente atualizado pelo índice IGPM, desde a data da avaliação (22/05/12), em favor do órgão vitimado; 2) prestação de serviços à comunidade, a ser definida pelo Juízo da execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 02 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação n.º 0040791-47.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – ART. 339 DO CP – ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO CONFIGURADO – INICIADA INVESTIGAÇÃO POLICIAL COM VÁRIAS DILIGÊNCIAS – DOLO DEMONSTRADO PELO PRÓPRIO INTERROGATÓRIO DO RÉU – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA EM CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Se ficou demonstrado que diligências policiais foram realizadas para investigação do falso crime noticiado pelo réu, configurado o elemento objetivo do tipo previsto no art. 339 do CP.

O fato do autor ter consciência da ilicitude de sua conduta de imputar falso crime à vítima, demonstra o dolo (elemento subjetivo) do tipo, independente das causas que o motivaram.

Não há possibilidade de aplicação do princípio da bagatela imprópria em crimes contra a Administração Pública.

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, 6 de junho de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Willian Pereira Domingos interpõe recurso de apelação contra sentença (fls. 107/111) que o condenou pela prática do crime de denunciação caluniosa, previsto no art. 339 do CP, à pena de reclusão de 02 anos e 10 dias-multa, em regime aberto, com substituição por restritiva de direito.

Argumenta em suas razões (fls. 126/144), inexistência do elemento objetivo do tipo, por falta de instauração de inquérito policial, ausência de dolo, bem como aplicação do princípio da bagatela, requerendo assim, sua absolvição.

Contrarrazões do Ministério Público (fls. 148/156), pelo improvimento do recurso. Suscita ainda, prequestionamento.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer (fls. 163/172), opina pelo conhecimento, mas não provimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Willian Pereira Domingos interpõe recurso de apelação contra sentença que o condenou pela prática do crime de denunciação caluniosa, previsto no art. 339 do CP, à pena de reclusão de 02 anos e 10 dias-multa, em regime aberto, com substituição por restritiva de direito.

Pois bem. Extrai-se da denúncia (fls. 02/03) que:

> O denunciado registrou o Boletim de Ocorrência nº 4683/2012, acusando a vítima Marcelo, de ter se apropriado indevidamente do caminhão VW CNM 15.180, placas JZZ 6539, da qual tinha a posse. Dessa forma, incorreria Marcelo, no delito de apropriação indébita, tipificado no artigo 168 do Código Penal.
>
> Segundo o referido B.O, o denunciado teria emprestado o citado caminhão, no dia 10 de dezembro de 2011, à vítima Marcelo, sendo que após dois meses, ele deveria proceder à entrega do veículo. Relatou, ainda, o denunciado, que transcorridos o prazo para a devolução, a vítima não teria lhe entregado o bem, bem como estaria supostamente tentando se esquivar de proceder a sua devolução.
>
> Ao final da investigação policial, constatou-se que, na verdade, Marcelo havia adquirido o veículo, para ele próprio, em financiamento, em nome do denunciado, responsabilizando-se pela quitação das prestações no valor de R$ 2.878,90 (dois mil e oitocentos e setenta e oito reais e noventa centavos) mensais, junto à instituição BV Financeira S/A.
>
> Apurou-se que o denunciado, pelo fato de constarem três parcelas vencidas, em mora, portanto, referentes ao financiamento do caminhão, e por não ter conseguido entrar em contato com Marcelo, decidiu registrar o B.O. Nº 4683/2012, dizendo que o caminhão estava emprestado a Marcelo e que não tinha sido devolvido, imputando falsamente à vítima, o crime de apropriação indébita.
>
> Afirma ainda o denunciado, que Marcelo efetuou o pagamento de todos os débitos em atraso, razão pela qual, nem se lembrou de que havia registrado o B.O. anteriormente.

Diante da sentença condenatória, pleiteia a defesa a absolvição do réu por inexistência do elemento objetivo do tipo, ausência de dolo, bem como aplicação do princípio da bagatela.

O apelo, todavia, não merece guarida, conforme fundamentação abaixo exposta.

Da ausência do elemento objetivo

Argumenta a defesa que somente haveria que se falar em crime de denunciação caluniosa, caso houvesse instauração de investigação policial contra a vítima, o que não teria ocorrido, faltando assim, o elemento objetivo do tipo penal.

No presente caso, observo que embora não tenha sido instaurado portaria para abertura de inquérito policial, houve diligências persecutórias pela polícia, inclusive com apreensão do veículo.

Extrai-se dos autos que o acusado efetivou o boletim de ocorrência n.º 4683/2012 em 13/03/12 (fls. 18/19), o bem foi apreendido em 15/07/13 (fl. 12), prestou declaração dia 17/07/13 (fls. 20/1), a vítima prestou depoimento em 15/07/13 (fls. 16/17), sendo o veículo devolvido à ela em 18/07/13 (fl. 23), o delegado elaborou relatório em 26/09/13 (fls. 26/7), remetendo-se os autos ao Juízo (fl. 23).

Percebe-se que ocorreu investigação policial, com a prática de vários atos procedimentais, configurando assim o delito imputado.

Ora, o crime de denunciação caluniosa, protege dois bens jurídicos, quais sejam, a honra da pessoa ofendida e a administração da justiça. No presente caso, por certo que o réu provocou a atividade policial indevida e inutilmente, configurando assim, a conduta tipificada no art. 339 do CP:

> Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha, em sua obra "Manual de Direito Penal – Parte Especial"[1]:

> O tipo começa punindo aquele que, mediante notícia mentirosa, dá causa à instauração de investigação policial. Em que pese grande parte da jurisprudência decidir que a caracterização do crime, no caso, dependeria da efetiva formação do inquérito policial (RT 504/301), não é o que prevalece na doutrina. Basta uma simples leitura do tipo incriminador para concluir-se bastar que a imputação de crime, a quem sabe inocente, acarrete investigação policial (simples e informal movimentação da autoridade no sentido de apurar os fatos), que não precisa assumir feições de inquérito policial.

Nesse passo, afasto a alegação de inexistência de elemento objetivo do tipo.

Da ausência de dolo

Alega a defesa que o réu não teve a intenção de incriminar a vítima, mas tão somente localizar o bem que estava financiado em seu nome.

Tal argumento não prospera, pois no próprio interrogatório do réu, tanto na fase policial, como em juízo, afirma que tinha consciência da ilicitude de sua conduta.

Para tanto, transcrevo sua declaração na fase policial (fl. 20):

> Na realidade o caminhão de placa JZZ 6539 foi comprado pelo declarante, parceladamente, em financiamento junto à BV financeira, mas o declarante apenas tirou o caminhão, emprestando o nome para Marcelo, sendo que pagou a entrada, em valor que não se recorda, e deveria todas as trinta e seis prestações do contrato, no valor de R$2.873,91, de modo que ao fim das prestações o declarante deveria passar o caminhão para o nome dele (Marcelo). [...] Que no fim do ano de 2011 Marcelo atrasou algumas prestações e a financeira começou a ligar várias vezes para o declarante. Que o declarante tentou contato com Marcelo repetidas vezes, mas o telefone sempre estava desligado e havia se mudado de casa. Que começou a temer que o caminhão fosse vendido ou passado para outras pessoas, sendo que decidiu ir à Delegacia e registrar a ocorrência, dizendo que o caminhão estava emprestado a Marcelo e que não tinha sido devolvido. Que sabe que o que fez foi errado, mas só o fez porque queria evitar que o veículo passasse para outro estado ou mesmo para países vizinhos. Que há alguns meses Marcelo foi atrás do declarante e pediu para que tirasse um novo documento para o caminhão, de modo que o declarante tirou o documento junto ao prático do coronel Antonino, que naquela ocasião não tinha nenhuma prestação atrasada. que como as prestações estavam em dia nem se lembrou de que havia registrado o B.O., e não tinha dito nada a Marcelo.

1 **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361) Rogério Sanches Cunha – 9 ed. – Salvador: JusPodivm, 2017.

Resta evidente que o réu teve dolo em imputar falso crime à vítima, mesmo que motivado para resguardar seu crédito, motivo porque nego provimento ao apelo nesta parte.

Da aplicação do princípio da bagatela imprópria

Com relação a esse tema, trata-se de infração que tem relevância para o ordenamento jurídico, mas sua punição é desnecessária, diante das circunstâncias do fato (art. 59 do CP).

Entretanto, tratando-se de crime contra Administração Pública, não é possível aplicação desse princípio.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃOPÚBLICA. PECULATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
>
> 1. O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa. (STJ - AgRg no REsp 1275835 SC 2011/0212116-0, 5ª Turma, DJe 01/02/2012, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu - desembargador convocado do TJ/RJ)

Pelo exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto pela defesa, mantendo inalterada a sentença condenatória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 06 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000953-36.2014.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – PLEITO ABSOLUTÓRIO NEGADO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA AFASTADA – PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE E CORROBORADA POR DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA – ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI 11.340/06 – EX-COMPANHEIRA – INADMISSÍVEL – PEDIDO DE CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E TRANSAÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

No âmbito da violência doméstica, a jurisprudência e a doutrina têm valorado de forma especial o depoimento da vítima, conferindo-lhe suficiência probatória, quando coerente e não destoante dos demais elementos coligidos aos autos.

A proteção conferida pela Lei 11.340/06 deve abranger toda mulher submetida à violência de qualquer tipo, no âmbito da unidade doméstica, familiar ou de qualquer relação íntima de afeto.

Não há se falar em na benesse da suspensão condicional do processo e propositura de transação penal, uma vez que o art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) afastou a incidência da Lei 9.099/95 quanto aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher.

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, 2 de maio de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

A. F. G. interpõe recurso de apelação, manifestando seu inconformismo com a sentença (fls. 126/128) que julgou procedente a denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 129, §9º do Código Penal, fixada em 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, tendo sido concedida a suspensão condicional da pena.

Requer o apelante, que seja reconhecida a incompetência do juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar.

Postula também, por sua absolvição, ao fundamento de que não há provas suficientes nos autos para a condenação.

Pugna, ainda, pela concessão dos benefícios da transação e suspensão condicional do processo, previstos na Lei 9.099/95.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 143/149), manisfestou-se pelo improvimento do recurso, ao tempo em que suscita prequestionamento.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo improvimento do recurso (fls. 160/173).

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por A. F. G., manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente a denúncia condenando-o a prática do crime previsto no artigo 129, § 9º, cuja pena foi fixada em 03 (três) meses de detenção, em regime aberto.

Em suas razões recursais, aduziu o apelante a insuficiência de elementos probatórios aptos a lastrear o édito condenatório.

De fato, a aplicação do Direito Penal para a solução conflitos interpessoais deve ser medida de *ultima ratio*, no sentido de serem punidas as condutas intoleráveis ao convívio social, que efetivamente lesionem bens jurídicos caros ao ordenamento jurídico.

Ocorre que a Lei 11.340/2006 foi idealizada para atender o mandamento do legislador constituinte, inscrito no art. 226, §8º, da Constituição Federal, com o intuito de proteger a família, erigindo-a a valor constitucional supremo e, ademais, coibir a violência no âmbito de suas relações, mormente a gerada pela desigualdade histórica entre os gêneros e pela vulnerabilidade feminina.

É por isso, e para que não se esvazie o comando constitucional que, no âmbito da violência doméstica, a jurisprudência e a doutrina têm valorado de forma especial o depoimento da vítima, conferindo-lhe suficiência probatória, quando coerente e não destoante dos demais elementos coligidos aos autos.

Isto porque, na grande maioria das vezes, os delitos dessa natureza acontecem na clandestinidade, longe dos olhos de testemunhas.

A propósito, em sintonia com o já assentado, é o entendimento pacífico do STJ, conforme se vê do julgado a seguir:

> APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PALAVRA DA VÍTIMA. LAUDO PERICIAL. TESTEMUNHAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1 . Nos crimes que envolvem violência doméstica, naturalmente praticada em ambiente privado e na ausência de testemunhas, a palavra firme e coerente da vítima reveste-se de especial relevância, constituindo-se em elemento apto a sustentar o édito condenatório, sobretudo quando se encontra em harmonia com o acervo fático-probatório presente nos autos, como ocorre na espécie.

> 2. Ante o robusto acervo probatório presente no caderno processual, o qual é composto pela palavra da vítima, pelo laudo pericial e pelas demais provas orais colhidas em juízo e no inquérito, a manutenção da condenação do acusado pelo crime de lesões corporais no âmbito da violência doméstica é medida que se impõe.
>
> 3. Recurso desprovido. (TJ-DF - APR: 20141010040754, Relator: Silvânio Barbosa dos Santos, Data de Julgamento: 09/07/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/07/2015 . Pág.: 92)

Nessa linha intelectiva, vertendo-a para o caso em exame, verifico que o depoimento da vítima S., tanto na fase inquisitorial (fls. 10/11), como em juízo (fl. 113) é uníssono e coeso, encontrando eco no depoimento da testemunha Ivone, a qual relata que, embora não tenha presenciado os fatos, ficou sabendo das agressões perpetradas pelo acusado, além de afirmar que a vítima "estava com o olho roxo".

Com efeito, narrou a denúncia:

> Segundo o apurado, na data do fato, o denunciado agrediu fisicamente sua convivente S. P. da S., com quem convive maritalmente há cerca de um ano, desferindo lhe socos, atingindo o seu olho direito e ombro esquerdo, bem como apertando o pescoço da vítima, tentando enforcá-la. Apurou-se, ainda, que durante as agressões, a vítima conseguiu fugir da residência supra com sua bicicleta em direção ao Hospital das Sias. Todavia, próximo à Escola C., o denunciado A. F. G. conseguiu interceptá-la, oportunidade que a derrubou de sua bicicleta.
>
> Apurou-se, também, que conforme o exame de corpo de delito em anexo, em decorrências das agressões físicas perpetradas pelo denunciado, a vítima sofreu vários ferimentos pelo corpo (hematomas no olho direito, braço esquerdo, na região do seio esquerdo e membro superior esquerdo).
>
> Por fim, apurou-se que o denunciado já agrediu a vítima em outras oportunidades.

Em juízo, o depoimento da vítima foi ratificado (fls. 10/11), conforme áudio de fl. 113.

Por outro vértice, o apelante alegou que a vítima o agrediu, previamente, com tapas e unhadas, razão pelo qual, desferiu-lhe um soco em seu olho.

Porém, não há nos autos qualquer elemento que comprove tal alegação.

Ressalte-se que o depoimento do apelante é isolado do contexto probatório, como bem apontou o juiz *a quo*.

Da inaplicabilidade da Lei 11.340/06

Sustenta, também, o apelante, em suas razões recursais, que:

> (...) não é possível, no presente caso, o enquadramento da conduta do réu como "violência doméstica contra a mulher", o que, obrigatoriamente, retira a aplicabilidade do § 9º do Art. 129, bem como da Lei 11.340/2006.
>
> Isso porque, de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Lei 11.340/2006 e todos os seus consectários não se aplicam aos crimes cometidos contra ex-companheiras.

Razão não lhe assiste ao apelante.

Vejamos o disposto no artigo 5°, III da Lei 11.340/2006:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> (...)
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Dessa forma, a Lei Maria da Penha visa proteger toda mulher submetida à violência de qualquer tipo, no âmbito da relação doméstica ou familiar, independente de qual seja a relação íntima de afeto.

No caso em tela, a vítima convivia com o apelante acerca de 1 (um) ano quando ocorreu a agressão, portanto, existia evidentemente uma relação íntima de afeto entre ambos.

Nesse sentido:

> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - CRIME DE AMEAÇA - PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E DE NULIDADE REJEITADAS - MÉRITO - PLEITO ABSOLUTÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO - INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F DO CP - INCABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. É competente o juízo da Violência Doméstica e Familiar para processar o feito, pois 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 o agressor é ex-companheiro da vítima, assim, prescindível de coabitação. 2. Rejeita-se a preliminar de nulidade ao argumento de inexistência de realização da audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, pois não é imprescindível, sendo o caso de realização somente quando a vítima manifesta voluntariamente o interesse em se retratar antes do recebimento da denúncia. Referida audiência não é exigida para ratificação da representação já efetuada. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, afastando a aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95 no que tange aos crimes de violência doméstica ou familiar contra a mulher não sendo, desta forma, admissível a suspensão do processo em casos assemelhados aos dos autos (HC 106.212/MS, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 24/03/2011). Preliminares afastadas. 4. Mérito. Não há falar em absolvição do apelante por ausência de provas sobre a autoria delitiva, se os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual são claros no sentido de ensejar a manutenção da condenação imposta pelo Magistrado sentenciante. Na situação, as provas são suficientes no sentido de comprovar que o apelante prometeu causar mal injusto e grave à ofendida, perturbando sua liberdade psíquica e tranquilidade, pelo que não há falar em absolvição. 5. Não demonstrada a reconciliação familiar, afasta-se a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ou "Bagatela Imprópria" no caso em epígrafe. 6. Para a configuração da atenuante genérica da confissão espontânea, deve o acusado admitir a autoria do fato criminoso que lhe é imputado. No caso, ao ser interrogado e ao ser ouvido em juízo o recorrente negou que tenha proferido ameaças contra a vítima, sendo incabível o reconhecimento da atenuante. 7. A agravante estatuída no art. 61, II, f, do CP é plenamente aplicável ao crime de ameaça, desde que perpetrado no âmbito da violência doméstica, uma vez que tal infração não abarca em seu preceito primário a circunstância de agressão contra mulher, cônjuge ou companheira, razão pela qual não há que se falar em ofensa ao Princípio do *non bis in idem*. 8. Não preenchidos os requisitos do art. 44, I, do

> Código Penal, não há falar em substituição da pena corpórea por restritiva de direitos. 9. Com o parecer, rejeito as preliminares arguídas pela defesa e, no mérito, nego provimento ao recurso. (TJ-MS - APL: 00665098020128120001 MS 0066509-80.2012.8.12.0001, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 20/11/2014, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/11/2014)

Da suspensão condicional do processo e da transação penal

No que tange ao pedido de concessão da suspensão condicional do processo e da transação penal, não merece acolhimento, uma vez que o art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) afastou a incidência da Lei 9.099/95 quanto aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não sendo assim, admissível a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Nesse sentido, vejamos as seguintes jurisprudências:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/1995. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRECEDENTE. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. 2. Ordem denegada. (HC 110113, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, Processo Eletrônico DJe-068 Divulg 03-04-2012 Public 09-04-2012)

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADOS CONTRA NAMORADA DO RÉU E CONTRA SENHORA QUE A ACUDIU. INCIDÊNCIA DA LEI 1 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 884. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul MARIA DA PENHA. INSINUAÇÃO DE "INTERFERÊNCIA" NO JULGAMENTO NO STJ. ABSOLUTA IMPERTINÊNCIA. SUPOSTA NULIDADE EM RAZÃO DA MANIFESTAÇÃO DO MPF NA SESSÃO DE JULGAMENTO, POR TER OPINADO PELO PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. PRETENSA PRESCRIÇÃO DO CRIME PERPETRADO CONTRA A SEGUNDA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA, CONFORME CONSTA DO ACÓRDÃO EMBARGADO. PRETENDIDA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (...) O pedido de suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 é sabidamente inadmissível aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar, em razão do disposto no art. 41 da Lei n.º 11.340/2006, conforme jurisprudência mansa e pacífica das Cortes Superiores. 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1416580/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 16/05/2014)

Ademais, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou o mesmo entendimento na Súmula n. 536 "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha".

Do prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento, torna-se despicienda a descrição pormenorizada dos dispositivos aventados, tendo em vista que foram indicados todos os fundamentos necessários para o deslinde da questão.

Pelas razões expendidas, com o parecer, mantenho a sentença invectivada e 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. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 02 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1405219-09.2017.8.12.0000 - Paranaíba
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FEMINICÍDIO (ART. 121, § 2º, INCISOS I, IV E VI, CP E CORRUPÇÃO DE MENORES ART. 244-B DO ECA – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE EM FUNDAMENTO IDÔNEO – *MODUS OPERANDI* DA AÇÃO CRIMINOSA – GRAVIDADE CONCRETA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORDEM DENEGADA

Sendo a decisão que decretou a preventiva sendo fundamentada por estar caracterizado a necessidade de garantir a ordem pública, necessidade de conveniência da instrução penal e aplicação da lei penal, restam evidentemente preenchido os fundamentos do art.312, do Código de Processo Penal.

Comprovada, como está, a periculosidade do paciente com base no modus operandi da ação criminosa (por não se conformar com a separação, supostamente, ordenou o homicídio de sua ex-companheira, para tanto contratou adolescente mediante paga, que segundo a testemunha ocular teria ceifado a vida da vítima com dois tiros em via pública) e aliado ao fato de que o paciente evadiu-se do distrito de culpa sendo preso após quase 90 dias e não comprova suficientemente residência e emprego fixos.

O fato de o paciente possuir a guarda de filha menor de 12 anos não comprova por si só que a mesma viva, exclusivamente sob sua responsabilidade. Pois não se mostra crível que, após sua evasão da cidade por quase três meses, a criança tenha permanecido sozinha ou mesmo tenha acompanhado o pai.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Diego Fernandes Beserra de Brito impetra o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de Osmar de Campos, almejando, em breve síntese, a revogação da prisão preventiva que foi decretada em desfavor da paciente. Apontou, na qualidade de autoridade coatora, o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba (MS).

Afirma não haver motivos suficientes para ensejar a manutenção da segregação do Paciente, pois possui residência fixa, profissão e emprego certo e não pretende, de forma alguma, deixar de prestar contas à Justiça. Salienta, ainda, que o paciente possui 04 filhos menores, sendo que a filha Maria Eduarda, está sob sua guarda e depende diretamente de seus cuidados.

Aduz, por fim, não haver sequer indícios de que, posto solto, o paciente virá cometer atos atentatórios à dignidade da Justiça, abalo à paz pública ou à ordem econômica e social; que iria atrapalhar de alguma forma a instrução criminal, ou mesmo que frustraria a aplicação futura da lei penal, sendo que a ausência desses requisitos enseja a cassação do decreto de prisão monocrático, na forma com bem prevê o art. 316, do CPP.

Nesses termos, requer o deferimento da liminar a fim de ser concedido ao paciente a liberdade provisória. No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem ou, subsidiariamente, seja aplicado em seu favor as medidas cautelares previstas no art. 319 do CP ou, ainda, seja convertida a prisão preventiva em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, VI do CPP.

A relatora titular do *writ* indeferiu a liminar às fls. 47-9.

Informações pela autoridade coatora às fls. 53-5.

Parecer ministerial pela denegação da ordem, às fls. 111-114.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Analisando os autos, é possível observar que o paciente foi preso em flagrante porque, em 17.12.2016, teria, supostamente, contratado um adolescente para ceifar a vida de sua ex companheira, a qual veio a óbito por meio de dois disparos de arma de fogo, em via pública e com uma testemunha ocular. Entendendo não estar presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, interpõe o presente remédio heroico objetivando a revogação da segregação

Em juízo de cognição sumária, a relatora titular do *writ* indeferiu a liminar pleiteada pela impetrante em favor do paciente, porquanto não vislumbrou os requisitos ensejadores da concessão da tutela de urgência.

Pois bem.

No mérito, a ordem deve ser denegada.

Ao que se observa dos autos de origem, o eminente magistrado fundamentou de forma concreta o decreto da prisão preventiva da paciente, como se observa da decisão que decretou a segregação cautelar:

> No caso dos autos, o crime de homicídio qualificado (feminicídio) e corrupção de menores, comina pena máxima superior à 04 (quatro anos) de reclusão.
>
> Da mesma forma, exsurgem dos autos prova da materialidade do crime (depoimento das testemunhas) e indícios suficientes de autoria, porquanto há testemunhas que afirmam que o representado estava ameaçando de morte a vítima, por não se conformar com o término do relacionamento e que já teria apontado arma de fogo para ela; que apos o crime teria ligado para Joel confessando a responsabilidade pelo crime e que o adolescente era amigo do representado e foi reconhecido pela testemunha ocular como sendo o executor dos disparos de arma de fogo.

> Por outro lado, a conduta imputada ao investigado, é concretamente grave e vulnera a ordem pública, pois está sendo acusado de mandar matar a vitima Fernanda, sua ex-convivente, com a contratação de adolescente, entrega de arma de fogo, o que efetivamente demonstra a periculosidade deste e a necessidade de segregação para a garantia de aplicação da lei penal.
>
> Outrossim, não há comprovação quanto à fixação de residência e exercício de ocupação lícita pelo investigado, de modo que, nesse momento, a prisão preventiva também se mostra necessária para garantia de aplicação da lei penal.
>
> Consequentemente, mostram-se inadequadas as medidas cautelares diversas de prisão processual.

Assim, como se vê, suficientemente fundamentada a decisão da autoridade apontada como coatora, porquanto, segundo a percuciente lição de Renato Brasileiro, para a corrente que sempre prevaleceu nos Tribunais Superiores, entende-se garantia da ordem pública como risco de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade. O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, resguardando o princípio da prevenção geral. (Brasileiro Renato, Curso de Processo Penal, p.906/907, RJ, Impetus, 2013).

Ademais, o magistrado, acertadamente, fundado nos elementos do caderno probatório, fez um juízo de periculosidade da paciente e não de culpabilidade, razão por que, entendeu necessária sua retirada cautelar do convívio social. Eis que, conforme recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça: Não se trata de presumir a periculosidade do agente, ou mesmo a probabilidade da prática de novas infrações, a partir de meras ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta - essa atitude sim, constantemente desautorizada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus inúmeros precedentes -, mas de avaliar a periculosidade exigida para a imposição da medida cautelar constritiva pelas circunstâncias que cercaram o delito (RHC 81.488/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017).

Não bastassem tais argumentos, certo é que, comprovada, como está, a periculosidade da paciente com base no *modus operandi* da ação criminosa (supostamente, por não se conformar com a separação, ordenou o homicídio de sua ex-companheira, para tanto contratou adolescente mediante paga, que segundo a testemunha ocular teria ceifado a vida da vítima com dois tiros em via pública) tem-se que condições pessoais favoráveis como bons antecedentes, primariedade, profissão definida e residência fixa não têm o condão de impedir a decretação da prisão preventiva.

No caso em específico, o paciente não comprova suficientemente possuir emprego fixo, não comprova cabalmente a existência de endereço fixo e os delitos supostamente praticados possuem pena superior à quatro anos.

Alie-se a isso o fato de que o paciente, ao contrário do alegado, já deu indícios mais que suficientes de que pretende furtar-se da aplicação da lei penal: após a ocorrência, o mesmo teria evadido-se do distrito de culpa. Expedido mandado de prisão em 30.12.2016, o mesmo somente foi cumprido na cidade de Pitangui-MG na data de 08.03.2017.

É de bom alvitre lembrar que o fato de o paciente possuir a guarda de filha menor de 12 anos não comprova por si só que a mesma viva, exclusivamente sob sua responsabilidade. Pois não se mostra crível que, após sua evasão da cidade por quase três meses, a criança tenha permanecido sozinha ou mesmo tenha acompanhado o pai. Referidos fatos levam à insofismável conclusão de que não há dependência exclusiva da criança para com o paciente.

Por outro lado, não se desconhece a excepcionalidade da prisão cautelar no nosso sistema jurídico, sendo cabível de forma residual, apenas quando indevidas as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art.319, do CPP.

Todavia, *in casu*, tenho que tais medidas são inidôneas, porque, como dito, a forma de suposta execução do crime pela paciente bem como o fato de que não comprovar suficientemente possuir ocupação e endereço fixos, demonstram a indispensabilidade segregação cautelar, para a garantia da ordem pública.

Corroborando os fundamentos acima esposados, o Tribunal da Cidadania assim vem reiteradamente decidindo:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS (INTERESTADUAL) E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO. GRANDE QUANTIDADE DA DROGA (MAIS DE UMA TONELADA DE MACONHA). GRAVIDADE CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
>
> *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
>
> 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
>
> 2. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, ainda que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.
>
> 3. No caso, a prisão cautelar foi preservada pelo Tribunal impetrado em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas colhidas do flagrante, sobretudo pela grande quantidade de droga apreendida - 1.203,2kg de maconha. Prisão preventiva necessária para a garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.
>
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 374.615/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 14/03/2017)
>
> *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE DROGA APREENDIDA. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
>
> 1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
>
> 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de

> Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.
>
> 3. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada pela quantidade e variedade de entorpecentes apreendida (149kg de maconha e 2.080kg de cocaína). A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para garantir a ordem pública.
>
> 4. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.
>
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 382.236/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017)

Outrossim, não há situação nova, apta a descaracterizar a imprescindibilidade da prisão cautelar, a qual segue a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que, deve ser mantida, enquanto estiverem presentes os requisitos e pressupostos ensejadores de sua decretação.

Pelas razões expendidas, com o parecer ministerial, denego a ordem de *habeas corpus*, mantendo a custódia cautelar de Osmar de Campos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000079-27.2014.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO RÉU – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, IX, LEI Nº 8.137/90 – PRODUTOS VENCIDOS – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE – PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ALTERNATIVA EM SUBSTITUIÇÃO À CORPÓREA – REDUÇÃO DO *QUANTUM* – PENA-BASE ALTERADA DE OFÍCIO PARA O MÍNIMO – DOSIMETRIA SIMÉTRICA ENTRE AS REPRIMENDAS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Os delitos contra as relações de consumo são formais, de perigo abstrato, o que afasta a necessidade de constatação da impropriedade do produto através de laudo pericial, máxime ao se considerar que a mercadoria exposta à venda estava com prazo de validade vencido.

A despeito da divergência nas instâncias superiores no que pertine à obrigatoriedade ou não da realização de exame pericial sob produtos apreendidos, a fim de configurar o elemento normativo "impróprio para consumo", certo é que a comercialização de mercadoria com prazo de validade expirado, afigura-se como fator inquestionável à condição imprópria ao consumo, situação que não justifica a realização de prova pericial para atestar o que facilmente se constata, inclusive corroborado pelos demais elementos de convicção do caderno processual, a exemplo de auto lavrado pela vigilância sanitária e testemunho dos fiscais que realizaram a apreensão.

Do comando constitucional espelhado nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, referentes à individualização da pena, emana que cada circunstância judicial deve ser examinada à luz de elementos concretos, coletados ao longo da instrução e reunidos nos autos, evitando-se a duplicidade e a valoração daqueles que integrem o próprio tipo penal, implicando, pois, na necessária retificação, até mesmo de ofício, da pena-base fixada a partir de conceitos abstratos e inerentes à tipificação do delito.

Ao estabelecer a pena de prestação pecuniária substitutiva à corporal, deve o Estado-Juiz, além de se atentar às balizas do art. 45, § 1º, do Código Penal, guardar simetria e proporcionalidade com a privativa de liberdade, motivo pelo qual, se a reprimenda corpórea restou estabelecida no mínimo legal, por ausência de circunstâncias judiciais a ensejar aumento da pena-base, a multa alternativa deve ser decotada para 1 salário mínimo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 6 de abril de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Daury Costa da Silva Júnior interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal de Paranaíba, que julgou procedente a denúncia consistente na imputação no crime previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, condenando-o à pena de 2 anos e 6 meses de detenção, substituída por pena pecuniária fixada em 10 salários mínimos, ante o preenchimento dos requisitos do art. 44, § 2º, do CP.

Discorre sobre a ausência de comprovação acerca da materialidade, porquanto, ainda que os produtos expostos no estabelecimento comercial estivessem com prazo de validade expirado, não foi realizado exame pericial para atestar que estavam impróprios para consumo, podendo causar danos concretos à saúde de outrem, o que impõe sua absolvição.

Destaca que, embora os produtos tenham sido apreendidos por ocasião da inspeção sanitária e tenha se realizado e perícia indireta pelos agentes, os depoimentos e laudo de apreensão não são suficientes para comprovar a materialidade delitiva.

Defende, subsidiariamente, excesso no valor fixado a título de pena pecuniária em substituição à privativa de liberdade, pugnando pela redução.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignação recursal manifestada por Daury Costa da Silva Junior , porquanto irresignado com a sentença que o julgou procedente a denúncia para condená-lo a 2 anos e 6 meses de detenção pela prática do delito constante no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90. Em razão do preenchimento dos requisitos do art. 44, § 2º, do CP, a pena foi substituída por multa, fixada em 10 salários mínimos.

Verte-se dos autos que, no dia 23 de outubro de 2013, a Vigilância Sanitária de Paranaíba realizou inspeção no estabelecimento "Supermercado Costa", de propriedade do apelante, ocasião em que se constatou a exposição para comercialização de produtos com datas de validade vencidas, embalagens amassadas e, portanto, impróprias para consumo.

O recorrente objetiva a reforma da sentença para o fim de ser absolvido por ausência de comprovação da materialidade delitiva ou, subsidiariamente, pede a redução da pena pecuniária aplicada em substituição à pena corporal.

Da necessidade de laudo pericial

Isso porque, em que pese o esforço do apelante para obter sua absolvição por ausência de provas em relação à materialidade, o caderno processual possui elementos probatórios que destoam da narrativa do arrazoado, suficientes à formação de convicção que leva ao decreto condenatório.

De acordo com o art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, tipificação em que o apelante foi incurso:

> Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo:"
>
> (...)
>
> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;
>
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Com efeito, sem guarida ao argumento de que, para configurar a materialidade do tipo penal previsto no dispositivo acima transcrito, seria imprescindível a realização de exame pericial, com o objetivo de confirmar a impropriedade dos produtos apreendidos e o risco à saúde do consumidor.

É que o tipo penal enfocado trata-se de crime formal, de perigo abstrato, o que afasta a necessidade de constatação da impropriedade do produto através de laudo pericial, máxime ao se considerar a conduta vislumbrada no caso versando, em que se colocou a venda produto cuja validade já havia expirado.

A despeito da divergência nas instâncias superiores acerca da obrigatoriedade ou não da realização de exame pericial sob produtos apreendidos, para fins de configuração do elemento normativo "impróprio para consumo", certo é que, no caso em apreço, o apelante comercializava mercadorias cujos prazos de validade haviam expirado, conforme consta do auto lavrado pela Vigilância Sanitária de Paranaíba (fls.11/12), o que torna desnecessária a constatação por meio de laudo pericial.

Insta transcrever aresto do Superior Tribunal de Justiça que bem retrata o cenário aqui em análise:

> *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. ART. 7.º, INCISO IX, DA LEI N.º 8.137/90. BEM EXPOSTO AO COMÉRCIO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO. PRODUTO AGROTÓXICO VENCIDO. LAUDO PERICIAL DISPENSÁVEL, NO CASO. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A antiga jurisprudência desta Egrégia Corte era no sentido de que o delito tipificado no art. 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, é crime formal e de perigo abstrato, ou seja, que não exige lesão ou dano, contentando-se com a mera potencialidade lesiva.
>
> 2. Não se descura, entretanto, que no dia 06/10/2009, quando do julgamento do REsp 1112685/SC, Rel. Min. Felix Fischer, esta Turma modificou seu anterior entendimento, "para estabelecer que nos crimes previstos no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 é indispensável a realização de perícia, quando possível sua realização, a fim de se atestar se o produto *é* ou não impróprio para o consumo" (DJe 29/03/2010).
>
> 3. Tal alteração se deu após o julgamento do HC 90.779-2/PR, Rel. Min. Carlos Britto (DJ de 24/10/2008) pela Primeira Turma do Pretório Excelso. No referido writ, os Pacientes foram denunciados em razão da produção de desinfetantes para uso geral, desodorante sanitário e sabão em pedra em desconformidade com as normas e regulamentos de fabricação e distribuição, situação fática que exigiu perícia para comprovar a lesividade ao consumidor.
>
> 4. No presente caso, o Paciente, representante de empresa, expôs à venda 08 litros do produto denominado *Score* (embalagem de 01 litro), e 04 galões do produto chamado *Contain* (embalagem de 05 litros), todos com as respectivas datas de validade vencidas. A hipótese dos autos, portanto, é diversa da que se exigiu perícia para aferição da lesividade do produto. Na espécie trata-se de comercialização de agrotóxico, que por si só, sem maiores discussões, é produto perigoso ao manuseio humano. Não só isso, repita-se, os produtos tinham prazo de validade vencido.

> 5. À luz do art. 18, § 6.º, do Código de Defesa do Consumidor, "São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujo prazo de validade estejam vencidos".
>
> 6. Despicienda, portanto, nesta hipótese, a perícia, pois absolutamente "desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial" (REsp 1060917/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, DJe 13/04/2009).
>
> 7. *Habeas corpus* denegado." (HC 115.650/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010).

Aliás, importa consignar que o art. 18, § 6º, I, do Código do Consumidor estabelece que:

> Art. 18. (...)
>
> § 6° São impróprios ao uso e consumo:
>
> I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

Frise-se que não se está a afirmar que a Lei nº 8.078/90 se refere necessariamente à responsabilização penal. Pelo contrário, o CDC trata única e exclusivamente da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo, e ao dever de indenizar, tanto é que, como punição, caso não sanado o vício no prazo de trinta dias, prevê a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga, bem como perdas e danos e abatimento do preço.

Por outro lado, é cediço que, tratando-se o inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.137/90 de norma penal em branco, o elemento normativo do tipo "impróprio para consumo" deve ser complementado pelo art. 16, § 6º, da Lei Consumerista.

Outrossim, em oitiva judicial dos fiscais da Vigilância Sanitária Municipal, é possível extrair que a conduta do apelante, de comercializar os produtos impróprios ao consumo, foi consciente, na medida em que a testemunha Sebastião Donizete Alves afirmou que os produtos com prazo de validade expirado estavam na gôndola de exposição juntamente com produtos da mesma natureza mas dentro do prazo de validade.

A testemunha Estênio Roberto de Freitas asseverou que, em outra ocasião, em fiscalização noutro estabelecimento comercial do recorrente, também foram encontrados produtos impróprios ao consumo.

Ao seu turno, o recorrente confirma em juízo que havia produtos vencidos, mas limita-se a argumentar que os mesmos seriam posteriormente retirados das prateleiras.

Ora, os produtos estavam vencidos e, por corolário, sequer poderiam estar expostos à comercialização, pouco importando se seriam retirados em momento oportuno.

Aliás, não se revelam presentes motivos para infirmar ou desqualificar os depoimentos das testemunhas, até porque, conquanto tenham autuado o recorrente pela impropriedade dos produtos apreendidos, disseram que o estabelecimento aparentava ser limpo e higiênico, sobressaindo daí que os fiscais não teriam razões para prejudicar o apelante, pelo contrário, há de se ressaltar que exerceram suas atribuições com imparcialidade.

Destarte, estando o produto vencido, inquestionável a condição imprópria ao consumo, situação que não justifica a realização de prova pericial para atestar tal condição.

A propósito, gizem-se os precedentes do Tribunal da Cidadania:

> Se a própria legislação consumerista considera imprestáveis para utilização os produtos com a data de validade expirada ou em desacordo com as normas de distribuição ou apresentação, revela-se totalmente improcedente o argumento de que seria necessária a realização de exame pericial de natureza diversa da que foi realizada na hipótese, sendo suficiente a constatação de que o prazo de validade dos produtos já se encontrava expirado no momento da apreensão, bem como de que alguns deles estariam embalados em desacordo com as prescrições legais. (RHC 40.921/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 29/04/2014).
>
> CRIMINAL. RESP. FABRICAÇÃO E MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE VINHO PARA CONSUMO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DA IMPROPRIEDADE DA MERCADORIA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO PROVIDO.
>
> O tipo do inciso IX do art. 7.º, da Lei n.º 8.137/80 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.
>
> Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes.
>
> Recurso provido, nos termos do voto do relator." (REsp 1163095/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. VENDER PRODUTOS EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS. PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. LAUDO PERICIAL. PRESCINDIBILIDADE. ART. 18, § 6º, DO CDC." (AgInt no AgInt no REsp 1604261/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

No mesmo diapasão é a construção jurisprudencial deste Sodalício. *In verbis*:

> Impossível a rejeição da denúncia se esta atende a todos os requisitos necessários ao seu recebimento, sendo prescindível a confecção de laudo pericial para atestar a materialidade, haja vista que o tipo penal, com relação à manutenção em depósito de produto vencido, representa crime de perigo abstrato, presumindo-se, por si só, a ofensa ao bem jurídico. (Recurso em Sentido Estrito n. 0014130-60.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 09/03/2017, p: 13/03/2017).
>
> No caso dos autos, a conduta ilícita retratada na denúncia refere-se à venda e exposição à venda de mercadoria de origem animal (carne bovina) que se encontrava em desacordo com as normas regulamentares de fabricação e distribuição, já que provinha de abate clandestino, não sendo acompanhada de comprovação da origem ou de adequação às normas sanitárias. Ouvidos em juízo, os fiscais sanitários confirmaram que o réu não apresentou a documentação necessária à demonstração da regularidade sanitária, e ainda que, na ocasião, confessou que a carne era proveniente de abate clandestino. Apesar do produto não ter sido submetido a exame pericial, deve-se atentar que na presente hipótese (art. 18, par. 6º, inc. II, última parte, do Código de Defesa do Consumidor) a condição imprópria ao consumo é presumida pelo tipo penal, tratando-se, a toda evidência, de crime de perigo abstrato. Assim, de rigor a manutenção do édito condenatório. (Apelação n. 0001157-90.2013.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 12/02/2015, p: 13/02/2015).

APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL - CRIME CONTRA RELAÇÕES DE CONSUMO - PRODUTOS VENCIDOS - CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA - PROVIDO. (Apelação n. 0004308-05.2010.8.12.0007, Cassilândia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 11/06/2012, p: 20/06/2012).

Da pena substitutiva de multa

Quanto ao pleito de reforma subsidiário, para que seja reduzida a pena pecuniária aplicada em substituição à pena corpórea, assiste razão ao recorrente.

Inicialmente, necessário retificar, de ofício, a pena-base fixada.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi exasperada em 6 meses, pois o julgador *a quo* vislumbrou que a culpabilidade e as consequência do crime seriam circunstâncias judiciais que justificariam o aumento da reprimenda corpórea acima do mínimo de 2 anos.

Contudo, do comando constitucional espelhado nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, referentes à individualização da pena, emana que cada circunstância judicial deve ser examinada à luz de elementos concretos, coletados ao longo da instrução e reunidos nos autos, evitando-se a duplicidade e a valoração daqueles que integrem o próprio tipo penal.

E é exatamente o que se verifica na espécie.

Quanto à culpabilidade não há qualquer elemento que sobressaia da normalidade concernente ao tipo penal.

Ao qualificar o fato como reprovável em razão de ser praticado em estabelecimento comercial e colocar em risco a coletividade de consumidores, o sentenciante vale-se de conceitos inerentes à tipificação do delito que atenta contra a relação de consumo, de modo que tal moduladora deve ser neutra.

Para as consequências do crime, de igual modo, utilizou-se de assertiva vaga, na medida em que a abstrata possibilidade de prejuízo aos consumidores é consequência lógica da conduta delitiva, sendo, também, imperioso considerar tal circunstância judicial neutra.

Neste panorama, fixa-se na primeira fase a pena mínima de 02 anos cominada ao crime e, considerando que na sentença não incidiu qualquer causa a aumentar a reprimenda na segunda e terceira fases da dosimetria, resta, então, como definitiva, a pena de 02 anos.

Segue-se, assim, à análise do pedido de redução da multa arbitrada como substitutiva à pena privativa de liberdade em 10 salários mínimos.

Para fixação da pena de prestação pecuniária substitutiva, deve o magistrado atentar-se às balizas do art. 45, § 1º, do Código Penal, cujo montante deve ficar entre 1 e 360 salários mínimos.

Como se sabe, a prestação pecuniária alternativa deve guardar simetria com a reprimenda corporal.

Logo, inconteste a presença de desproporção ao se fixar a pena pecuniária acima do mínimo quando a pena privativa de liberdade está em patamar mínimo, devendo-se, pois, dosar o *quantum* da multa substitutiva em 1 salário-mínimo.

A propósito, esta Terceira Câmara Cível, aos 23/03/17, no julgamento da Apelação Criminal nº 0015111-23.2014.8.12.0002, de relatoria do Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, firmou posicionamento, à unanimidade, no sentido da necessária simetria entre a prestação pecuniária alternativa e a reprimenda corporal. Frise-se a ementa resultante do acórdão:

> APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO EM CONCURSO COM CORRUPÇÃO DE MENOR – REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA À PENA CORPÓREA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – POSSIBILIDADE. PROVIMENTO. A prestação pecuniária, por tratar-se de pena alternativa, deve guardar simetria à pena privativa de liberdade. Recurso a que, contra o parecer, dá-se provimento.

E, no mesmo pórtico: "Fixado o regime aberto, a pena corpórea foi substituída por uma restritiva de direitos, sendo estipulada a pena pecuniária no importe de 04 (quatro) salários mínimos, todavia, se apresenta exacerbada em face da situação econômica do réu. Redução da pena substitutiva referente à prestação pecuniária para 01 (um) salário mínimo." (Apelação n. 0000455-52.2010.8.12.0018, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, j. 12/05/16).

Logo, a redução da pena pecuniária substitutiva é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso e, em parte com o parecer, dou-lhe parcial provimento para, retificando de ofício a pena-base, reduzir, por corolário, a pena restritiva de direito pecuniária para 01 (um) salário mínimo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 06 de abril de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000957-16.2014.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – INTERESTADUALIDADE – CONFIGURAÇÃO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO RECONHECIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – REGIME INICIAL FECHADO – MANTIDO – CUSTAS PROCESSUAIS – ISENÇÃO – MATÉRIA A SER ANALISADA NA FASE DE EXECUÇÃO PENAL – PENA DE MULTA – *QUANTUM* MANTIDO – TRANSFERÊNCIA DO PRESO – ESTABELECIMENTO PENAL PRÓXIMO A SUA FAMÍILIA – NÃO COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE VAGAS – QUESTÕES ADMINISTRATIVAS A SEREM ANALISADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para a aplicação da causa de aumento concernente ao tráfico estadual, não é necessária a efetiva transposição da fronteira entre os estados, bastando a comprovação de que a droga seria transportada para outro Estado da Federação.

A elevada quantidade e a natureza da droga apreendida são fatores aptos a realçar participação do agente em organização criminosa ligada à traficância.

Versando o caso sobre expressiva quantidade de cocaína, substância entorpecente dotada de significativo potencial lesivo, acrescendo-se que para fixação do regime nos crimes abrangidos pela Lei nº 11.343/06 deve-se analisar não apenas a quantidade da pena, como, também, as diretrizes espelhadas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e o *quantum* de entorpecente apreendido, sendo certo que estas últimas condições prevalecem sobre aquelas, nos termos preconizados no artigo 42 do diploma legal inicialmente citado, o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser mantido.

Prevalece o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que eventual isenção ao pagamento das custas processuais é matéria a ser discutida perante o Juízo da Execução Penal.

A pena de multa é parte integrante do tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e a sua condenação encontra-se em consonância com as diretrizes do critério trifásico da dosimetria penal fixada.

A transferência do preso para estabelecimento penal próximo a sua família depende de comprovação da existência de vagas, bem como da análise, pelo Juízo da Vara de Execução Penal, das questões administrativas pertinentes.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de maio de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Laudeir Faustino, interpõe o presente recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal da comarca de Naviraí, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 33, *caput* c/c artigo 40, V, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena de 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato. Condenou, ainda, o réu ao pagamento das custas processuais, já que assistido por advogado constituído.

Em suas razões de recurso, defende a inaplicabilidade da causa de aumento consubstanciada na interestadualidade, ante a falta de provas da ocorrência de transporte interestadual e pugna pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, vez que presentes os requisitos legais autorizadores.

Argumenta ser possível a substituição da pena aplicada por restritiva de direitos e requer a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Aduz ser injusta a condenação ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, por se tratar o réu de pessoa de origem humilde, pleiteando a sua redução, bem como a isenção ao pagamento das custas processuais.

Por fim, pede seja determinada a sua transferência para o estabelecimento penal existente em Aquidauana, local onde se encontra sua família.

Em contrarrazões de fls. 261/276, o Ministério Público prequestiona os artigos 40, V e 42, da Lei 11.343/06 e artigo 59, do Código Penal e requer o parcial provimento do recurso, apenas para que seja reconhecida a causa de diminuição relativa ao tráfico privilegiado, em seu patamar mínimo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 287/299.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Laudeir Faustino, irresignado com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Naviraí, que o condenou, como incurso nas sanções do artigo 33, *caput,* c/c artigo 40, V, da Lei n. 11.343/2006, a 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato. Condenou, ainda, o réu ao pagamento das custas processuais, já que patrocinado por advogado constituído.

Em suas razões recursais, pugna pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, defende a inaplicabilidade da causa de aumento consubstanciada na interestadualidade, requer a modificação do regime inicial de cumprimento da pena e a redução da pena de multa aplicada. Por fim, pede seja isento do pagamento das custas processuais e a sua transferência para o estabelecimento penal de Aquidauana.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão recursal em tela não comporta guarida.

Da interestadualidade

Sustenta o apelante ser inaplicável ao caso, a causa de aumento referente ao tráfico interestadual, pois não ocorreu a movimentação da droga de um estado para outro.

Razão, todavia, não lhe assiste.

A questão, é certo, suscitou divergências sobre a necessidade de transposição de fronteiras para fins de caracterização do chamado tráfico interestadual. Entretanto, prevalece a prescindibilidade de tal requisito, destacando-se, por oportuno, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO AO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFRONTA AO ART. 40, V, DA LEI 11.343/06. CAUSA DE AUMENTO. INTERESTADUALIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO DE REALIZAR O TRÁFICO ENTRE ESTADOS. SUFICIÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena, bem como a fração a ser aplicada. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.
>
> 2. Esta Corte já assentou o entendimento no sentido de que para a incidência da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso V, da Lei n.º 11.343/06, é desnecessária a efetiva comprovação da transposição de fronteiras entre Estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1628366/RO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016)
>
> PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO V DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/06. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS. DESNECESSIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> 1. Incide a majorante do tráfico interestadual quando, mesmo inocorrida a transposição de fronteira, foram realizados atos executórios com esse precisado fim, a caracterizar e justificar a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06.
>
> 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 323.261/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017)

> Informativo n. 0481 - Na espécie, o paciente foi abordado dentro de transporte coletivo, quando transportava 1.120 g de cocaína, no interior de sua bagagem pessoal. A pena foi fixada em oito anos e nove meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 100 dias-multa, sendo que o tribunal *a quo* confirmou as causas de aumento de pena previstas no art. 40, III e V, da Lei n. 11.343/2006. No *writ*, o paciente alega a necessidade de efetiva transposição da fronteira para a caracterização do tráfico interestadual de drogas. Nesse contexto, a Turma denegou a ordem ao entendimento de que, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, bastando que fique evidenciado, pelos elementos de prova, que a droga transportada teria como destino localidade de outro estado da Federação. *In casu*, o paciente foi preso em flagrante em ônibus que fazia o trajeto de Corumbá-MS para Florianópolis-SC, trazendo consigo droga, e confessou, tanto em inquérito quanto em juízo, a intenção de transportá-la para a cidade localizada no Estado de Santa Catarina, local em que residia. Ressaltou-se que a referida causa de aumento de pena visou valorar o elevado grau de reprovabilidade da conduta daquele que busca fornecer droga para além dos limites do seu estado. Ademais, consignou-se que, o fato de a droga ter sido encontrada na mala do paciente localizada no interior de transporte coletivo (ônibus) mostrou-se suficiente para a caracterização da majorante prevista no art. 40, III, da mencionada lei. Precedentes citados do STF: HC 99.452-MS, DJe 8/10/2010; do STJ: HC 157.630-SP, DJe 13/12/2010; REsp 1.199.567-MS, DJe 28/6/2011; HC 100.644-MS, DJe 28/6/2011, e HC 184.419-MS, DJe 13/12/2010. HC 109-724-MS**,** Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23/8/2011.

Ou seja, para a aplicação da causa de aumento concernente ao tráfico estadual, não é necessária a efetiva transposição da fronteira entre os estados, bastando a comprovação de que a droga seria transportada para outro Estado da Federação.

Destarte, conforme confessado quando do flagrante (fl. 08), o apelante visava ao transporte da droga de Dourados/MS até a cidade de Paranavaí/PR sendo desnecessário que a fronteira entre esses dois estados tenha sido transposta.

Apesar de ter se retratado em juízo, tal se afigura isolada e solteira nos autos. A confissão verificada na fase extrajudicial, de outra face, se apresenta sintonizada ao conjunto probatório dos autos.

Em seu depoimento, sob o crivo do contraditório, o policial Ézio Rodrigues Viana (áudio - fl. 146) afirmou que o acusado lhe disse que levaria a droga ao Paraná, tendo recebido R$ 1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais) para as despesas com a viagem, valor este apreendido junto ao réu.

Nesse ponto, necessário salientar que não se vislumbra qualquer motivo para que o policial, à ocasião, imputasse injustamente ao réu, que nem conhecia, a prática delituosa em foco.

Assim, ainda que não tenha saído do Estado de Mato Grosso do Sul, já que foi surpreendido em Naviraí/MS, tal fato não afasta a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei n. 11.343/2006, porquanto comprovada sua destinação para outro Estado.

Neste sentido, a lição de Andrey Borges de Mendonça, *in* Lei de Drogas, São Paulo, Método, 2007, p. 145/146, perfeitamente aplicável ao caso em pauta:

> A nova Lei de Drogas introduziu a causa de aumento de pena para o ´tráfico interestadual´. Nestes casos, como há uma maior amplitude geográfica na atuação dos agentes, que atuam em mais de um Estado da Federação, a nova Lei os apenou mais severamente. Realmente, quando os agentes atuam entre Estados diversos da federação ou entre estes e o Distrito Federal, a coletividade visada e atingida é maior do que naqueles delitos ocorridos em apenas um Estado. Se maior parcela da população nacional é afetada,

maior o risco que o agente cria para a saúde pública. Justamente tendo em vista tais justificativas, entendemos que para a caracterização do delito não será necessário que a droga efetivamente tenha que ´tocar´ mais de um Estado da Federação, bastando que se comprove a intenção do agente era conduzi-la a outro Estado, valendo-se do mesmo raciocínio empregado pela jurisprudência quando trata do delito transnacional.

Nessa toada, colaciono arestos emanados desta 3ª Câmara Criminal:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO – PENA-BASE – CULPABILIDADE E QUANTIDADE DA DROGA – MODULADORAS CORRETAMENTE SOPESADAS – MINORANTE DO TRÁFICO EVENTUAL – NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS – CAUSA DE AUMENTO DO TRÁFICO INTERESTADUAL – MAJORANTE DEVIDAMENTE CONFIGURADA – DROGA QUE COMPROVADAMENTE POSSUÍA COMO DESTINO OUTRO ESTADO – REGIME FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO INVIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

I – Não há falar em redução da pena-base se a culpabilidade é realmente desabonadora, tendo a fundamentação alinhada na sentença corretamente destacado a intensidade do dolo, dados os ajustes entre o réu e terceiros que se antecederam ao transporte da droga. Além disso, a quantidade de entorpecente também desponta como circunstância judicial desfavorável, haja vista que eram transportados 400 kg de maconha.

II – Inviável o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, par. 4º, da Lei de Drogas, se os elementos dos autos evidenciam que o réu se dedica à atividades criminosas e integrava, ainda que ocasionalmente, organização criminosa, pois transportava grande quantidade de drogas (400 kg de maconha) acondicionadas em veículo previamente preparado para tanto, não se tratando, pois, da figura do traficante eventual.

III – Desnecessária a transposição da fronteira de Estados para a configuração da causa de aumento do tráfico interestadual, bastando a comprovação inequívoca de que a droga era destinada à outra Unidade da Federação.

IV – Nos termos do art. 33, par. 3º, do Código Penal, havendo circunstância judicial desabonadora, possível torna-se a fixação do regime inicial fechado ao condenado à pena estabelecida entre 04 e 08 anos, ainda que não reincidente.

V – Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se a reprimenda foi concretamente aplicada em patamar que supera o limite de 04 anos, ex vi do art. 44, inc. I, do Código Penal.

VI – Recurso improvido. (TJMS - Ap. Criminal n. 0002689-73.2015.8.12.0004, Relator(a): Des. Francisco Gerardo de Sousa; Comarca: Amambai; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 02/02/2017; Data de registro: 10/02/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA (52,150 KG DE COCAÍNA) – MODULADORA BEM SOPESADA – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

O conjunto probatório produzido *é* suficiente para atestar a prática do crime descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/06, uma vez que, a natureza e a quantidade de droga apreendida, aliada aos relatos firmes e congruentes dos policiais, constituem robusto conjunto probatório para atestar a traficância e, por consequência, afastar o pleito absolutório.

> Pena-base: A enorme quantidade e natureza da droga transportada pelo réu (52,150 kg de cocaína), reveladora da maior afetação ao bem jurídico, autoriza a elevação da pena-base, inclusive com maior ênfase, dada a previsão do art. 42 da Lei de Drogas.
>
> Incabível a redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa e sua participação em organização criminosa, pois a droga, em grande quantidade, estava sendo transportada para outro Estado da Federação em carro previamente preparado, sendo ocultada em fundo falso no assoalho do veículo, circunstâncias que revelam a experiência no ramo do tráfico de drogas e denotam a existência de coordenação com organização voltada à prática dessa atividade.
>
> Deve ser mantida a causa de aumento da pena do tráfico interestadual (inciso V do art. 40 da Lei de Drogas), pois para caracterização basta que as provas produzidas demonstrem que a droga transportada teria como destino localidade de outro Estado da Federação, sendo desnecessária a efetiva transposição de fronteiras.
>
> Com o parecer – recurso não provido. (TJMS - Ap. Criminal n. 0001322-79.2014.8.12.0026, Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Bataguassu; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 02/02/2017; Data de registro: 08/02/2017)

Deve ser mantida, portanto, a sentença neste ponto.

Do tráfico privilegiado

A Lei n. 11.343/06 (Lei de Drogas) prevê em seu artigo 33, § 4º, causa especial de diminuição da pena aos agentes primários, de bons antecedentes e que não se dediquem a atividade criminosas nem integrem organização criminosa, *in verbis:*

> Art. 33. (...)
>
> § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

No caso em comento, embora as certidões de antecedentes criminais juntadas aos autos não apontem registros negativos em nome do apelante, o pedido para reconhecimento do tráfico privilegiado não merece acolhida.

Em consulta ao SAJ Primeiro Grau, é possível constatar a tramitação de Guia de Execução da Pena (autos n. 0003170-45.2015.8.12.0001 – 1ª Vara de Execução Penal), detalhando a condenação do apelante pelo tráfico de 75,110 Kg de cocaína na cidade de Bauru/SP.

Ademais, em audiência (áudio – fl. 137) confessou ter concordado transportar os 32,14 Kg de cocaína ora apreendidos, por estar em dívida com os traficantes de Bauru/SP e que, pelo serviço, receberia o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ou seja, pelo contexto fático apresentado nos autos, resta claro que dedica-se a atividades criminosas, atuando como intermediário na distribuição de droga de altíssimo potencial lesivo pelos estados da federação. Tanto que, conforme admitiu, pelo transporte ilícito receberia expressiva quantia em dinheiro (R$ 5.000,00).

Versa o caso presente sobre acusado que, como se vê, dedicava-se à atividade criminosa, inclusive com o envolvimento de outras pessoas, não identificadas e, ao que consta, domiciliadas no Estado de São Paulo.

Ressalte-se, ainda, que, conforme recente entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade (32,14 Kg) e a natureza da droga apreendida (cocaína), são fatores aptos a ensejar a presunção de participação do agente em organização criminosa ligada à traficância. Senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. PEDIDO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1. Esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.
>
> 2. Hipótese em que não foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, dentre outras razões, ante a importante quantidade do entorpecente apreendido, (42 invólucros de cocaína), o que denota que o recorrente se dedica à atividade criminosa. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na via do recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ.
>
> 3. "É descabido requerer a concessão de habeas corpus de ofício, pois a expedição deste pressupõe, justamente, a inexistência de postulação prévia da medida concedida" (AgRg no AREsp 199.440/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 5/9/2012).
>
> 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1032587/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 10/03/2017)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO E PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. SÚMULA 7/STJ. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA/284/STF. QUANTIDADE CONSIDERÁVEL DA DROGA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. A alegação defensiva de ausência de provas para a condenação e o pedido de desclassificação da conduta encontram óbice no Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte porque demandam revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.
>
> 2. A alegação genérica de violação do art. 59 do CP configura deficiência de fundamentação do recurso especial. Incidência da Súmula 284/STF.
>
> 3. Não há *bis in idem* quando o Tribunal *a quo* fixa a pena-base acima do mínimo em razão da quantidade e natureza da droga apreendida e afasta o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em razão da dedicação do paciente à atividade criminosa, que restou evidenciada pela quantidade e nocividade da droga apreendida (7,813kg de maconha).

4. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no AREsp 701.858/MT, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

Neste mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06 E ART. 16, *CAPUT*, DA LEI 10.826/03 – 1,535 KG DE COCAÍNA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CARACTERIZADO – INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – IMPROVIMENTO.

Mantém-se o afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º , da Lei 11.343/2006, vez que do contexto fático probatório o apelante efetivamente figurou como membro integrante de organização criminosa voltada à disseminação de drogas. (TJMS - Ap. Criminal n. 0004036-50.2015.8.12.0002, Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 07/03/2017; Data de registro: 10/03/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE DEVIDAMENTE MAJORADA PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA E APLICADA PELO JUÍZO *A QUO* – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – MANTIDA – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL NO CASO CONCRETO – RECURSO NÃO PROVIDO.

I – A nociva natureza e a elevada quantidade da droga apreendida (19,270 Kg de cocaína) evidencia a maior afetação à saúde pública, autorizando a exasperação da pena-base em razão desse fator, pois de fato é extremamente perniciosa, evidenciando a periculosidade da conduta cometida, sendo necessário apenamento mais severo para a devida reprovação e prevenção do delito.

II – A confissão espontânea foi reconhecida e aplicada pelo juízo *a quo*, que fixou a pena-base no mínimo legal. Assim, não há como conduzir a pena aquém do mínimo legal, por incidir a Súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

III – Incabível a redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa e sua participação em organização criminosa, pois a droga, em grande quantidade, estava sendo transportada para outro Estado da Federação em carro previamente preparado, sendo ocultada no tanque de combustível e, o réu era instruído pelos comparsas por meio de telefone celular. Tais circunstâncias revelam a experiência no ramo do tráfico de drogas e denotam a existência de coordenação com organização voltada à prática dessa atividade.

IV – Deve ser mantida a causa de aumento da pena do tráfico interestadual (inciso V do art. 40 da Lei de Drogas), pois para caracterização basta que as provas produzidas demonstrem. (TJMS - Ap. Criminal n. 0002279-80.2014.8.12.0026, Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Bataguassu; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 16/02/2017; Data de registro: 17/02/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE – MODULADORA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL VALORADA

– REDUÇÃO – QUALIDADE DA DROGA – ART. 42 DA LEI 11.343/2006 – COCAÍNA – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE MANTIDA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE – TRÁFICO OCASIONAL – ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO INTERESTADUAL – ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – REGIME PRISIONAL – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/2006 – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – O princípio constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5.º, XLVI e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada umas das circunstâncias judiciais seja analisada à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

II – Na primeira fase da fixação das penas previstas pela Lei nº 11.343/2006 aplica-se o artigo 59 do CP de forma subsidiária ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006, cujas circunstâncias preponderam sobre aquelas. Considera-se neutra a moduladora circunstâncias do crime se não motivada em elementos concretos extraídos dos autos. A qualidade da substância apreendida é uma das preponderantes especificadas pela lei. É desfavorável quando se trata do transporte de cocaína.

III - O fato de o agente transportar grande quantidade de substância entorpecente (969 gramas de cocaína), aliado a outras circunstâncias que demonstram participar de atividades próprias de organização criminosa, bem como de dedicar-se ao tráfico de drogas impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). (TJMS - Ap. Criminal n. 0001783-84.2014.8.12.0015, Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Miranda; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 26/01/2017; Data de registro: 27/01/2017)

Dessa forma, mantenho o afastamento da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4°, da Lei n. 11.343/06.

Por corolário, a dosimetria da pena restará fixada tal qual em sentença: na primeira fase, o magistrado de origem, considerando desfavoráveis a conduta social e personalidade do réu, já que confessou que mantinha contato com traficantes de drogas, e frente à quantidade e natureza da droga apreendida, fixou a condenação em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa; na segunda fase, o *quantum* foi reduzido para 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, depois de sopesada a atenuante de confissão espontânea; na terceira fase, mantendo-se a causa de aumento prevista no artigo 40, V, da Lei n. 11.343/2006 e afastada a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a condenação restou totalizada em 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Da substituição da pena e do regime inicial

Incabível a pretendida alteração do regime inicial de cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (art.44, III, do CP), porquanto não atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos.

Note-se que o caso presente versa sobre expressiva quantidade de cocaína, substância entorpecente dotada de significativo potencial lesivo, acrescendo-se que para fixação do regime nos crimes abrangidos pela Lei nº 11.343/06, deve-se analisar não apenas a quantidade da pena, como, também, as diretrizes espelhadas no artigo 59, do Código Penal, a natureza e o *quantum* de entorpecente apreendido, sendo certo que estas últimas condições prevalecem sobre aquelas, nos termos preconizados no artigo 42 do diploma legal inicialmente citado. O perigo que a lei pretende obstar em casos desse jaez não é somente o individual, mas, sobretudo, o coletivo.

Mantido, portanto, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Das custas processuais

Sustenta o apelante não haver indícios nos autos de que tenha condição econômica suficiente a arcar com as custas processuais.

Pois bem. A assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente hipossuficientes é garantia constitucional prevista no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal[1].

Por outro lado, a condenação da parte vencida ao pagamento das custas processuais decorre de imposição legal a ser estritamente observada pelo juiz, nos termos do artigo 804, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

Frente aos dispositivos citados, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que eventual isenção ao pagamento das custas processuais depende de análise de prova, de maneira que tal matéria deverá ser discutida perante o Juízo da Execução Penal. Senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROLATADA NOS TERMOS DO ART. 557 DO CPC. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS.
>
> POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP. PRECEDENTES DO STJ.
>
> AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Não ofende o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator proferida nos termos do art. 557 do CPC.
>
> 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos exatos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.
>
> 3. Ademais, a suspensão do pagamento apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado.

1 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: (...)
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

> 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 282.202/MG, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), quinta turma, julgado em 21/03/2013, DJe 26/03/2013)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INVIABILIDADE. ART. 804 DO CPP. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ART. 12 DA LEI 1.060/1950. REVOGAÇÃO PELO ART. 175, I, DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. EXAME QUE DEVE SER FEITO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
>
> 1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem acerca da alegada revogação do art. 12 da Lei nº 1.060/50 pelo art. 175, I, do CTN, mostra-se incabível a apreciação do pedido por esta Corte, em virtude da ausência do requisito indispensável do prequestionamento.
>
> 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, o art. 804 do CPP determina a condenação do vencido em custas, devendo ficar suspensa a exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após o qual ficará prescrita a obrigação, a teor do art. 12 da Lei n.º 1.060/1950.
>
> 3. A suspensão de que se trata apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado, diante da possibilidade de alteração após a condenação.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 254.330/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013)

Ao comentar o artigo 804, do Código de Processo Penal, Guilherme de Souza Nucci[2], com propriedade esclareceu:

> (...) Quando, no entanto, vencido for o réu, a regra *é* que as custas são devidas, bem como outras despesas processuais (ex.: salários de peritos, diligência de oficial de justiça etc.). Continua a prevalecer, no entanto, a possibilidade de concessão de assistência judiciária a quem necessitar, não se cobrando custas e outras despesas. Cuida-se de assunto a ser tratado em fase de execução e não pelo juiz da condenação.

Ou seja, não se nega aqui a possibilidade de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, conforme previsto no artigo 12, da Lei n. 1.060/50, apenas esclarece-se que eventual hipossuficiência apta a tal suspensão deverá ser analisada pelo Juízo da Vara de Execução Penal.

Colaciono, a respeito, posicionamento vislumbrado nesta Corte de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – AUSÊNCIA DE REQUISITO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS MAL VALORADAS – REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO – REQUISITOS PREENCHIDOS – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – PENA INFERIOR A QUATRO ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – CUSTAS PROCESSUAIS – MATÉRIAS AFETAS AO JUÍZO DA EXECUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

2 Nucci, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado** – 15. ed. rev., atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1424.

I - O princípio da insignificância, que exclui a tipicidade da conduta, não se aplica ao agente cujo comportamento é voltado à prática delitiva, que reflete o grau de reprovabilidade da conduta.

II - Decota-se da pena-base acréscimos gerados por circunstâncias judiciais mal valoradas.

III - Impõe-se o reconhecimento do furto privilegiado quando o agente é primário e o objeto de valor inferior a 01 salário mínimo à época.

IV - Sendo a pena fixada em 08 meses de reclusão e favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do CP, possível a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da sanção.

V - Substitui-se a sanção reclusiva por duas restritivas de direito quando satisfeitos os requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44, do Código Penal.

VI - Nos termos do artigo 804, do CPP, o vencido deve responder pelas custas processuais. Eventual impossibilidade de pagamento, mesmo aos assistidos pela Defensoria Pública, deverá ser analisada pelo Juízo das Execuções Penais, seja a momentânea, quando poderá ocorrer a suspensão do pagamento enquanto perdurar o estado de pobreza, no prazo de 05 (cinco) anos (art. 12 da Lei nº 1.060/50), seja a completa isenção.

VII – Em parte com o parecer. Recurso parcialmente provido. (TJMS - Ap. Criminal n. 0017918-82.2015.8.12.0001, Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 09/03/2017; Data de registro: 14/03/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – REDUÇÃO DAS PENAS INTERMEDIÁRIAS PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – INVIABILIDADE – REDUÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR PARA O MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE JUDICIAL – IMPERTINÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Na segunda fase da dosimetria, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo previsto na norma penal em abstrato, nos termos da Súmula 231 do STJ.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, “o tempo de suspensão da habilitação deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade, bem como com a gravidade concreta do delito praticado” (HC 159.298/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 19/12/2011).

3. Tratando-se de réu patrocinado por advogado particular, tenho entendido que a isenção do pagamento das custas processuais poderá ser concedida apenas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, pois é na fase de execução, onde se exigirá tal valor, o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. (TJMS - Ap. Criminal n. 0000178-84.2015.8.12.0010, Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Fátima do Sul; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 06/02/2017; Data de registro: 02/03/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE – ISENÇÃO QUANTO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS FINAIS DO PROCESSO – MATÉRIA CUJA DELIBERAÇÃO DEVE FICAR A CARGO DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS - RECURSO DESPROVIDO.

> Não se reduz a pena de multa fixada de acordo com o disposto no art. 43 da Lei n. 11.343/06.
>
> A isenção do pagamento das custas processuais poderá ser concedida apenas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, pois é na fase de execução, onde se exigirá tal valor, o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. (TJMS - Ap. Criminal n. 0000904-93.2014.8.12.0042, Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Rio Verde de Mato Grosso; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 12/12/2016; Data de registro: 11/01/2017)

Da pena de multa

A despeito da eventual situação financeira do apelante, a pena de multa aplicada encontra-se em perfeita consonância com as diretrizes do tipo penal previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Note-se que, para o crime de tráfico de drogas, o supracitado dispositivo prevê a condenação ao pagamento de, no mínimo, 500 dias-multa[3]. Ou seja, a pena de multa é parte integrante do tipo penal, tratando-se de sanção de ordem patrimonial, sendo incabível a sua isenção.

Saliente-se, ademais, que a condenação se deu pouco acima do mínimo legal, qual seja, 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, após rigorosamente observado o critério trifásico da dosimetria penal, como já explicitado.

E mais. Atento à condição financeira do apelante, o valor do dia-multa foi fixado em seu patamar mínimo de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Mantém-se a sentença também neste ponto.

Neste sentido, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS – INVIABILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – ISENÇÃO DA PENA DE MULTA E JUSTIÇA GRATUITA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.
>
> I – Restou comprovado dos autos que a droga apreendida era para comércio e não para consumo, somente. O depoimento dos policiais e a própria confissão extrajudicial do réu, bem como as demais circunstâncias concretas do caso são elementos coerentes e harmônicos a embasar a prática da traficância. O fato de ser usuário não afasta, por si só, a imputação do crime de tráfico, de modo que resta inviável a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Drogas.
>
> II – Quanto ao pedido da defesa de isenção ou redução da pena de multa, convém esclarecer que, consoante entendimento jurisprudencial sobre o assunto, a requerida isenção violaria o princípio constitucional da legalidade, primeiro porque a sua existência decorre de expressa previsão legal do tipo legal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/06, segundo porque não há qualquer previsão de isenção na legislação penal. Em caso de impossibilidade financeira de pagamento integral, o apelante poderá requerer o parcelamento, consoante o disposto no art. 50 do Código Penal e 169 da Lei de Execução Penal.

3 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

> III – O apelante foi patrocinado por advogado particular durante a maior parte da ação penal e assim continua no recurso de Apelação Criminal. Apesar da Defesa alegar que se trata de hipótese de hipossuficiência, inexiste nos autos qualquer documento que confirme tal asserção, de maneira que não há como acolher a tese de pobreza do acusado.
>
> Com o parecer, nego provimento ao recurso. (TJMS - Ap. Criminal n. 0001309-14.2014.8.12.0048) Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Rio Negro; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 09/03/2017; Data de registro: 15/03/2017)

Convém destacar, por fim, que eventual pedido de parcelamento da pena de multa poderá ser formulado no Juízo da Execução.

Da transferência do réu

Requer o acusado seja determinada a sua transferência para o estabelecimento penal existente em Aquidauana/MS, onde reside a sua família.

Entretanto, o simples pedido da defesa nesse sentido não autoriza, por si só, o seu deferimento.

Isso porque, apesar da previsão do artigo 103, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) da necessidade de permanência do preso em local próximo a sua família, é necessária a comprovação da existência de vagas na casa prisional para a qual se pretende a transferência, bem como a análise, pelo Juízo da Vara de Execução Penal, das questões administrativas pertinentes.

Portanto, por ora não há que se falar em transferência do apelante, podendo tal pedido ser revisto na fase de execução da pena.

Destaco os julgados desta Corte sobre o tema:

> EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, I, CP – INCABÍVEL – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO – PREJUDICADO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – PLEITOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA – NEGADOS – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO – REFUTADO – PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME DOMICILIAR E TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DE PENA – NEGADOS – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTOR – NEGADO – RECURSO DESPROVIDO.
>
> I – A teor do art. 65, I, do Código Penal, são circunstâncias que atenuam a pena ser o agente menor de 21 (vinte um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença.
>
> II – O pedido de reconhecimento da atenuante da confissão resta prejudicado.
>
> III – Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (11.343/2006), torna-se inviável a redução de pena com base a alegação de tráfico privilegiado. No caso, há indícios concretos de que o apelante é dedicado à atividades de caráter criminoso.
>
> IV – A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que no âmbito do delito penal de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/06, art. 33), não há mais a obrigatoriedade de imposição de regime fechado para início de cumprimento de pena, de modo que a fixação

do regime prisional inicial, na situação concreta, deve estar em harmonia ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3.º, do CP.

V – O pedido de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos está prejudicado, nos termos do art. 44, I, do CP.

VI – A respeito da hediondez do crime de tráfico de drogas, em que pese o recente julgamento do HC 118.533/MS, em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal, em que restou decidido que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda, o que não *é* o caso destes autos, nos termos do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, equiparado a crimes hediondos, assim definidos na Lei nº 8.072/90, sujeitando-se ao tratamento dispensado a tais delitos.

VII – Para o estabelecimento da prisão domiciliar, prevista no inciso II do art. 318 do CPP, faz-se necessário o exame do caso concreto para discernir sobre o cabimento ou não da prisão domiciliar, e não apenas a incidência de doença.

VIII – O pedido de transferência da execução da pena para outro juízo formulado pela defesa do apelante não autoriza por si só o acolhimento do pleito, havendo a necessidade de comprovação da existência de vagas e as questões administrativas das casas prisionais, o que inocorreu no presente caso.

IX – *In casu*, os elementos de provas sinalizam no sentido de que veículo, objeto do pedido de restituição, foi utilizado na prática do crime de tráfico de drogas, além de inexistir provas de que tenha sido proveniente do exercício da atividade lícita, razão pela qual não há como restituí-lo ao apelante devendo se mantido o seu perdimento. (TJMS - Ap. Criminal n. 000576-79.2016.8.12.0015, Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Miranda; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 06/02/2017; Data de registro: 08/02/2017)

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL DEFENSIVO – RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO CAUTELAR AO REGIME SEMIABERTO – TRANSFÊRENCIA DA GUIA DO CUMPRIMENTO DE PENA DE APENADO – ART. 103 DA LEP – AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO REEDUCANDO – RECURSO DESPROVIDO.

I – A convivência do preso com seus familiares é relevante instrumento na busca pela recuperação pessoal e reinserção social. Por outro lado, embora recomendável, não se trata de direito subjetivo incondicional do reeducando a transferência para estabelecimento prisional mais próximo de seus familiares.

II – *In casu*, ainda que o art. 103 da LEP destaca a necessidade da "permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar", o mero pedido de transferência da execução da pena para outro juízo formulado pela defesa do embargante não autoriza por si só que o executado assim o faça por conta própria, antes de autorizado pelo Juízo da Execução Penal.

III - A providência judicial de transferência de reeducando não está adstrita *às* preferências pessoais deste, pois não se trata, repito, de direito subjetivo do réu e o que prevalece é o interesse da administração. (TJMS – Agravo n. 0003269-27.2016.8.12.0018, Relator(a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; Comarca: Paranaíba; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 24/10/2016; Data de registro: 25/10/2016)

Mister se faz salientar, acerca do prequestionamento, que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> (...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Dispositivo

Ante o exposto, em parte com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 11 de maio de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1405001-78.2017.8.12.0000 - Bela Vista
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXPEDIÇÃO DE CARTAS ROGATÓRIAS – TESTEMUNHAS RESIDENTES EM OUTROS PAÍSES – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 222-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA, SEQUER MENCIONADA OPORTUNAMENTE – ÔNUS QUE À PARTE COMPETIA – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA, COM O PARECER.

Nos exatos termos do artigo 222-A do Código de Processo Penal, as cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio. Trata-se, pois, de norma que realça situação excepcional e, justamente por isso, o acatamento da providência espelhada exige demonstração prévia de sua imprescindibilidade.

Não se desincumbindo a parte, no momento processual a tanto previsto, do ônus que neste particular lhe competia, aliás, como admitido, não há falar em cerceamento de defesa a justificar a concessão da ordem, máxime considerando que ao juiz compete velar pela rápida solução do litígio, assegurando razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

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, denegar a ordem.

Campo Grande, 8 de junho de 2017.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tiago Barbosa de Campos Widal, Wilson de Abreu Corrêa, devidamente identificados, impetraram *habeas corpus* em favor de Demécio Takeshi Higa, qualificado, apontando como autoridade impetrada o Juiz de Direito da Comarca de Bela Vista.

Reputaram configurado cerceamento de defesa pelo magistrado impetrado, que indeferiu a intimação de duas testemunhas arroladas na resposta à acusação, as quais seriam essenciais à defesa.

Informaram que uma delas reside no Japão e a outra em Bela Vista do Norte, Paraguai, razão pela qual necessária a expedição de cartas rogatórias, pena de futura anulação do feito.

Destacaram, ainda, que a audiência de instrução e julgamento encontrava-se designada para a data de 17.05.2017 e pediram a concessão de liminar para o fim de trancar a Ação Penal nº 0000931-28.2016.8.12.0003, até a intimação das testemunhas que arrolaram, bem como, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

A liminar foi indeferida (fls.19-20), as informações prestadas (fls.25-26), posicionando-se, a seguir, a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e denegação da ordem (fls.30-33).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Tiago Barbosa de Campos Widal, Wilson de Abreu Corrêa, devidamente identificados, impetraram *habeas corpus* em favor de Demécio Takeshi Higa, qualificado, apontando como autoridade impetrada o Juiz de Direito da Comarca de Bela Vista.

Reputaram configurado cerceamento de defesa pelo magistrado impetrado, que indeferiu a intimação de duas testemunhas arroladas na resposta à acusação, as quais seriam essenciais à defesa.

Informaram que uma delas reside no Japão e a outra em Bela Vista do Norte, Paraguai, razão pela qual necessária a expedição de cartas rogatórias, pena de futura anulação do feito.

Destacaram, ainda, que a audiência de instrução e julgamento encontrava-se designada para a data de 17.05.2017 e pediram a concessão de liminar para o fim de trancar a Ação Penal nº 0000931-28.2016.8.12.0003, até a intimação das testemunhas que arrolaram, bem como, ao final, a concessão em definitivo da ordem.

A liminar foi indeferida (fls.19-20), as informações prestadas (fls.25-26), posicionando-se, a seguir, a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e denegação da ordem (fls.30-33).

Mister se faz salientar, inicialmente, que os impetrantes, ao buscarem o trancamento da ação penal, pretendem, em realidade, o sobrestamento do feito até a realização do ato requerido, mesmo porque, como cediço, trancamento diz respeito ao encerramento da demanda, quando detectada ausência de condições da ação, de pressupostos processuais ou de pronta e comprovada inépcia da denúncia, enfim, hipóteses não vislumbradas neste caderno.

Por outro prisma, a despeito da proximidade da audiência de instrução, quando da impetração, não se verificou necessidade de concessão da liminar, face à ausência de prejuízo ao paciente, posto que a oitiva das aludidas testemunhas, por meio de cartas rogatórias, fosse o caso, não implicaria inversão da ordem estabelecida no artigo 400, *caput,* do CPP.

Ademais, o suposto "interesse da defesa" de que os depoimentos não fossem antecipados aos demais, restou mencionado de forma genérica, lacônica, sem apontar o efetivo prejuízo que tal pudesse acarretar ao direito do paciente.

Pois bem. Ao indeferir a expedição das cartas rogatórias enfocadas, visando oitiva das testemunhas residentes no Japão e no Paraguai, assim consignou o magistrado:

(...)

> Com relação às testemunhas de defesa Marco Antonio Cabrera Quevedo (fl.417), Bruno Yagi Moreira (fl.417), Evaneis Pereira (fl.427) e Edvaldo Alvez Rozo (fl.430), com endereços no Paraguai e no Japão, sequer restou esclarecido se tratam de testemunhas abonatórias ou se elas tem algo a esclarecer a respeito dos fatos narrados na denúncia.
>
> Registre-se ser de todo desnecessária a intimação de testemunhas chamadas abonatórias, porquanto os depoimentos delas, a influir na fixação da pena base em eventual condenação, podem perfeitamente ser substituídos por declarações escritas, as quais este Juizo acolherá idêntico valor das feitas orais em audiência.
>
> Além disso, a defesa não atendeu ao requisito previsto no art. 222-A do CPP, pois não demonstrou previamente a imprescindibilidade da expedição da carta rogatória, mormente porque não antecipou o teor do depoimento das aludidas testemunhas. Diante disso, não é possível afirmar, ao menos neste momento, que a oitiva delas seja indispensável à consecução da verdade real.
>
> (...)
>
> Por tais razões, indefiro os pleitos de expedição de carta rogatória. Deverão as partes levar as testemunhas ao ato independentemente de intimação, mormente por não haver motivação idônea nas respostas à acusação.

E, realmente, propiciou-se às partes a possibilidade de substituir a inquirição de testemunhas referenciais por declarações escritas, assinadas e autenticadas, sem prejuízo da expedição de cartas precatórias para outras comarcas, inexistindo, por essa ótica, constrangimento ilegal ou cerceamento a ser reconhecido.

Poder-se-ia argumentar, então, que as testemunhas cujas oitivas se pretende mediante a expedição de rogatórias não seriam meramente referenciais, abonatórias, todavia, insta verificar que nada restou esclarecido ou expressamente consignado nesse sentido, no momento processual a tanto oportuno, como bem pontou o magistrado primevo.

Não se desincumbiu a parte, pois, do ônus que a respeito lhe competia, consoante artigo 222-A do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Trata-se de norma que realça situação excepcional e, justamente por isso, o acatamento da providência ali espelhada exige demonstração prévia de sua imprescindibilidade, ou seja, requisito não preenchido no caso versando.

Com efeito, em consulta aos autos originários (nº 0000931-28.2016.8.12.0003), via SAJ/PG, emerge que o paciente, ao ofertar sua resposta preliminar à acusação *(*fls.410-417 da mencionada ação penal), arguiu inépcia da denúncia, discorreu sobre a atipicidade da conduta, sobre sua inocência e, no tocante às testemunhas, limitou-se a pleitear fossem intimadas e ouvidas, sem especificar, portanto, a imprescindibilidade da oitiva daquelas residentes no Japão e no Paraguai. Aliás, sequer ofertou qualquer menção a eventual indispensabilidade. Note-se:

> Diante das situações de fatos e de direitos exposta requer:
>
> (...)

> D) Seja ainda intimada as testemunhas de defesa para comprovar a inocência do acusado bem como inexistência de dolo e culpa do mesmo.
>
> (...)
>
> ROL DE TESTEMUNHA:
>
> A) Monclair Rosa Corrêa Filho
>
> End: Rua Guia Lopes, 1021, centro, Bela Vista - MS.
>
> **B) Marco Antônio Cabrera Quevedo**
>
> **End: Rua Saturio Rios com San Agustin, nº 1057, bairro Sajonia - Assunção - PY**
>
> C) Gelson Leite Moura
>
> End: Rua Joaquim Fernandes da Silva, nº 118, Primavera 1, Bela Vista -MS
>
> D) Johnys Hemory Denis Basso
>
> End: Rua Voluntarios da Pátria, nº 571, centro, Bela Vista - MS
>
> **E) Bruno Yagi Moreira**
>
> **End: Rua Rhiokuem Higashi, 123, apto 102, bairro: Danshi Cidade: Kakamigahara -Shi, Estado: Gifu Kem- Japão.** (g.n.)

Desponta, portanto, que não apenas deixou de mencionar a imprescindibilidade da oitiva das testemunhas residentes em outros países, muito menos demonstrar ou especificar a razão pela qual seriam indispensáveis, como sequer restou esclarecido, tal qual pontuou a autoridade impetrada, se tratam de testemunhas abonatórias ou se elas tem algo a esclarecer a respeito dos fatos narrados na denúncia.

Limitou-se o paciente, na oportunidade a tanto adequada processualmente, a nominar as testemunhas e a indicar os respectivos endereços, não se desincumbindo, por corolário, do ônus que neste particular lhe competia, à luz do artigo 222-A do Código de Processo Penal.

Aliás, na prefacial deste *habeas corpus*, a despeito da justificativa apresentada, chegou a admitir expressamente não ter cumprido o requisito estampado no dispositivo legal acima citado. Frise-se (fl.03):

> Não houve esclarecimento em defesa previa sobre o teor dos depoimentos como pratica de defesa, para que estas não sejam prejudicadas.

Somente agora, com a impetração do *habeas corpus*, quando já ultrapassado o momento processual adequado, é que atentou-se o paciente a mencionar que tais oitivas seriam essenciais e indispensáveis, todavia, mesmo assim, ao fazê-lo, lançou mão de argumentos genéricos, abstratos, insuficientes à exigência em tela. Destaque-se (fl.04):

> A testemunha que reside no Japão a época dos fatos morava no Brasil, possuindo vinculo com varias dos acusado, sabendo a situação que ocorria na suposta fraude ao erário do município de Bela Vista-MS.
>
> Já a testemunha residente em Bela Vista Norte-PY é cidadão que convive na cidade em questão por esta se tratar de fronteira, sabendo vários detalhes essenciais para defesa do paciente na referida ação penal, porém não se dispõe a depor a menos que seja intimado por medo de ser oprimido ao detalhar a situação por mera e espontânea vontade.

Ademais, como cediço, a expedição de carta rogatória nem teria o condão de suspender a instrução criminal, ao contrário do que igualmente pretendem os impetrantes.

Discorrendo sobre a matéria, giza Guilherme de Souza Nucci[1] que a

> Introdução do disposto no art. 222-A é correta, pois é sabido o uso indevido, em grande parte dos casos, da carta rogatória, com o simples objetivo de atrasar a instrução e, se possível, no futuro, semear a prescrição. Ademais, o custo para a expedição também é elevado. O binômio exigido (imprescindibilidade + custo) deverá limitar ao absolutamente indispensável, ao menos na esfera criminal, a utilização da rogatória. Deverá a parte interessada demonstrar ao juiz a imprescindibilidade, vale dizer, convencer o magistrado de que, sem aquela prova, torna-se inviável julgar o feito com imparcialidade e de acordo com a verdade real. Por isso, é ônus da parte antecipar o que a testemunha deverá falar ao ser ouvida, configurando o contorno necessário para aquilatar a sua indispensabilidade.

Não há falar, d´outro vértice, em inconstitucionalidade da exigência, pois, acrescenta Nucci (op. cit.), valendo-se do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na conhecida ação penal nº 470 QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, concernente ao caso popularmente denominado Mensalão, rejeitou-se tal arguição, examinando-a sob dois aspectos. Quanto à exigência da demonstração prévia da imprescindibilidade das cartas rogatórias, aduziu-se tratar-se de norma que, em última análise, teria explicitado diretriz já imposta ao juiz, consistente no dever que lhe incumbe de velar pela rápida solução do litígio, indeferindo as provas inúteis, impertinentes ou protelatórias, nos termos do que prescreve o art. 125, II, do CPC/73, c/c o art. 3º do CPP, e o art. 400 deste mesmo diploma legal. Asseverou-se que a aludida norma seria consentânea com o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ante o exposto, conheço do *habeas corpus* em tela, mas denego a ordem almejada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 08 de junho de 2017.

***

1 **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. págs. 581-582

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000198-18.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL (RECURSO MINISTERIAL) – RECEPTAÇÃO (ART. 180, *CAPUT*, DO CP) – PRETENSÃO CONDENATÓRIA – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO TRANSMITE CERTEZA – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* – RECURSO DESPROVIDO – APELAÇÃO CRIMINAL (RECURSO DEFENSIVO) – FURTO SIMPLES (ART. 155, § 1º, DO CP) – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO DA *RES FURTIVA* – CONTEXTO DE PROVAS APTO A FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO – PENA-BASE – MODULADORA DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE MAL VALORADAS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – REDUÇÃO – CONFISSÃO INFORMAL UTILIZADA ENTRE FUNDAMENTOS DA SENTEÇA – APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 545 E 231 DO STJ.

Somente se admite prolação de decreto condenatória diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, impositiva a absolvição com base no inciso VII do artigo 386 do Código de Processo Penal;

A teor do disposto pelo artigo 155 do CPP, a convicção do juiz deve formar-se pela livre apreciação das provas produzidas sob a égide do contraditório judicial. No caso, a prisão em flagrante, corroborada por depoimento de policial, confirmados em Juízo e que mantém coerência com outros elementos de prova existentes nos autos, é apta para justificar decreto condenatório;

Para o reconhecimento do crime de furto privilegiado - direito subjetivo do réu – a norma penal exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, não devendo ultrapassar o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo indiferente para tanto, que o bem furtado tenha sido restituído à vítima.

A apreensão da *res furtiva* não é indispensável à configuração do delito de furto, desde que a prova testemunhal seja suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e de sua autoria.

O princípio constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5.º, XLVI e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada umas das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal, sejam analisadas à luz de elementos concretos, extraídos da prova dos autos, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal, evitando-se assim a vedada duplicidade.

A moduladora da conduta social torna-se neutro, quando não se demonstre elementos concretos em relação ao comportamento do agente no meio social em que vive, na família e no trabalho.

Para a análise da moduladora da personalidade são necessários elementos que escapam à seara do direito, de forma que, não deverá ocorrer sua valoração negativa, quando inexistirem nos autos, elementos suficientes para sua aferição.

Recurso ministerial desprovido e defensivo provido em parte. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso do Ministério Público, unânime. Proveram em parte o apelo defensivo, unânime.

Campo Grande, 8 de maio de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Izaías Antunes Bispo contra sentença de f. 168-174 que, condenou o réu recorrente a pena de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias dias-multa, no regime inicial aberto, por infração ao artigo 155, § 1º, do Código Penal e, absolveu o segundo réu, Jorge Henrique da Silva Paula, das sanções do art. 180, *caput,* do CP.

O Ministério Público inconformado com a sentença, segundo as razões expostas a f. 180-186, pugna pela reforma da sentença, para condenar o segundo réu, Jorge Henrique da Silva Paula, nas sanções do crime de receptação.

A defesa de Jorge Henrique da Silva Paula, em contrarrazões de f. 202-204, pugnou pelo desprovimento do recurso ministerial.

Isaías Antunes Bispo insatisfeito com a sentença, em suas razões de f. 193-199, pretende: sua absolvição por ausência de provas, nos termos do art. 386, II, do CPP; subsidiariamente pela redução da pena-base para o mínimo legal; e pelo reconhecimento do privilégio do § 2º do art. 155, do CP. Para fins de prequestionamento, requereu manifestação expressa dos dispositivos elencados em suas razões.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 207-214 e 219232, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Izaías Antunes Bispo contra sentença de f. 168-174 que, condenou o réu recorrente a pena de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias dias-multa, no regime inicial aberto, por infração ao artigo 155, § 1º, do Código Penal e, absolveu o segundo réu, Jorge Henrique da Silva Paula, das sanções do art. 180, *caput,* do CP.

O Ministério Público inconformado com a sentença, segundo as razões expostas a f. 180-186, pugna pela reforma da sentença, para condenar o segundo réu, Jorge Henrique da Silva Paula, nas sanções do crime de receptação.

A defesa de Jorge Henrique da Silva Paula, em contrarrazões de f. 202-204, pugnou pelo desprovimento do recurso ministerial.

Isaías Antunes Bispo insatisfeito com a sentença, em suas razões de f. 193-199, pretende: sua absolvição por ausência de provas, nos termos do art. 386, II, do CPP; subsidiariamente pela redução da pena-base para o mínimo legal; e pelo reconhecimento do privilégio do § 2º do art. 155, do CP. Para fins de prequestionamento, requereu manifestação expressa dos dispositivos elencados em suas razões.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 207-214 e 219232, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do recurso ministerial

Por inconformar-se com a decisão, o recorrente, pelas razões de f. 180-186, visa a condenação de Jorge Henrique da Silva Paula, nos termos da denúncia, a qual consta que:

> (...) no dia 10 de janeiro de 2010, por volta das 02h21min, na Rua "C" n. 1497, bairro Jardim Flamboyant, nesta cidade e comarca de Três lagoas/MS, o denunciado Izaias Antunes Bispo, aproveitando-se do período do repouso noturno, subtraiu para si 01 (um) aparelho de DVD da marca "Proview", com controle remoto, 01 (um) botijão de gás, 01 (um) aparelho de telefone celular da marca "LG", com o número de linha 9113-9225, avaliados *às* f. 26/29 em R$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco reais), e quantia de R$ 800,00 (oitocentos reais) em dinheiro, de propriedade de Claudinei Ferreira da Silva.
>
> Consta nos autos, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo, logo após os fatos acima narrados, na residência localizada na Rua "C" n. 1497, bairro Jardim Flamboyant, nesta cidade e comarca de Três lagoas/MS, o denunciado Jorge Henrique da Silva Paula recebeu do denunciado Izaias, em proveito próprio, o aparelho celular e o botijão de gás acima descritos, mesmo sabendo de sua origem ilícita.
>
> Restou apurado que a vítima acordou durante a noite e se deparou com o denunciado Izaias dentro de seu quintal, sendo que, ao verificar o interior de sua residência, constatou que lhe foram subtraídos os objetos acima descritos e acionou a Polícia Militar.
>
> Com a chegada dos milicianos, realizou-se diligências pelo local dos fatos e logrou-se êxito em localizar parte dos bens subtraídos na residência do denunciado Jorge, que, por sua vez, confessou ter recebido tais bens do denunciado Izaias. Na sequência, localizou-se na residência do denunciado Izaias o aparelho de DVD de propriedade da vítima.

Anota-se, de início, que durante a instrução do feito, em decorrência de o acusado Jorge não ter sido localizado para comparecer a audiência de instrução e julgamento, determinou-se nomeação de Defensor Público para instrução final do processo (f. 161).

Pois bem. Consoante ressabido, somente se admite prolação de decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, impositiva a absolvição com base no inciso VII, do art. 386, do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, leciona que:

> Por outro lado, quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado. (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal, 11ª ed, Ed. Forense, p. 62).

Com efeito, é requisito indispensável à condenação, a existência de prova robusta e inquestionável, estreme de dúvida, prova esta que, neste caso, não vejo presente, tratando-se de caso de aplicação do inciso VII do artigo 386 do CPP, conforme recentes decisões dos tribunais pátrios, inclusive desta Segunda Câmara. Confira-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO ACUSATÓRIO. AS PROVAS PRODUZIDAS SÃO FRÁGEIS. NÃO GERAM UM JUÍZO DE CERTEZA. DINÂMICA DOS FATOS DUVIDOSA. AUTORIA NÃO CABALMENTE COMPROVADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Como é elementar, o julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação. Verifica-se que o suporte fático probatório é insuficiente para ensejar um juízo condenatório. 2. Os riscos advindos de uma eventual condenação equivocada, faz com que a dúvida sempre milite em favor do acusado. Nesse contexto, o inciso VII do art. 386 do código de processo penal prevê como hipótese de absolvição do réu a ausência de provas suficientes a corroborar a imputação formulada pelo órgão acusador. É a consagração do princípio do *in dubio pro reo*, o que ocorre, *in casu*, por isso, deve ser proclamada a absolvição do acusado. 3. No caso, o conjunto probatório gera dúvida quanto à autoria do fato delituoso" (TJMS; APL 0000564-25.2009.8.12.0043; São Gabriel do Oeste; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 09/12/2014; Pág. 38). (Destaquei).

No caso em testilha, as provas existentes não foram suficientes a sustentar o decreto condenatório contra o acusado Jorge Henrique da Silva Paula que, além de ter negado a prática do delito em sede policial (f. 08), alegou desconhecer que os objetos eram oriundos de furto e, que o réu Izaias apenas deixou os objetos furtados em sua casa, para levar um DVD para a casa dele, sendo que depois voltaria para buscar os demais bens.

A corroborar com tal informação, a vítima Claudinei Ferreira da Silva declarou perante o juízo (f. 140-143), o seguinte:

> (...)
>
> **MP: Então, Senhor Claudinei, depois que o senhor encontrou o réu Izaias na residência do senhor, repreendeu ele falando que não era para ele estar ali, ele foi embora. E o senhor viu para onde que ele foi?**
>
> **Depoente: Ele foi para, para esta casa onde ele estava alojado ainda (ininteligível) casa aí.**
>
> (...).
>
> MP: Entendi. E diante disso o senhor acionou a Polícia Militar, que foi lá na casa do réu Jorge?
>
> Depoente: Não. A Polícia Militar foi em casa, aí ele trancou os portões e ficou ali alojado lá dentro da casa lá.
>
> MP: No réu Jorge?

> Depoente: No Réu Jorge, *é*. Estava lá dentro da casa, aí... aí quando vê, aí ele pegou e falou que ia sair com os objetos, ia sair com os objetos.
>
> MP: Aí o senhor viu?
>
> Depoente: Não, ele falou. Aí ele ficou bravo.
>
> MP: Quem viu? Quem falou?
>
> **Depoente: Esse tal de Izaias, falou que ia sair com os meus objetos, quem tentasse segurar ele ia levar umas tijoladas na cabeça.**
>
> **MP: E aí, o senhor viu alguma coisa lá? Viu o botijão lá na casa do... Jorge?**
>
> **Depoente: Vi. (...)** (Destaquei).

A confirmar tais declarações, o depoimento da testemunha Elbert Camilo da Silva, Policial Militar que conduziu a prisão do réu Izaias, ao ser ouvido em juízo (f.144-146) relatou o seguinte:

> MP: Ah, sim. E o senhor se recorda o que esses réus alegaram? O réu Izaias que *é* o autor do furto, confessou?
>
> Depoente: É, o Iza... o autor do furto confessou o furto. Mas agora eu não me recordo, não me recordo se o receptador confessou que era receptador, ou se tinha guardado alguma coisa lá, pediu para guardar o outro.
>
> (...)
>
> Defesa: O Jorge teria pago alguma quantia por esses bens ou só (ininteligível)?
>
> Depoente: Então, é exatamente o que eu não me recordo que foi, a alegação do Jorge, eu lembro que o Izaias confessou o furto, mas eu não me recordo se o Jorge disse que ele guardou as coisas ou se ele comprou, isso eu não me recordo.

Verifico diante de tais declarações e depoimentos que, apesar de indicarem que os objetos furtados encontravam-se na casa do réu Jorge, o segundo réu Izaias de fato estava em posse dos bens em questão, o que possibilita deduzir que apenas foram guarnecidos por Jorge em sua residência, a pedido de Izaias, o que pretendia retirá-los posteriormente, encontrando neste sentido, liame fático com a versão apresentada pelo réu absolvido.

Conforme bem decidiu o juiz singular em ressalvas da sentença:

> Em nenhum momento da instrução criminal, sua versão foi confrontada pelo Órgão acusador. Não restou provado nos autos que, de fato, o réu tinha conhecimento da origem ilícita das *res*, no momento de sua aquisição. (...)
>
> Ademais, não verificou prova da existência do elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo, a vontade que teria o réu de realizar os elementos do tipo objetivo.
>
> Não restou comprovado nestes autos que o réu intuía obter qualquer tipo de vantagem ou proveito ao receber os referidos objetos. (...)
>
> As provas produzidas no caso em comento, não foram suficientes para definição de sua responsabilidade penal, daí ser, inevitável a sua absolvição, por insuficiência de provas.

Veja-se, das provas colhidas, que inexiste o substrato necessário a sustentar a pretensa condenação; embora ainda haja os demais elementos probatórios, como depoimentos policiais e declarações da vítima, são frágeis e dúbias, o que, portanto, se mostram insuficientes a embasar uma condenação.

A condenação só pode assentar-se em prova inequívoca, tanto da autoria, quanto da materialidade do delito, exigindo muito mais do que mero juízo de probabilidade. Faz-se mister certeza, quer no tocante à identidade do agente, quer quanto à ocorrência do fato criminoso, fundada em dados que as evidenciem, o que não ocorre no caso concreto, afigurando-se, por isso, temerária a condenação do apelado.

Assim, diante da fragilidade da prova acusatória e da incerteza que paira quanto à autoria do ato delituoso, a pretensão recursal ministerial não merece prosperar, sendo a absolvição, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, medida que deve ser adotada, com a prevalência do princípio do in dubio pro reo.

Desta forma, impossível acatar a pretensão condenatória pleiteada, motivos pelos quais, mantenho irretocável a sentença neste ponto.

Do recurso Defensivo

Da absolvição por ausência de provas.

O apelante, inicialmente, pretende a absolvição do crime lhe imputado, ao argumento de que o conjunto probatório não seria apto para sustentar a condenação.

Em que pese a argumentação defensiva, o pleito absolutório não merece acolhimento.

Conforme delineado pela denúncia, na data de 10 de janeiro de 2010, no período de repouso noturno, em endereço referente a residência Claudinei Ferreira da Silva - vítima do furto, ao acordar durante a noite se deparou com o denunciado Izaias Antunes Bispo dentro de seu quintal, sendo que, ao verificar no interior de sua residência, constatou que lhe foram subtraídos entre seus pertences, a quantia de R$ 800,00 (oitocentos reais), 01 (um) DVD, 01 (um) botijão de gás e 01 (um) aparelho de telefone celular. Ato contínuo, a vítima acionou a Polícia Militar que, realizou diligências na localidade dos fatos, logrando êxito em encontrar parte das *res furtivas* na residência do réu Jorge (vizinho da vítima) e, o aparelho de DVD na casa do apelante Izaias, sendo afirmado pelo primeiro que, desconhecia a origem ilícita dos objetos e os teria recebido apenas para guardá-los a pedido do recorrente, pois, este iria retirá-los posteriormente.

Infere-se dos autos que a materialidade delitiva do crime imputado ao réu, restou devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 06-07), boletim de ocorrência (f. 20-21), auto de apreensão (f. 25-29), auto de avaliação (f. 30-33), bem como pela prova oral angariada ao longo da instrução processual.

Em relação a autoria, mesmo que tenha o réu negado a prática delitiva na fase indiciária (f. 13), o qual só não foi interrogado em juízo (f. 138) por motivo que ele próprio deu causa, uma vez que, intimado, furtou-se a comparecer a audiência, dos autos é possível verificar outros elementos concretos e incontestes que, coadunam com a imputação que a ele é feita.

A vítima Claudinei Ferreira da Silva prestou declarações em sede policial (f. 12), as quais foram ratificadas perante o juízo (f. 140-143), declarando minuciosamente o seguinte:

> (...)
>
> Depoente: Bom, eu cheguei em casa estava tudo, sentei no sofá, aí coloquei a, coloquei o dinheiro, coloquei o dinheiro embaixo do travesseiro, aí...

MP: Quanto era?

Depoente: R850,00.

MP: Isso era, era que horário?

Depoente: A noite já, já era umas... a noite já. A noite assim, estava (ininteligível) falei: "Ah, todo mundo está para fora, eu vou ficar um pouquinho para fora, né, que... Tomando um ar fresco, né, cheguei do serviço, né, coloquei o dinheiro embaixo do travesseiro, aí coloquei, aí acabei dormindo, acabei dormindo. Aí eu estava, aí eu estava lá e acabei dormindo, aí ele entrou, aí me roubou (*sic*).

MP: É...

Juiz: O que ele levou do senhor?

Depoente: Ahn?

Juiz: O que ele levou lá da casa?

Depoente: Levou, levou o botijão de gás, celular e...

MP: E dinheiro.

Depoente: E dinheiro.

Juiz: Mas o dinheiro estava debaixo do travesseiro?

Depoente: Estava debaixo do travesseiro.

Juiz: E o senhor estava deitado nesse travesseiro e ele...

Depoente: Não, eu estava em outro, eu estava no, na área.

Juiz: Ah, sim.

Depoente: Na área, eu estava...

Juiz: Então ele entrou no quarto do senhor?

Depoente: Ele entrou dentro do quarto, eu estava na área dentado na área.

Juiz: Entendi agora.

MP: Aí o dinheiro sumiu também?

Depoente: Sumiu. Aí quando eu acordei ele estava num, entrou dentro do quintal, (ininteligível) entrou dentro do quintal, eu falei: "Mas o que você vai fazer aqui?", "Não, eu vou fazer necessidade". Eu falei: "Vai lá para a rua lá". "Ô, desculpa aí".

MP: É o Izaias?

Depoente: É o Izaias.

MP: O senhor conhecia ele?

Depoente: Olha, nós trabalhamos, eu trabalhei na fazenda, aí foi onde eu fiquei conhecendo ele. (...)

Juiz: Mas o senhor recuperou o dinheiro?

Depoente: Não recuperei não.

Juiz: E os objetos lá, o botijão, DVD...

Depoente: Recuperei tudo. (...)

MP: Então, Senhor Claudinei, depois que o senhor encontrou o réu Izaias na residência do senhor, repreendeu ele falando que não era para ele estar ali, ele foi embora. E o senhor viu para onde que ele foi?

Depoente: Ele foi para, para esta casa onde ele estava alojado ainda (ininteligível) casa aí.

MP: Lá na casa vizinha do senhor?

Depoente: É.

MP: Do réu Jorge?

Depoente: É, o Jorge é.

MP: Foi para a casa dele?

Depoente: Foi para a casa dele.

MP: Ele estava alojado lá?

Depoente: Estava alojado.

MP: Mas o senhor já tinha visto ele ali?

Depoente: Já tinha visto ele ali já.

MP: E o senhor conhecia o réu Jorge, então?

Depoente: Não conhecia não.

MP: Não conhecia?

Depoente: Não.

MP: Ele era novo ali na vizinhança.

Depoente: E ele era novo ali, ele era novo ali na vizinhança ali.

MP: É. E o senhor não tinha nem conversado com ele ainda?

Depoente: Algumas vezes eu tenho conversado, né... Vamos dizer: Boa noite. Boa tarde, né. Só isso daí.

MP: Entendi. E diante disso o senhor acionou a Polícia Militar, que foi lá na casa do réu Jorge?

Depoente: Não. A Polícia Militar foi em casa, aí ele trancou os portões e ficou ali alojado lá dentro da casa lá.

MP: No réu Jorge?

Depoente: No Réu Jorge, é. Estava lá dentro da casa, aí... aí quando vê, aí ele pegou e falou que ia sair com os objetos, ia sair com os objetos.

MP: Aí o senhor viu?

Depoente: Não, ele falou. Aí ele ficou bravo.

MP: Quem viu? Quem falou?

Depoente: Esse tal de Izaias, falou que ia sair com os meus objetos, quem tentasse segurar ele ia levar umas tijoladas na cabeça.

MP: E aí, o senhor viu alguma coisa lá? Viu o botijão lá na casa do... Jorge?

Depoente: Vi. (...) (Destaquei).

Tais declarações são corroboradas pelo fato de que, a *res furtiva* foi encontrada com o próprio apelante, tanto na casa em que ele as guarnecia, quanto em outra residência por ele habitada, onde encontrou-se outro dos objetos furtados, situação esta que, dá ensejo à inversão do ônus da prova, ou seja, deveria ele comprovar a alegação de que não fora o autor do delito, ônus do qual não se desincumbiu. Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIME. CONDENAÇÃO. FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. *RES FURTIVA* ENCONTRADA NA POSSE DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VERSÃO ISOLADA DO RÉU, SEM AMPARO PROBATÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS.CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBANTES. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO.RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, DESPROVIDO. (...) **3. Em se tratando de crime de furto, a apreensão da *res furtiva* em poder de pessoa sobre quem recaem suspeitas de autoria, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca, sem a qual a presunção se transmuda em certeza, autorizando o decreto condenatório.** (TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1257195-2 - Guaratuba - Rel.: Rogério Etzel - Unânime - - J. 13.11.2014). (Destaquei).

Ademais, o policial que participou da ação flagrancial - PM Elbert Camilo da Silva - afirmou em juízo (f. 144-146) que:

> Juiz: (...) o autor do furto confessou que o aparelho de DVD estava na casa dele.
>
> Depoente: Estava na casa dele. Inclusive, ele estava na casa ainda, né, eu acho que, não sei se ele ia saindo com o bujão, com o botijão de gás (...).
>
> MP: então foram apreendidos o botijão, o aparelho de celular e o DVD.
>
> Depoente: É. Aí eu não me recordo... do botijão eu lembro que (ininteligível) e do DVD, o celular eu não tenho certeza se foi apreendido. (...)
>
> MP: O dinheiro sumiu.
>
> Depoente: É, sumiu. E se tinha mais alguma coisa eu não me recordo, o que eu lembro bem é o DVD que eu fui buscar na outra casa, e o bujão porque estava ali no... tanto é que a gente entrou na casa, estava no quintal.
>
> MP: É, consta aqui no depoimento do senhor, que em revista na casa de Jorge, foi localizado o aparelho celular e o botijão de gás; e na casa de Izaias, o aparelho de DVD.

> Depoente: Então, o Izaias foi o que entrou mesmo, foi o autor do furto; e o outro o receptador, o Jorge.

No caso, a defesa não se desincumbiu do mister, de sorte que a apreensão de parte da *res furtiva* em poder do apelante e a falta de convincente explicação, representam idôneo liame entre a autoria e o evento.

Desta forma, uma vez que os objetos foram encontrados em poder do acusado, e não tendo apresentado provas consistentes de que não praticou o furto, deve-se atribuir a ele a autoria do crime.

Portanto, de rigor, não há falar em absolvição por ausência de provas, razão pela qual, mantenho a sentença inalterada neste ponto.

Do furto privilegiado

Pugna o apelante pelo reconhecimento do furto qualificado privilegiado, alegando que nos autos não há provas que demonstrem efetivamente a quantia dos bens furtados.

Neste ponto a pretensão também deve ser rejeitada, porquanto o valor dos bens subtraídos indicados, conforme auto de avaliação (f. 30-33) e declarações prestadas pela vítima a qual informou que havia embaixo de seu travesseiro a quantia de R$ 805,00 (oitocentos e cinco reais), como já dito, logo, suplanta o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, não podendo ser considerado de pequeno valor. Neste sentido o entendimento do STJ:

> (...) Para o reconhecimento do crime de furto privilegiado -direito subjetivo do réu - a norma penal exige a conjugação de dois requisitos objetivos, consubstanciados na primariedade e no pequeno valor da coisa furtada que, na linha do entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça, não deve ultrapassar o valor do salário mínimo vigente à época dos fatos. 3. É indiferente que o bem furtado tenha sido restituído à vítima, pois o critério legal para o reconhecimento do privilégio é somente o pequeno valor da coisa furtada. 4. Na hipótese, em que houve tentativa de furto qualificado pelo arrombamento, o valor da *res furtiva* era superior ao salário mínimo então vigente, circunstância que impede o reconhecimento do privilégio legal. 5. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, HC 132.422/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014).

No caso em tela, ainda que parte dos objetos furtados tenham sido recuperados pela vítima, conforme suas declarações, ainda restou pendente o montante de R$ 805,00 (oitocentos e cinco reais) que, à época dos fatos excedia o valor auferido a um salário mínimo.

Ademais, o fato do valor furtado não ter sido encontrado em posse do acusado, não possibilita de plano o reconhecimento do privilégio, uma vez que, é cediço na jurisprudência que, a ausência de apreensão da *res furtiva* é irrelevante para fins da configuração do delito contra o patrimônio, desde que existam outros elementos que comprovem a autoria do delito, o que conforme analisado nestes autos, restou bem delineado pelas provas existentes do caderno processual. Nesse sentido:

> APELAÇAO CRIMINAL. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO (ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA A ABSOLVIÇAO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO NA ETAPA INDICIÁRIA, CORROBORADO EM JUÍZO E APOIADO EM OUTROS MEIOS DE CONVICÇAO. FALTA DE APREENSAO DA *RES FURTIVA*. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇAO MANTIDA. RECURSO NAO PROVIDO. (TJSC, APR 20130417535 SC 2013.041753-5, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, J. 19/08/2013).

Deste modo, incabível a aplicação da privilegiadora prevista no § 2º, do art. 155, do Código Penal.

Da redução da pena-base

Verifica-se que na fixação da pena na primeira fase de dosimetria, restou valorada negativamente pela sentença, duas circunstâncias judiciais (conduta social e personalidade), sob o enfoque de que o apelante demonstra "desajuste com o ordenamento positivado", o que se mostra fundamentação genérica e inidônea para exasperação da pena-base.

Vê-se que, por conta destas duas moduladoras, a pena-base foi elevada em 06 (seis) meses de reclusão e a multa fixada em 05 (cinco) dias-multa.

Em relação a conduta social, corresponde ao comportamento do agente perante a sociedade, sendo que, sua valoração pressupõe a existência de dados concretos descritos ou documentos, os quais não podem ser confundidos com os antecedentes e com as circunstâncias do fato analisado, que são objeto de valoração noutro campo.

Neste ponto, os autos não trazem qualquer dado concreto, de maneira que a circunstância é considerada neutra e, por conseguinte, a reforma do julgado é impositiva, a fim de afastar referida valoração negativa e reduzir a pena-base.

Quanto a personalidade, de acordo com entendimento do STJ, "(...) 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." (HC 50.331/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007, p. 550).

No caso dos autos, considerando a inadequação da valoração negativa pela sentença sob fundamento genérica, e diante da ausência de elementos concretos para aferir negativamente tal moduladora, a pena deve ser decotada neste ponto.

Do redimensionamento da pena.

Em 1ª fase, com o decote das duas moduladoras (conduta social e personalidade), fixo a pena-base no mínimo legal, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na 2ª fase, ainda que a sentença tenha mantido a pena-base por ela dosada, diante da ausência de atenuantes ou agravantes, verifica-se da decisão do juízo singular que, este utilizou-se de diversos outros elementos de prova para subsidiar o decreto condenatório, não se restringindo tão somente, à análise da confissão informal realizada pelo acusado ao policial que participou do flagrante, sem que, com isso, tenha influído como atenuante nesta fase.

Contudo, apesar da exigência de reconhecimento da confissão, conforme inteligência da súmula 545 do STJ, por decorrência lógica, deixo de aplicá-la, por falta de relevância prática, considerando o teor da súmula 231 do STJ, em razão de que a pena restou redimensionada em seu mínimo legal.

Na 3ª fase, impossível o reconhecimento da privilegiadora; mas por outro lado, mantém-se reconhecida a incidência do § 1º, do art. 155, do CP, (crime praticado durante o repouso noturno), aumentando-se a pena em 1/3, a qual fixo em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Do regime prisional e substituição da pena.

Com o novo *quantum* da pena, mantenho os termos da sentença, inalterando o regime inicial de cumprimento de pena no regime aberto, a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, substituída por duas restritivas de direitos (art. 44, I, do CP), consistentes na prestação pecuniária, estabelecidas em 04 (quatro) salários mínimos, para o Conselho da Comunidade da comarca de Três Lagoas/MS e na prestação de serviço à comunidade a ser definido pelo Juízo da execução, nos termos do art. 43 e ss., do CP.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais com o parecer em parte, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, mantendo irretocável a absolvição de Jorge Henrique da Silva Paula, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e dou provimento parcial ao recurso defensivo interposto por Izaías Antunes Bispo para o fim de reduzir a pena aplicada para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida no regime aberto, mantendo inalterado os demais termos da sentença quanto a substituição da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso do ministério público, unânime. Proveram em parte o apelo defensivo, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 08 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004727-80.2010.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – APREENSÃO NA RESIDÊNCIA – *ABOLITIO CRIMINIS* – FATO OCORRIDO APÓS *VACATIO LEGIS* QUE SE FINDOU EM 31 DE DEZEMBRO DE 2009 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE CAUSA DE EXCLUSÃO DE TIPICIDADE NO DECRETO 7.473/2011 – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM FUNDAMENTO NA PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – PRECEDENTES DO STF E SÚMULA 438 DO STJ – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA DE OFÍCIO – RECURSO PROVIDO.

O Decreto nº 7.473/2011 prevê que a entrega espontânea da arma de fogo e/ou munição à polícia, por possuidor/proprietário de boa-fé, é causa de extinção da punibilidade, em relação a eventual delito de posse irregular de arma de fogo ou munição.

A presunção de boa-fé a que se refere a norma restringe-se àquele que entregar espontaneamente sua arma e/ou munição de uso permitido à Polícia Federal, não abrangendo o possuidor ou proprietário que a mantiver ilegalmente em sua posse/propriedade. Somente na hipótese de efetiva entrega o fato pode ser considerado atípico, não se tratando de prorrogação da *abolitio criminis*, que se encerrou em 31/12/09, segundo a Lei nº 11.922/09.

Não há previsão legal para o reconhecimento da prescrição virtual ou em perspectiva. Além disso, a jurisprudência do STF uniformizou entendimento e o STJ editou a Súmula 438, pela inadmissibilidade da prescrição diante de pena hipotética.

Verificando-se lapso superior a 04 anos entre a data do recebimento da denúncia (07 de julho de 2010) e a data do presente acórdão, deve ser decretada a extinção da punibilidade pela prescrição em sua modalidade retroativa.

Recurso a que, em parte com o parecer, dou provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover o recurso. Com o parecer. De ofício, declaram extinta a punibilidade do acusado nos termos do artigo 107, IV, e 109, V, do CP.

Campo Grande, 3 de abril de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 235-238 que julgou improcedente ação penal proposta em desfavor de Cláudio Josué de Jesus, por atipicidade da conduta absolvendo-o pela suposta prática do crime descrito no artigo 12 da Lei 10.826/2003.

Insurge, segundo as razões expostas a f. 255-259, pugnando pela reforma da sentença absolutória, sob o fundamento de que o caso não comportaria a hipótese de *abolitio criminis*, porquanto os fatos tenham ocorrido posteriormente a data de *vacatio legis* de 31/12/2009.

Em contrarrazões de f. 268-271, o apelado pleiteou pelo desprovimento do recurso, requerendo para fins de prequestionamento, manifestação expressa dos dispositivos elencados em sua manifestação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 275-280, manifestou pelo provimento do recurso, mas pretendendo o reconhecimento da prescrição virtual.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 235-238 que julgou improcedente ação penal proposta em desfavor de Cláudio Josué de Jesus, por atipicidade da conduta absolvendo-o pela suposta prática do crime descrito no artigo 12 da Lei 10.826/2003.

Insurge, segundo as razões expostas a f. 255-259, pugnando pela reforma da sentença absolutória, sob o fundamento de que o caso não comportaria a hipótese de *abolitio criminis*, porquanto os fatos tenham ocorrido posteriormente a data de *vacatio legis* de 31/12/2009.

Em contrarrazões de f. 268-271, o apelado pleiteou pelo desprovimento do recurso, requerendo para fins de prequestionamento, manifestação expressa dos dispositivos elencados em sua manifestação.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 275-280, manifestou pelo provimento do recurso, mas pretendendo o reconhecimento da prescrição virtual.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da pretendida condenação.

Narrou a denúncia a f. 02-04 que, no dia 28 de maio de 2010, por volta de 19h, na residência localizada na rua das Seriemas n. 1363, bairro Vila Carioca, nesta cidade e comarca de Três Lagoas/MS, policiais militares surpreenderam o denunciado Cláudio Josué de Jesus na posse de arma de fogo de uso permitido, qual seja, um revólver sem marca e numeração de calibre 38, acompanhado de três cartuchos intactos, sem autorização e em desacordo com determinação legal.

Inicialmente impende destacar que a norma incriminatório da posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12) tornou-se integralmente eficaz em 1º de janeiro de 2010, em razão da edição da Lei

n.º 11.706/08, que prorrogou o prazo para adoção das providências inseridas no artigo 30 do Estatuto do Desarmamento até 31/12/09, nos seguintes termos:

> Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do caput do art. 4º desta Lei.
>
> Com efeito, na data em que o recorrente foi preso em flagrante possuindo e mantendo sob sua guarda arma e munição de fogo de uso permitido, 28 de maio de 2010, a norma penal incriminadora em questão estava em plena vigência, e não havia mais falar em qualquer causa de exclusão da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade que, possibilitasse sua absolvição.

Ademais, o Decreto nº 7.473/2011 não produziu qualquer efeito descriminalizador, pois não estendeu o prazo para a regularização ou a entrega de armas, tendo apenas estabelecido a presunção de boa-fé daqueles que entregassem espontaneamente suas armas à Polícia Federal, o que não foi o caso do recorrente, já que este manteve a posse irregular da arma e das munições apreendidas.

O Decreto se reporta às pessoas que, por livre e espontânea vontade entregam armas de fogo e munições nos locais credenciados, ou seja, não faz qualquer menção aos que fossem flagrados em posse do armamento, como nos autos em apreço.

A propósito, colaciona-se os seguintes dispositivos do Decreto n.° 7.473/11:

> Art. 1° Os arts. 68, 69, 70 e 70-G do Decreto n° 5.123, de 1º de julho de 2004, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art.68. (...)
>
> Parágrafo único. Os recursos financeiros necessários para o cumprimento do disposto nos arts. 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, serão custeados por dotação específica constante do orçamento do Ministério da Justiça.
>
> Art. 69. Presumir-se-á a boa-fé dos possuidores e proprietários de armas de fogo que espontaneamente entregá-las na Polícia Federal ou nos postos de recolhimento credenciados, nos termos do art. 32 da Lei no 10.826, de 2003.
>
> Art. 70. A entrega da arma de fogo, acessório ou munição, de que tratam os arts. 31 e 32 da Lei no 10.826, de 2003, deverá ser feita na Polícia Federal ou nos órgãos e entidades credenciados pelo Ministério da Justiça.
>
> § 1º Para o transporte da arma de fogo até o local de entrega, será exigida guia de trânsito, expedida pela Polícia Federal, ou órgão por ela credenciado, contendo as especificações mínimas estabelecidas pelo Ministério da Justiça. (...)

Em casos análogos aos discutidos destes autos, destaco os seguintes julgados deste Sodalício:

> EMENTA - RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO – POSSE ILEGAL DE ARMA DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO - APREENSÃO NA RESIDÊNCIA - *ABOLITIO CRIMINIS* – CONDUTA PERPETRADA FORA DO PERÍODO DA *VACATIO LEGIS* – CONDUTA TÍPICA - DECRETO 7.473/2011 - NORMA DE HIERARQUIA

INFERIOR À LEI QUE ESTABELECEU O PRAZO PARA ENTREGA DA ARMA – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – REGIME DOMICILIAR – QUESTÃO A SER APRECIADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO E DEFENSIVO NÃO PROVIDO. 1. **O Decreto nº 7.473/2011 prevê que a entrega espontânea da arma de fogo e/ou munição à polícia, por possuidor/proprietário de boa-fé, é causa de extinção da punibilidade, em relação a eventual delito de posse irregular de arma de fogo ou munição. Referida norma não estendeu o prazo para a entrega de armas, ou munições, de uso permitido, nem poderiam fazê-lo, uma vez que de hierarquia inferior à lei que estabeleceu mencionado prazo. A presunção de boa-fé a que se refere a norma restringe-se àquele que entregar espontaneamente sua arma à Polícia Federal, não abrangendo o possuidor ou proprietário que a mantiver ilegalmente em sua posse/propriedade. Somente na hipótese de efetiva entrega o fato pode ser considerado atípico, não se tratando de prorrogação da *abolitio criminis*, que se encerrou em 31/12/09, segundo a Lei nº 11.922/09. Sentença absolutória reformada. Tipicidade da conduta.** 2. A pena aplicada ao réu, atentando para o concurso material de crimes, é superior a quatro anos, além disso é reincidente em crime doloso e portador de maus antecedentes, estando, portanto, ausentes as condições dispostas nos incisos I, II e III do art. 44 do Código Penal. 3. O Código Penal prevê como espécies de pena: as privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa, que são aplicadas de acordo com o *quantum* da pena, seguindo-se o disposto no artigo 33, § § 2º e 3º do Código Penal. O pedido de regime domiciliar é questão a ser pleiteada, analisada e viabilizada pelo juízo da execução penal, nos termos do art. 66, III, "f", da Lei n. 7.210/84. (TJMS, Ap n. 0006649-59.2010.8.12.0021, Três lagoas, Des. Rel. Dorival Moreira dos Santos, Primeira Câmara Criminal, j. 28/07/2014). (Destaquei).

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. FALTA DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL. CONDENAÇÃO ANTERIOR. NULIDADE INEXISTENTE. *ABOLITIO CRIMINIS*. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA. APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDIMENSIONAMENTO. ABRANDAMENTO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. PARCIAL PROVIMENTO. Não há que falar em nulidade processual tendo em vista a comprovação de que o acusado possui condenação anterior. **O Decreto nº 7.473/11 em nada se aplica às pessoas que são flagradas em posse de arma de fogo ou munição, porquanto o referido ato administrativo apenas estabelece procedimentos para quem, espontaneamente, entrega arma de fogo às autoridades competentes**. Não há que falar em falta de conjunto probatório quando o acusado confessa que estava na posse da arma e das munições, sendo a mesma versão confirmada pela prova testemunhal. A exasperação da pena-base deve se orientar pelo princípio da proporcionalidade. Nesta senda, a existência de apenas um elemento desfavorável, de intensidade mediana, torna recomendável o acréscimo de forma discreta. A prisão em flagrante não obsta o reconhecimento da atenuante de confissão espontânea. Precedentes dos tribunais superiores. A imposição de regime prisional semiaberto e afastamento da substituição fundados unicamente em uma circunstância negativa não prosperam. Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, para readequar a reprimenda à real necessidade de punição estatal do agente. (TJMS; APL 0002912-06.2013.8.12.0001, Campo Grande, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Segunda Câmara Criminal, DJMS 27/03/2015, Pág. 32). (Destaquei).

Nesta linha, quando o recorrente foi preso, estava em pleno vigor a norma que criminaliza a posse irregular de armas de uso permitido, não havendo fundamento para considerar atípica a sua conduta.

Por fim, a corroborar com a configuração da tipicidade imputada ao apelante, resta demonstrada a materialidade pelo auto de prisão em flagrante (f. 06-07), auto de apreensão (f. 30-31), laudo de exame em arma de fogo (f. 34-37).

Em relação a autoria, têm-se tanto a confissão exarada pelo recorrente perante juízo (f. 144-148), quanto os depoimentos testemunhais prestados pelos policiais militares José Renato de Melo e Luiz Eduardo Santos a f. 158-159 e 162-164 que, afirmaram que a arma de fogo apreendida foi encontrada na casa do recorrido.

Assim, diante dos elementos de provas colhidos nos autos, comprovada está a conduta descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, tornando-se imperativa a reforma da sentença absolutória para condenação do réu nas penas do referido dispositivo legal, passando a seguir a dosimetria da pena.

Da dosimetria da pena

O artigo 68 do Código Penal consagra em nosso Direito Penal o sistema trifásico para a dosimetria da pena. Segundo tal dispositivo, na primeira fase (que consiste na fixação da pena-base), analisa-se as chamadas circunstâncias judiciais, previstas pelo artigo 59 do Código Penal. Encontrada a pena-base, sobre ela, na segunda fase, aplica-se eventuais circunstâncias atenuantes e agravantes. Por fim, sobre o resultado dessa operação, na terceira fase, aplica-se as causas de diminuição e de aumento.

Na 1ª Fase – o réu tem sua culpabilidade normal à espécie do crime. As circunstâncias, consequências e motivos do crime não extrapolam o tipo penal. Os maus antecedentes estão evidentes pela folha de antecedentes (f. 47). A personalidade e a conduta social são favoráveis, sendo que inexistem dados suficientes em relação ao apelado. Não há falar em comportamento da vítima.

Neste contexto, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável ao acusado, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa.

Na 2ª Fase – ausente a agravante da reincidência e, considerando a atenuante da confissão, exaspero a pena para 01 (um) ano e 01 (mês) de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Na 3ª Fase – não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

Assim, fixo a pena definitiva em 01 (um) ano e 01 (mês) de detenção e 11 (onze) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, com as devidas correções, na forma do art. 49, § 2º, do CP.

Quanto ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, atentando-se ao art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, fixo o regime aberto.

Em atenção ao artigo 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução penal.

Da prescrição

A PGJ por meio de seu parecer, argumentou que, até ser proferido o acórdão definitivo do recurso, do qual alude esperar condenação do recorrido em penalidade não superior a 02 (dois) anos, terá ocorrido transcurso de lapso temporal hipotético de 04 (quatro) anos, pretendendo dessa forma, o reconhecimento da prescrição virtual da pena, nos termos do art. 109, V, do CP.

No entanto, a chamada prescrição virtual ou antecipada, aplicada na decisão recorrida, é uma construção doutrinária e jurisprudencial que não encontra respaldo no sistema penal brasileiro. Com essa

construção, a extinção da punibilidade é decretada com base em perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição pela pena prevista a ser aplicada.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral ao tema e escolheu como paradigma para se manifestar o recurso extraordinário nº 602527/ RS, julgado em novembro de 2009 e que restou assim ementado, conforme destaquei:

> AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva "em perspectiva, projetada ou antecipada". Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.

O STJ, por seu turno, inclusive editou a Súmula 438 sobre o tema: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

Contudo, o presente caso comporta declaração, *ex offício*, da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Isso porque no presente caso o prazo prescricional regula-se pela pena aplicada in concreto, sendo de 04 (quatro) anos, consoante artigo 109, inciso V, do Código Penal. E entre a data do recebimento da denúncia (07 de julho de 2010 – f. 53) e a deste acórdão, transcorreu lapso superior ao previsto naquele artigo.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescindi de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, para condenar Cláudio Josué de Jesus, a pena de 01 (um) ano e 01 (mês) de detenção e 11 (onze) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, no regime inicial aberto, como incurso no art. 12 da Lei n. 10.826/2002, e, de ofício, declaro extinta a punibilidade, nos termos do artigo 107, IV, e 109, V, do CP.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram o recurso. Com o parecer. De ofício, declaram extinta a punibilidade do acusado nos termos do artigo 107, IV, e 109, V, do CP.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 03 de abril de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0038828-96.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – EXECUÇÃO PENAL – NOVA CONDENAÇÃO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS PRISIONAIS – TERMO INICIAL – TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO – DESPROVIDO.

A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas.

Recurso a que, com o parecer, nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 24 de abril de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Ricardo de Souza (ou Luis Carlos dos Santos), em face da decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais de Campo Grande, que alterou a data-base do cálculo para fins de progressão de regime para a data do trânsito em julgado da última condenação.

Em síntese, o agravante pede a manutenção da data do fato que resultou na última condenação como referência para data-base do cálculo para progressão de regime.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, pugnam pela manutenção da decisão.

Distribuição por vinculação ao Órgão Julgador (p. 49), decorrente do *Habeas corpus* n. 0001647-79.2007.8.12.0000.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Ricardo de Souza (ou Luis Carlos dos Santos), em face da decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais de Campo Grande, que alterou a data-base do cálculo para fins de progressão de regime para a data do trânsito em julgado da última condenação.

Em síntese, o agravante pede a manutenção da data do fato que resultou na última condenação como referência para data-base do cálculo para progressão de regime.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, e a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, pugnam pela manutenção da decisão.

O recurso deve ser provido.

Em 6 de maio de 2015, sobreveio trânsito em julgado da última condenação do agravante, motivo pelo qual o Ministério Público requereu a retificação do cálculo de pena, a fim de considerar-se como data-base da contagem da progressão de regime a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória (f. 20-24).

Ao analisar o pedido, o magistrado de execução proferiu a seguinte decisão (f. 16-19):

> De acordo com a pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores, quando da superveniência de nova condenação, a data de seu trânsito em julgado é que deve ser adotada como data-base para próximos benefícios da execução penal.
>
> (...).
>
> No caso dos autos, observa-se que o sentenciado, durante a execução da pena, praticou outros delitos, sendo que a última condenação transitou em julgado em 06/05/2015 (GR n. 0019654-38.2015.8.12.0001), de forma que deve ser alterada a data-base do cálculo da progressão do regime.
>
> Nestes termos, defiro o pedido ministerial e determino a alteração da data-base do cálculo para fins de progressão de regime para a data do trânsito em julgado da última condenação (06/05/2015).

Inconformado com essa decisão, a defesa interpôs este agravo em execução, pedindo o reconhecimento da ilegalidade da referida alteração da data-base, mantendo-se a data do delito (28 de dezembro de 2012) pelo qual fora condenado o agravante como marco inicial para o cômputo dos benefícios em execução.

O recurso deve ser provido.

Em que pesem aos posicionamentos contrários, entendo que a superveniência de condenação criminal, no curso da execução penal, não deve alterar a data-base para o cômputo do lapso temporal exigido na concessão de quaisquer benefícios na execução da pena.

Se o preso provisório, acusado de vários crimes em um singular processo, não tem a data-base alterada para o dia do trânsito em julgado de sua condenação, pois começou cumprir a pena em momento anterior, simplesmente não há sentido em alterar essa lógica somente por terem os crimes sido apurados em processos distintos.

Diferentemente do Direito Processual Civil, em que a execução exige título executivo prévio, no Direito Penal e Processual Penal o reeducando paga a pena com a restrição a sua liberdade desde o momento em que é preso, ainda que, *a priori*, nada deva e seja meramente suspeito da prática de um crime.

Nesse contexto, a interrupção que vem sendo imposta por parte considerável da jurisprudência nacional, deslocando-se a data-base para o trânsito em julgado da nova condenação, não possui qualquer respaldo legal e desconsidera o tempo de efetivo cumprimento de pena por parte do reeducando. Além disso, penaliza-se quem recorre, limitando-se a garantia ao duplo grau de jurisdição, previsto na alínea "h" do item 2 do art. 8ª da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Vale frisar, ainda, que a execução da pena tem por objetivos centrais a readaptação social e a reabilitação moral dos condenados, conforme consta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5º, n. 6) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque (artigo 10, n. 3), acolhidos pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, § 2). No mesmo rumo, o artigo 1º da Lei n. 7.210/1984 diz ser objetivo da execução penal efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado.

É válido o pensamento de que a execução não trata de várias penas, mas de uma única medida visando à reintegração do sentenciado no seio da vida comunitária.

Em continuação à lista de mazelas, mister salientar que a interrupção também implica, na grande maioria dos casos, em *bis in idem,* uma vez que, previsto o crime como falta grave, o reeducando, ao praticá-la, tem decretada a imediata regressão de regime e, posteriormente, é novamente prejudicado pelo mesmo fato quando sobrevém o trânsito em julgado da respectiva condenação e a alteração da data-base, mesmo sem nada ter feito no interregno entre o ingresso no regime mais gravoso e a estabilização do *decisum*.

Aponte-se que a injustiça se engrandece ao se constatar que o trânsito em julgado da última condenação, *in casu*, teria ocorrido há mais de 2 anos e, somente agora, depois do reeducando ter passado muito tempo acreditando que sua progressão de regime se aproximava, criando grande expectativa de direito, resolveu o *Parquet,* observar situação consolidada e pedir para mudar a data-base dos benefícios, ferindo a segurança jurídica e tipificando verdadeiro *venire contra factum proprium*.

Aos incautos, esclareço que a estipulação do dia do trânsito em julgado de condenação superveniente é interpretação extensiva e, como tal, deve ser utilizada somente em favor do reeducando, sob o império do princípio da legalidade.

Nos primórdios dessa interpretação, considerava-se o trânsito em julgado da condenação superveniente nos casos em que o sentenciado estava no semiaberto e, sobrevinha outra condenação. Ao se somar as penas, via-se que deveria ser regredido ao fechado. Para não prejudicá-lo pela demora na realização do cálculo penal, aplicando-se a soma, considerava-se, ficticiamente, que já estava no fechado desde o trânsito em julgado da condenação a ser somada, e não a data da efetiva regressão.

Infelizmente, a exceção interpretativa foi tomada por regra e, pior, para prejudicar os reeducandos, algo que deve ser prontamente corrigido.

Quem costuma defender a interrupção, normalmente invoca as disposições legais contidas no art. 111 e 118 da Lei de Execuções Penais. Porém, a simples leitura dos indigitados revela a ausência de qualquer norma expressa nesse sentido:

> Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

> Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.
>
> (...)
>
> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
>
> II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).
>
> § 1° O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.
>
> § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Saliento, por fim, que não há confundir data-base (leia-se: marco inicial) com o dia que o reeducando irá ser beneficiado com a progressão de regime ou com o livramento condicional (marcos finais).

Com efeito, a soma oriunda de nova condenação obviamente alterará quando o reeducando efetivamente receberá os benefícios da execução (marco final), pois terá que cumprir uma maior parcela de pena para ter direito a eles.

Isso, contudo, não tem o condão de mudar o marco inicial, a data-base, a partir do qual se inicia a contagem do cumprimento da pena exigido.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de dar provimento ao agravo em execução interposto por Ricardo de Souza (ou Luis Carlos dos Santos), a fim de cassar a decisão que determinou a mudança da data-base da progressão de regime para o dia do trânsito em julgado da última condenação, mantendo, assim, o cálculo de pena anterior, constante das p. 572-577 dos autos da execução penal originária (0018028-96.2006.8.12.0001).

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1º Vogal)

Trata-se de agravo em execução interposto por Ricardo de Souza (ou Luis Carlos dos Santos) contra a decisão do juízo de Direito da 1ª Vara de Execuções Penais da comarca de Campo Grande/MS que, alterou a data-base do cálculo para fins de progressão de regime para a data do trânsito em julgado da última condenação, pelo qual, o agravante requer a manutenção da data do delito que fora condenado anteriormente, como marco para computo dos benefícios da execução.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, respectivamente em contrarrazões e parecer, pugnaram pela manutenção da decisão.

O eminente relator deu provimento ao recurso, ao argumento de que a superveniência de condenação criminal, no curso da execução penal, não deve alterar a data-base para o computo do lapso temporal exigido na concessão de quaisquer benefícios na execução da pena.

Peço vênia para divergir desse posicionamento.

A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas, fixando-se como novo termo (data-base) para a concessão de futuros benefícios a data do trânsito em julgado da superveniente sentença condenatória, sendo irrelevante que o crime tenha sido praticado antes ou depois do início da execução da pena.

Com efeito, unificadas as guias de execução penal surge uma nova pena e um novo quadro fático, de maneira que a fração prevista como pressuposto objetivo deve incidir sobre a soma total das penas.

Sobre o tema colaciono entendimentos recentes do STF e do STJ nos seguintes destaques:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE NOVA CONDENAÇÃO DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1."A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas. (HC 101.023, primeira turma, relator o ministro Ricardo Lewandowski, dje de 26.03.10). (...). (STF; RHC 120.467; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 24/02/2014; DJE 26/02/2014).

> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. NOVA CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS PRISIONAIS. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I. A jurisprudência deste Superior Tribunal de justiça é pacífica no sentido de que, sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena. Seja por crime anterior ou posterior. Interrompe-se a contagem do prazo para a concessão de benefícios prisionais, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas. II. O termo *a quo* da contagem do novo prazo aquisitivo do direito a eventuais benefícios executórios é a data do trânsito em julgado da superveniente sentença condenatória. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-HC 349.905; Proc. 2016/0048684-4; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 10/06/2016).

Este inclusive é o entendimento adotado neste Tribunal:

> AGRAVO CRIMINAL SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DEFINITIVA SOMA DAS PENAS DATA-BASE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO MANTIDA CONSEQUÊNCIA LÓGICA DO SISTEMA PROGRESSIVO NÃO PROVIDO. Sobrevindo condenação no curso da execução penal, surge uma nova pena e um novo quadro fático. De acordo com o sistema progressivo pátrio, a fração prevista como pressuposto objetivo deve incidir sobre o somatório das penas e, consoante entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, o qual filio-me, a data-base a ser utilizada é a do trânsito em julgado da última condenação. Campo Grande, 18 de fevereiro de 2016. Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos. Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 18/02/2016 (Processo nº 0000873-26.2015.8.12.0014).

De fato, unificadas as guias de execução penal surge uma nova pena e um novo quadro fático e, de acordo com o sistema progressivo pátrio, a fração prevista como pressuposto objetivo deve incidir sobre o somatório das penas e, consoante entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, acima mencionados, sendo que, a data base a ser utilizada será a do trânsito em julgado da última condenação.

Veja-se que a causa essencial da alteração da data base para a data do trânsito em julgado da última condenação é justamente a soma das penas, tal como determinado pelo art. 111, parágrafo único, da LEP.

Desta forma, verificada a superveniência de nova condenação no curso da execução penal, imperiosa é a interrupção do lapso temporal, com consequente recontagem do prazo para a concessão de novos benefícios da execução, tal como o objeto deste agravo, tendo assim, como termo inicial a data do trânsito em julgado do novo decreto condenatório.

Diante do exposto, com a devida vênia do e. relator, com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Acompanho o e. 1º Vogal e nego provimento ao recurso interposto por Luís Carlos dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 24 de abril de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000600-73.2013.8.12.0028 - Bonito
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PROVA – GRAVAÇÃO AMBIENTAL – REALIZAÇÃO POR INTERLOCUTOR SEM CONHECIMENTO DO OUTRO – VALIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME – CONDENAÇÃO CONFIRMADA – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA PELO ART. 168, § 1º, III, DO CP – POSSE OU DETENÇÃO LÍCITA DOS OBJETOS – COMPROVAÇÃO – RECONHECIMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro não ofende o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, constituindo-se em meio de prova plenamente lícito. Questão pacificada pelo STF como repercussão geral.

Inconsistente a negativa de autoria quando o conjunto probatório aponta com segurança no sentido de que o agente apropriou-se indevidamente de cabeças de gado que, por confiança da vítima, encontravam-se em sua posse.

A configuração do delito de apropriação indébita independe de prova da quantidade de bens desviados, posto que para tanto basta a demonstração de apenas um.

Comprovado que o agente recebera o gado para administrar, em confiança, e em razão da atividade que exercia (fazendeiro e médico veterinário), impositivo o reconhecimento da causa de aumento prevista pelo art. 168, § 1º, III, do CP.

Recurso a que, com o parecer, por maioria, nega-se provimento.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA ASSISTÊNCIA À ACUSAÇÃO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – RECRUDESCIMENTO DA PENA-BASE – MODULADORAS DO ARTIGO 59 DO CP BEM ANALISADAS – PRETENSÃO REJEITADA – PEDIDO DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – VALOR MÍNIMO – ART. 387, IV, DO CPP – NECESSIDADE DE DISCUSSÃO ESPECÍFICA – LESÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Impossível elevar a pena-base quando a sentença evitou utilizar circunstâncias inerentes ao tipo penal e *bis in idem*, fixando a pena com atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Para fixar o valor mínimo a título de indenização à vítima, nos termos do inciso IV do art. 387 do CPP exige-se pedido expresso e específica discussão acerca dos valores, pena de lesão ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Recurso a que, em parte contra o parecer, por maioria, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, negar provimento ao recurso defensivo nos termos do voto do revisor, vencido o relator e, por maioria, contra o parecer, negar provimento ao recurso interposto pela assistência de acusação, nos termos do voto do relator (Des. Francisco), vencido em parte o revisor (Des. Bonassini).

Campo Grande, 27 de abril de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de recursos de apelação criminal, interpostos por Luiz Lemos de Souza Brito e Eda Pereira de Castro, em face da sentença proferida pela Juíza da 2.ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Bonito-MS (fls. 896 – 912), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 168, § 1.º, inc. III, do Código Penal, em 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão unitária de 5/30 (cinco trinta avos) ao dia, a ser cumprida em regime inicial aberto.

Ao final, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, quais sejam: a) prestação de serviços à comunidade, consistente na obrigação do réu de prestar serviços gratuitos, conforme suas aptidões, em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais a cargo do juízo da execução, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, sendo facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada; e b) prestação pecuniária, consistente no valor equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos vigentes na época do pagamento da prestação, devidamente atualizado, cujo valores deverão ser rateados igualmente pelas associações cadastradas junto ao Juízo de Execução, consoante novas determinações do "CNJ" e "TJMS".

Em razões recursais (fls. 928 – 961), Luiz Lemos de Souza Brito pugna a absolvição ante a ausência de provas. Subsidiariamente, requer a absolvição por atipicidade da conduta.

Eda Pereira de Castro, em razões de apelação (fls. 1016 – 1028), pleiteia a majoração da pena-base de Luiz Lemos de Souza Brito, bem como a condenação à reparação de danos causados pela infração, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, considerando o prejuízo de 1.455 bois, constantes da confissão anexada dos autos na fase instrutória, e sua evolução criminal. Em contrarrazões (fls. 1029 – 1039), Eda Pereira de Castro requer o não provimento do recurso defensivo.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (fls. 976 – 988), pleiteia o não provimento do recurso defensivo e, com relação à apelação criminal interposta pelo assistente de acusação, devolveu os autos em exarar parecer por falta de atribuição legal, ante a imprevisão legal dessa manifestação no rito recursal, somada à ausência de interesse de contra-arrazoar o recurso interposto (fls. 1073 – 1075).

Luiz Lemos de Souza Brito, apresentou contrarrazões ao recurso interposto pelo assistente de acusação, pleiteando o não provimento da apelação criminal (fls. 1049 – 1056).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 995 – 103 e 1080- 1088), opina pelo conhecimento e improvimento do apelo interposto pela defesa e pelo assistente de acusação.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal, interpostos por Luiz Lemos de Souza Brito e Eda Pereira de Castro, em face da sentença proferida pela Juíza da 2.ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Bonito-MS (fls. 896 – 912), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 168, § 1.º, inc. III, do Código Penal, em 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 28 (vinte e oito) dias-multa, à razão unitária de 5/30 (cinco trinta avos) ao dia, a ser cumprida em regime inicial aberto.

Ao final, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, quais sejam: a) prestação de serviços à comunidade, consistente na obrigação do réu de prestar serviços gratuitos, conforme suas aptidões, em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais a cargo do juízo da execução, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, sendo facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada; e b) prestação pecuniária, consistente no valor equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos vigentes na época do pagamento da prestação, devidamente atualizado, cujo valores deverão ser rateados igualmente pelas associações cadastradas junto ao Juízo de Execução, consoante novas determinações do "CNJ" e "TJMS".

Em razões recursais (fls. 928 – 961), Luiz Lemos de Souza Brito pugna a absolvição ante a ausência de provas. Subsidiariamente, requer a absolvição por atipicidade da conduta.

Eda Pereira de Castro, em razões de apelação (fls. 1016 – 1028), pleiteia a majoração da pena-base de Luiz Lemos de Souza Brito, bem como a condenação à reparação de danos causados pela infração, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, considerando o prejuízo de 1.455 bois, constantes da confissão anexada dos autos na fase instrutória, e sua evolução criminal.

Passo a análise do recurso.

Narra a exordial acusatória (fls. 01 – 03):

> (...) entre os dias 01 de julho de 2008 e 01 de março de 2013, na Fazenda América, localizada na zona rural deste município, o denunciado Luiz Lemos de Souza Brito, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, em razão de seu ofício, apropriou-se de bens móveis de propriedade da vítima Eda Pereira de Castro.
>
> Conforme se apurou, no período supramencionado, através do contrato de arrendamento rural, Luis Lemos de Souza Brito tinha sob sua responsabilidade cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) animais bovinos nelore da vítima, sendo ele o administrador de tais bens, mantendo sob seu encargo o dever de cuidado deles.
>
> O denunciado vendia o gado com o consentimento da vítima, sendo que, no início do corrente ano, familiares de Eda Pereira de Castro foram à Fazenda América e constataram que restavam 1.400 (mil e quatrocentos) animais para serem vendidos.

> Ocorre que ao finalizar o contrato o denunciado informou que não teria mais a quantia de 1.400 (mil e quatrocentos) animais, mas apenas 250 (duzentos e cinquenta), sendo que a diferença foi comercializada sem o conhecimento e consentimento da vítima.
>
> Infere-se que o denunciado aproveitando-se da qualidade de administrador, vendeu a maioria dos animais pertencentes à vítima apropriando-se indevidamente dos valores, causando um prejuízo de R$1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais).
>
> Ademais, ao final do laudo pericial realizado na Fazenda América constatou a existência de 197 (cento e noventa e sete) animais com a marca da vítima (f. 103-112).
>
> Por fim, sobejam dos autos indícios de autoria e comprovada a materialidade delitiva, pelo Boletim de Ocorrência (fls. 04-05); depoimentos prestados em sede policial (fls. 06-11 e 114-115), documentos (fls. 14-36), Laudo Pericial (f. 103-112), auto de avaliação indireta (fls. 124). (...)

Pois bem.

Do recurso de Luiz Lemos de Souza Brito:

Em razões de apelação, aduz a Defesa de Luiz Lemos de Souza Brito que os atos atribuídos ao apelante sequer possuem indícios de sua prática, "seja porque as provas trazidas aos autos revelaram ter ocorrido tão somente um desacerto negocial, mercê da negligência da própria pessoa tida como vítima, bem assim de seus prepostos e que não há provas nos autos, que sejam robustas, sadias e convincentes, da materialidade e autoria do ilícito penal".

Subsidiariamente, alega que das provas colhidas em sede judicial, o que se tem é a notícia de que o apelante e a suposta vítima somente tinham uma relação negocial que se limitou a um contrato para apascentamento de bovinos de propriedade da suposta vítima, fato este que, por si só, não autoriza o reconhecimento da tipificação do crime de apropriação indébita.

Da ilicitude da gravação ambiental:

Primeiramente, no tocante a ilicitude da gravação ambiental acostada aos autos, tenho que assiste razão a defesa.

Explico.

Nas lições de Luiz Francisco Torquato Avolio[1], a gravação clandestina é uma modalidade de devassa na comunicação diversa da interceptação telefônica, pois enquanto nesta há um terceiro que a executa, naquela é uma das partes que a realiza, de sorte que o conhecimento da outra parte, no caso da gravação clandestina, não se mostra relevante em nosso direito.

Assim, toda pessoa possui o direito de gravar sua própria conversa, todavia, o seu resultado só será validamente admitido no processo, desde que não configure prova ilícita, ou seja, se a sua obtenção não violar princípios e garantias constitucionais, voltados à preservação da dignidade humana, que inclui valores como a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, a inviolabilidade do domicílio, a vedação da tortura e tratamentos desumanos e degradantes, e o direito ao silêncio (proteção contra auto-incriminação), entre outros, bem como, a prova que ferir preceitos de direito material: penal, civil, administrativo etc., a exemplo, da divulgação de segredo ou violação do sigilo profissional (arts. 153 e 154 do Código Penal).

1 **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 257.

Como se vê, existem limites constitucionais a serem observados em cada caso, que condicionam a validade desse meio de prova, enquanto prova lícita.

No caso dos autos, a gravação ambiental clandestina acostada às fls. 439 – 487, foi realizada pelo advogado da suposta vítima o Sr. Marcos de Lacerda Azevedo, com o objetivo de obter a confissão do apelante no crime de apropriação indébita e, posteriormente, utiliza-la como meio de prova, ou seja, a gravação foi feita por um dos interlocutores, com desconhecimento do outro, objetivando com isso obter declarações auto-incriminadoras.

Com efeito, um dos relevantes limites à admissibilidade da gravação clandestina reside na garantia do direito ao silêncio, expressa no inciso LXIII do artigo 5.º da Constituição Federal, ou seja, o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere ou nemo tenetur se ipsum accusare ou nemo tenetur se ipsum prodere*) que significa que nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer qualquer tipo de informação que o incrimine direta ou indiretamente, sobretudo mediante estratégia que lhe retire a espontaneidade.

O direito de não auto-incriminação (que faz parte da autodefesa, como estamos vendo) possui várias dimensões: direito ao silêncio, direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; direito de não declarar contra si mesmo, direito de não confessar, direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros, direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica, direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa, direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.

Todas essas dimensões estão previstas tanto no direito interno como no direito internacional. Alguns aspectos, como vimos, acham-se expressamente previstos na Constituição Federal (CF, art. 5º, inc. LXIII), enquanto outros na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, g) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g) números 3 e 4 supra.

O direito de ficar calado, previsto na Constituição brasileira (CF, art. 5º, inc. LXIII), assim como o direito de não declarar ou o direito de não confessar (previstos nos tratados internacionais), não podem ser interpretados restritivamente.

Nesse sentido é a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo disso exemplo o HC 96.219, rel. Min. Celso de Mello[2], que sublinhou:

> A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes. O exercício do direito contra a auto-incriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a *persecutio criminis*.

2 HC 96219 MC / SP - São Paulo. Medida cautelar no *habeas corpus*. Relator(a): Min. Celso de Mello, Julgamento: 09/10/2008.

Contudo, mesmo quando se tratar de prova ilícita, a gravação clandestina pode vir a ser admitida como prova, por força da aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, há que se estabelecer fundamental distinção entre a prova que favorece a acusação e a que embasa a defesa, pois os valores em confronto com a intimidade são diversos, quais sejam, respectivamente, o direito à prova e o direito à liberdade (ou à ampla defesa).

Desse modo, a prova que favorece a defesa, ainda que ilícita, pode ser admitida com base no princípio da proporcionalidade, o que encontra ressonância na doutrina e no entendimento dos tribunais, trata-se da chamada prova ilícita *pro reo*, pois no confronto dos interesses em jogo, o direito à liberdade ou à defesa deve prevalecer sobre a intimidade.

Já sob o ponto de vista da acusação, jamais poderia o direito à prova ou o interesse social na punição dos delitos preponderar sobre a intimidade, de modo a admitir-se, pelo cânone da proporcionalidade, uma prova ilícita *pro societate*.

Outrossim, a gravação da conversa telefônica foi realizada pelo advogado da suposta vítima, com o intuito de responsabilizar o apelante pelo crime de apropriação indébita. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação ambiental) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5.º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita.

A invocação dessa específica garantia fundamental (direito à privacidade) como meio de não se admitir a utilização desta prova (gravação ambiental) no processo, deve ser analisada caso a caso.

Em linhas gerais, quando a gravação se refere a fato pretérito, consumado e sem exaurimento ou desdobramento, danoso, futuro ou concomitante, tem-se, em princípio, a hipótese de violação à privacidade. Todavia, demonstrada a investida criminosa contra o autor da gravação (com a ocorrência concomitante ou futura de ofensa a bem jurídico), a atuação deste – em razão, inclusive, do teor daquilo que foi gravado – pode, às vezes, indicar a ocorrência de excludente de ilicitude. A investida, uma vez caracterizada, tornaria, daí, lícita a gravação. Por outro lado, realizada a gravação às escondidas, sem o exato delineamento da hipotética investida, tal prova não pode ser admitida, porquanto violadora da privacidade de participante do diálogo.

Nesse caso, conforme exposto acima, a prova foi produzida pelo advogado da vítima, sem o conhecimento do outro interlocutor, ora apelante, na residência deste, ou seja, no âmbito de sua estrita privacidade, além de que não restou evidenciada a hipótese na qual o acusado, que teve gravada sua conversa, tenha realizado a referida investida criminosa.

Neste ponto, impende consignar o seguinte trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da AP 307/DF, *verbis*:

> Tenho para mim que a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente pode realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, a meu juízo, como causa obstativa desse meio de prova.
>
> O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5.º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo da fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado.

> A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um de seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório.

Igualmente, tem-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, DO CÓDIGO PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. AUTOR DA GRAVAÇÃO QUE NÃO A REALIZOU PARA A PRÓPRIA DEFESA E, TAMPOUCO, EM RAZÃO DE INVESTIDA CRIMINOSA. INDEVIDA VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE. ILICITUDE DA PROVA. I – No "Supremo Tribunal, não tem voga a afirmação apodítica dessa licitude (licitude da gravação de conversa realizada por um dos interlocutores), (...): a hipótese de gravação de comunicação telefônica própria, sem ciência do interlocutor, tem sido aqui examinada caso a caso, e ora reputada prova ilícita, por violação da privacidade (...), ora considerada lícita, se utilizada na defesa de direito do autor ou partícipe da gravação, em especial, se vítima ou destinatária de proposta criminosa do outro (...)" (cf, HC 80949-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001). II - Portanto, a análise da licitude ou não da gravação de conversa por um dos interlocutores sem a ciência do outro deve ser casuística, i.e., deve ser caso a caso. III - No caso em tela, a gravação da conversa telefônica foi realizada pela amásia do réu, tão-somente com o intuito de responsabilizá-lo pelo crime, uma vez que a vítima do homicídio era pessoa com quem ela mantinha relação amorosa. Dessa forma, como se percebe, tal prova (gravação telefônica) foi colhida com indevida violação de privacidade (art. 5º, X, da CF) e não como meio de defesa ou em razão de investida criminosa, razão pela qual deve ser reputada ilícita. *Writ* concedido a fim de que a prova obtida em virtude da gravação telefônica seja excluída dos autos. (HC 57.961/SP - 5.ª Turma – Min. Félix Fischer, julgamento em 21/06/2007, DJ 12/11/2007, p. 242)

No caso em apreço, a acusação formulada contra o apelante imputa-lhe prática que teria consistido, em síntese, em apropriar-se de bens móveis de propriedade de Eda Pereira de Castro. Entretanto, da atenta leitura da degravação realizada não se pode verificar a configuração da investida criminosa.

Portanto, tenho por ilícita a prova obtida mediante as degravações realizadas, devendo ser despojada de qualquer efeito jurídico e, oportunamente, desentranhada.

Do pleito absolutório:

Com relação ao pleito absolutório, vislumbro que assiste razão à Defesa.

Nos termos do art. 168 do Código Penal, incorrerá no crime de apropriação indébita o agente que "se apropriar de coisa alheia móvel, de que tem posse ou detenção".

O tipo objetivo do tipo é apropriar-se, ou seja, tomar para si coisa móvel de que tenha a posse ou detenção. Já o tipo subjetivo é o dolo (vontade livre e consciente de apropriar-se), que deve ser posterior ao recebimento da coisa.

Em análise ao conjunto probatório, verifica-se a inexistência de elementos concretos que apontem extreme de dúvidas que o apelante tenha se apropriado de aproximadamente 1.200 (mil e duzentos) reses.

É bem verdade que a suposta vítima deixou na Fazenda América cerca de 2.500 (duas mil e quinhentas) cabeças de gado desde o ano de 2008, a título de arrendamento e que em dezembro de 2012, foram manejados aproximadamente 1.400 (mil e quatrocentos) animais, assim como, ao final do laudo pericial realizado nesta fazenda, constatou-se a existência de apenas 197 (cento e noventa e sete) animais com a marca da suposta vítima, fato este demonstrado pelo contrato de arrendamento de pasto para fins

de exploração pecuária (fls. 18 – 20), instrumento particular de retificação e ratificação de contrato de comodato de imóvel rural para fins de exploração pecuária (fl. 21), cadastro agropecuário (fl. 22), extrato do produtor emitido pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário, da Produção, da Indústria e do Turismo – SEPROTUR e Agência Estadual de Defesa Sanitária e Vegetal – IAGRO (fls. 30 – 40) e depoimentos.

Perante a autoridade policial, Cláudio Menegasso Júnior, empregado da suposta vítima, relatou:

> (...) Que, tem conhecimento que a Sra. Eda arrenda uma propriedade rural nesta cidade denominada "Fazenda América", cuja propriedade é de Luiz Lemos de Souza Brito; Que, a "Fazenda América" foi arrendada no início do mês de maio de 2008 para fins de pecuária; Que, o local era destinado à cerca de duas mil cabeças de gado; (...) (fls. 10 – 11)

Igualmente, tem-se as declarações de Carlos de Castro Neto, filho da suposta vítima:

> (...) Que, quando da realização do contrato de arrendamento ficou definido que o local seria destinado à cerca de 2500 (duas mil e quinhentas) cabeças de gado; (...) (fls. 12 – 13)

E ainda:

> (...) Que, tem conhecimento que a família Castro arrendou uma fazenda nesta cidade de Bonito/MS destinada há cerca de 2500 (dois mil e quinhentos) animais; (...) (Nilton Mantovani Filho, fls. 16 – 17)

Em juízo (arquivo áudio, fls. 579 – 580), os informantes acima ratificaram as declarações prestadas na fase inquisitorial.

No mesmo sentido, a vítima declarou em juízo que entregou mais de 2.000 (duas mil) reses; que tirava um pouco e repunha com mais nova e que, em média, ficou em torno de 2.000 (dois mil)/1.500 (mil e quinhentos) animais (arquivo áudio, fls. 579 – 580).

Também ficou demonstrado nos autos que em dezembro de 2012 foram manejados aproximadamente 1400 (mil e quatrocentos) animais, vejamos:

Na fase inquisitorial, Carlos Castro Neto afirmou:

> (...) Que, diante disso, o declarante se espantou com tal notícia e questionado a respeito dos animais pertencentes à sua família uma vez que no final do ano de 2012 haviam manejado 1400 cabeças de gado; (...) (fls. 12 – 13)

Perante a autoridade judiciária, Carlos também informou que no final de 2012 foram manejados 1.400 (um mil e quatrocentos).

Já Rodrigo Martins Ferreira, ex-capataz do apelante, afirmou que no fechamento da última vacina de novembro de 2012, tinha em média 1.700 (mil e setecentos) animais (arquivo áudio, fls. 579 – 580).

Todavia, conforme se verá adiante, esses animais foram movimentados em janeiro de 2013 pela suposta vítima, já que vendeu uma parte ao frigorífico JBS de Naviraí-MS e a outra parte foi remanejada para a Fazenda Estrela do Sul de sua propriedade, senão vejamos:

> (...) Que, o último embarque que o declarante acompanhou foi no final do mês de janeiro deste ano; Que, se dirigiu um dia antes e analisou o gado assim como acompanhou o embarque no dia seguinte; Que, nesta ocasião foram embarcados aproximadamente 120

> animais; Que, o destino de tais animais foi o frigorífico JBS da cidade de Naviraí-MS; Que, o declarante é o responsável pelas notas de tais vendas; Que, na mesma ocasião o declarante transportou cerca de 605 (seiscentos e cinco) para a "Fazenda Estrela do Sul" na cidade de Rio Brilhante uma vez que ali terminariam de engordar o gado para a venda; (...) (Nilton Mantovani Filho, empregado da vítima, fls. 16 – 17)

Em juízo, Nilton informou que o último embarque foi de 120 (cento e vinte) bois e ficaram cerca de 500 (quinhentos) para engordar e que levou esta boiada para a Fazenda Estrela do Sul para terminar de engordar (arquivo áudio, fls. 579 – 580).

Tal depoimento, contudo, contraria o que foi dito pela suposta vítima de que deveriam restar cerca de 2.000/1.500 (dois mil/mil e quinhentos) animais, pois após a última contagem (cerca de 1.400 reses), foram retirados mais de setecentos animais da Fazenda América, tornando impossível concluir que foram apropriados 1.200 (mil e duzentas) reses.

Igualmente, Rodrigo Martins Ferreira afirmou que, após a última contagem no final de 2012, foram retirados animais da Fazenda América, vejamos:

> (...) que trabalhou na Fazenda América até março de 2013; que no fechamento da última vacina de novembro de 2012 tinha em média 1.700 (mil e setecentos) animais; que em dezembro teve um embarque, teve uns bois que engordaram, veio um pessoal de Campo Grande vender ração para a Dona Eda; que embarcou uma boiada, em torno de 100/150; que em janeiro, o pessoa da Dona Eda foi até a fazenda do Sr. Luiz para tirar um pouco de gado, pois já estava terminando o arrendamento (...) (arquivo áudio, fls. 579 – 580).

As declarações acima, comprovam que após a última contagem do gado, que constou haverem na Fazenda América aproximadamente 1.400 (mil e quatrocentos) animais, foram embarcados gados com destino ao Frigorífico JBS de Naviraí e à Fazenda Estrela do Sul de propriedade da vítima.

Corrobora essas declarações o extrato do produtor emitido pelo IAGRO (fls. 37 – 34, 41 – 42, 60 – 70, 107 - 108).

Como se vê, existe uma contradição entre as declarações da suposta vítima, dos informantes e o extrato do produtor emitido pelo Iagro, pois se o Sr. Carlos chamou o apelante em seu escritório em Campo Grande para vender em leilão os 1.400 (mil e quatrocentos) animais restantes que estavam apascentados na Fazenda América, segundo a última contagem em dezembro de 2012; e se, em janeiro de 2013, foram retirados desta, pela suposta vítima, 732 (setecentos e trinta e dois animais), deveriam restar apenas 668 (seiscentos e sessenta e oito) animais.

Logo, não se pode afirmar, ao certo, a quantidade exata de animais restantes que haviam na Fazenda América em março de 2013, quando o Sr. Carlos, filho da suposta vítima, percebeu a falta dos animais.

Ademais, a acusação não conseguiu demonstrar a vontade livre e consciente do apelante de se apropriar dos animais *(animus rem sibi habendi*), pois ele era o administrador dos animais apascentados na Fazenda América e possuía autorização para vendê-los, conforme descrito na denúncia e confirmado em juízo pela suposta vítima, vejamos:

> (...) O denunciado vendia o gado com o consentimento da vítima, sendo que, no início do corrente ano, familiares de Eda Pereira de Castro foram à Fazenda América e constataram que restavam 1.400 (mil e quatrocentos) animais para serem vendidos. (...)

Em juízo, a suposta vítima relatou que ela é quem falava quantas cabeças de gado seriam vendidas, mas que no final o Sr. Luiz falava para ela vender o gado que estava gordo (decidia a venda) (arquivo áudio, fls. 579 – 580).

Como se vê, o apelante era o administrador dos animais apascentados na Fazenda América e possuía autorização para vendê-los, o que torna temerário concluir que tenha se apropriado indevidamente das reses.

A jurisprudência é assente no sentido de que se não demonstrado a vontade livre e consciente do apelante em se apropriar de coisa alheia móvel de outrem, não é possível o reconhecimento do crime de apropriação indébita, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, vejamos:

> APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO - AUSÊNCIA DO *ANIMUS REM SIBI HABENDI* - INTENÇÃO DE "APROPRIAR-SE" NÃO DEMONSTRADA - PREEXISTÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO CONDIZENTE À PRESTAÇÃO DE CONTAS - APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* - RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. "Se os elementos dos autos não comprovam sequer a propriedade da vítima sobre a res, além da vontade livre e consciente do apelado em se apropriar de coisa alheia móvel de outrem, não é possível o reconhecimento do crime de apropriação indébita, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, para manter a sentença absolutória" (Des. Álvaro Wandelli). (TJ-SC - APR: 324159 SC 2006.032415-9, Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho, Data de Julgamento: 04/03/2008, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Itajaí)

> PROCESSUAL E PENAL - APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA PELO OFÍCIO, EMPREGO OU FUNÇÃO - RETENÇÃO DE VALORES RELATIVOS A INVENTÁRIO - MORA NA ENTREGA DO CRÉDITO - PRAZO NÃO ESTIPULADO PARA ENTREGA - AUSÊNCIA DE *ANIMUS REM SIBI HABENDI* - ABSOLVIÇÃO MANTIDA Sem prova do dolo específico de não restituir, não se condena por apropriação indébita. Não incide nas cominações do artigo 168, § 1º, o causídico que, utilizando-se do instrumento de procuração, retira título creditício relativo a inventário e deposita os valores com o intuito de satisfazer o adimplemento de impostos, custas judiciais e honorários. (TJ-SC - APR: 268889 SC 2005.026888-9, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 13/12/2005, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. 2005.026888-9, de São Bento do Sul.)

> APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADA EM RAZÃO DO OFÍCIO. ABSOLVIÇÃO. DÚVIDAS QUANTO AO DOLO OU *ANIMUS REM SIBI HABENDI*. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. RECURSO PROVIDO. 1. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA NÃO BASTA A MERA RETENÇÃO DA COISA, DEVE HAVER O DOLO DE APROPRIAR-SE DE COISA ALHEIA MÓVEL DE QUE TEM A POSSE OU DETENÇÃO. 2. A AUSÊNCIA DO *ANIMUS REM SIBI HABENDI* EXCLUI, SUBJETIVAMENTE, A APROPRIAÇÃO INDÉBITA. 3. DIANTE DE DÚVIDAS RAZOÁVEIS ACERCA DO DOLO DO RÉU, FRAGILIZANDO UM POSSÍVEL DECRETO CONDENATÓRIO, É SEMPRE BOM LEMBRAR QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DA JUSTIÇA ABSOLVER UM SUPOSTO CULPADO DO QUE CONDENAR UM INOCENTE, IMPONDO-SE, NO PRESENTE CASO, A APLICAÇÃO DO BROCARDO *IN DUBIO PRO REO*. 4. RECURSO PROVIDO. (TJ-DF - APR: 20080111274423 DF 0089344-42.2008.8.07.0001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 11/07/2013, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/07/2013 . Pág.: 178)

Desta forma, considerando que as declarações da suposta vítima e informantes são contraditórias ao conjunto probatório carreado ao feito e diante da dúvida quanto a possível apropriação, indicando ser mais um desacerto cível do que questão penal, não há outra medida a ser adotada, senão a absolvição do recorrente por insuficiência de provas, em respeito ao princípio *in dubio pro reo.*

Do Recurso de Eda Pereira de Castro

O assistente da acusação pleiteia a majoração da pena-base de Luiz Lemos de Souza Brito, bem como a condenação à reparação de danos causados pela infração, nos termos do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

Contudo, diante da absolvição de Luiz Lemos de Souza Brito, resta prejudicado o recurso de apelação interposto pelo assistente da acusação.

Conclusões finais:

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso defensivo, para absolver o apelante, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, restando prejudicado o recurso interposto pelo assistente de acusação.

Com a baixa dos autos, deverá ser providenciado o desentranhamento do documento de fls.439 – 487, eis que manifestamente ilícito como meio de prova no âmbito do processo penal.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Revisor)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Luiz Lemos de Souza Brito e Eda Pereira de Castro, em face da seença de f. 896-912 que condenou o primeiro pela prática do crime de apropriação indébita (art. 180, § 1º, III, do CP).

Luiz pretende, em suma, a absolvição por ausência de provas ou, subsidiariamente, pela atipicidade da conduta.

Eda, por seu turno, requer a majoração da pena-base, bem como a condenação à reparação de danos causados, nos termos do art. 387, IV, do CPC, considerando o prejuízo equivalente a 1.455 bois e sua evolução animal.

O voto condutor dá provimento ao recurso de Luiz para o fim de absolve-lo, considerando, inicialmente, ilícita a prova obtida mediante gravação ambiental, determinando seu desentranhamento e, ainda, por ausência de provas acerca da suposta apropriação.

Com a devida *venia*, divirjo do e. relator, Des. Francisco Gerardo de Sousa, para o fim de negar provimento ao recurso de Luiz Lemos de Souza Brito porque, a meu sentir, o pleito de absolvição não merece acolhimento.

Primeiramente, com relação à exclusão da gravação realizada sem o conhecimento do apelante, tenho que ela não pode ser excluída do rol das provas, pois o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu:

> EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (STF: Tribunal Pleno. Repercussão geral por quest. ord. em Recurso Extraordinário 583.937 Rio de Janeiro, relator: min. Cezar peluso. J. 19/11/2009).

Esse entendimento foi confirmado pelo Excelso Pretório em várias oportunidades, inclusive no famoso episódio da prisão em flagrante do ex-senador Delcídio do Amaral, nos autos da Ação Cautelar 4036, relatada pelo saudoso Ministro Teori Zavascki. Na ocasião, por meio de uma gravação realizada por um interlocutor, referido cidadão foi flagrado na prática de crimes, o que levou à sua cassação. O episódio é narrado no Informativo STF nº 809, de onde se extrai:

> Embora o art. 5º, LVI, da Constituição desautorize o Estado a utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos, considerados aqueles que resultem de violação às normas de direito penal, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para os efeitos da aludida vedação constitucional, quando não esteja presente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. (...) A Turma asseverou que a conduta por parte do filho do candidato à delação premiada no sentido de gravar reuniões com o senador e demais participantes não revelaria violação à normativa constitucional. Portanto, não macularia os elementos de provas colhidos até agora.

Portanto, diante da repercussão geral reconhecida pelo E. STF, não cabe ao Tribunal de Justiça contrariar tal entendimento. Assim, mantenho-a nos autos e a admito como prova válida.

Tenho que a sentença condenatória deve ser mantida, eis que as provas são robustas acerca da configuração do crime de apropriação indébita e sua autoria.

Muito embora o voto do e. relator aponte contradições acerca da quantidade de animais que foram objeto de apropriação, é certo que o crime se configurou, pois para tal fim não importa a quantidade de reses desviada, posto que até mesmo uma basta.

E neste caso a quantidade de semoventes destoante da que deveria ter sido devolvida à vítima é muito substancial, ainda que não tenha sido possível definir com exatidão.

O laudo pericial de f. 436-487 revela que o apelante, na conversa gravada pelo interlocutor, referida no tópico precedente, admite que se apropriou de gado de propriedade da vítima e que não dispõe de condições para repor.

Atente-se a trecho de tal documento:

> M1 – É, Mas vem cá, é, é, eu num tô entendendo (ininteligível) como que aconteceu um negócio assim, de pô, de num tê mil e quinhentos (ininteligível).
>
> M2 – (ininteligível) Falei pra você aquele dia, falei e comecei a falá pro Carlos, vâmo acertá primeiro as coisas direitim, que o Carlos já até falou pra mim várias vezes, olha eu num quero saber o que que aconteceu, eu só quero os boi na minha mão (ininteligível), eu tenho tudo anotado Carlos, eu tenho na fazenda, eu tenho os lançamentos, eu tenho as coisas tudo só que eu tenho que procurá e lançá, é isso. Então a minha preocupação, não adianta eu falá pra você: foi quinze aqui, vinte ali, saiu quarenta ali, entro dez, não adianta eu falá isso pra você, não vai resolvê.
>
> M1 – Não, mais é, é (ininteligível) {vozes sobrepostas}
>
> M2 – Resolvê é pagá. Pagô, cabo.
>
> (…)
>
> M1 – Não, porque se, se você falasse assim: olha, é, esse gado foi prum outro lugar, então qué dizê, tem um, como você recuperá alguma coisa entendeu. {falas simultâneas, ininteligível}

> M2 – Esse gado, esse gado foi abatido. (ininteligível) determinada época de um tempo, num foi de uma vez só.
>
> M1 – Porque, se entendeu, porque a gente tá com, com, assim, preocupado porque num tem lastro e é uma dívida grande, porque se existisse esse gado sei lá, tá na fazenda de um irmão, tá na fazenda do, dum parente, dum amigo tem lastro pra cubri a vítima.
>
> M2 – Ô (ininteligível) qué lastro melhor que terra rapaz? (F. 447-448).

Esses termos, aliados a testemunhos e documentos carreados aos autos demonstram a configuração do delito em questão.

Veja-se que o apelante, em Juízo, apesar de negar o fato, oferece garantia para quitação de dívida relativa ao gado.

A vítima, em Juízo, disse que, no contrato, era ela quem deveria administrar o gado, mas como conhecia o acusado e toda a família há anos, inclusive, tinha sido sócia do pai dele na criação de gado, a confiança no acusado era ilimitada e, por isso, deixou que ele administrasse o arrendamento do gado para ela. Que, no início, quando a vítima precisava vender, avisava a quantidade de cabeças, mas, logo depois, o acusado começou a ter autonomia para venda, sendo que, no final do contrato, o acusado sumiu com mais ou menos 1.200 (mil e duzentas) cabeças de gado de sua propriedade e que ninguém de seu mando presenciou a venda desses bovinos porque o acesso à fazenda do acusado era cadeado e sem trânsito livre. Que somente conseguia entrar se o acusado estivesse na fazenda e, ainda, não tinha como ver todo o gado porque era grande a quantidade e ficavam esparramados na propriedade (f. 579-580).

Carlos de Castro Neto, filho da vítima, reforçou que o acusado era o encarregado de administrar o arrendamento; que há cerca de mês e meio, decidiu encerrar o arrendamento e vender o gado remanescente, 1.400 (um mil e quatrocentos) animais aproximadamente, que seriam divididos em lotes, mas, ao informar o fato ao acusado, ele foi até seu escritório em Campo Grande e falou que não tinha essa quantidade no pasto, porque o comercializou por conta própria, sem o consentimento da família Castro; que o acusado disse que havia vendido os bovinos para injetar dinheiro na campanha política de seu irmão Leonel Lemos de Souza Brito, o qual participava do pleito eleitoral para o cargo de Prefeito de Bonito nas eleições de 2012; que, após a conversa, encerrou o arrendamento da família com o acusado e não se falaram mais, tendo deixado seu advogado resolver a situação (f. 12-13).

Em juízo, Carlos de Castro Neto reafirmou que as vendas do gado eram definidas pelo acusado, o qual tinha controle de tudo, desde entrada, saída e peso dos animais e, no final do arrendamento, o acusado simplesmente lhe disse que vendeu o gado da vítima (Áudio de f. 579).

No mesmo sentido é o depoimento de Marcos Lacerda Azevedo (f. 14), advogado contratado pela família Castro.

Portanto, as conclusões da sentença, cujos fundamentos aqui são adotados como razão de decidir, deixam claro que o apelante abusou da confiança da vítima, apropriando-se de elevada quantidade de semoventes de propriedade dela, que se encontravam sob sua posse e administração direta.

O dolo encontra-se no fato de ciente da obrigação de bem administrar esse patrimônio, proceder ao desvio deliberado, possivelmente para injetar dinheiro na campanha política de seu irmão, conforme foi declarado nos autos e consta da sentença.

Somente se admite prolação de decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, impositiva a absolvição com base no inciso VII do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, na obra Manual de Processo Penal e Execução Penal, 11ª ed, Ed. Forense, p. 62, ensina:

> Por outro lado, quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, *in dubio pro reo*, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado.

Com efeito, é requisito indispensável à condenação, a existência de prova robusta e inquestionável, estreme de dúvida, prova esta que, neste caso, como visto, está presente, sendo inviável o acolhimento do pedido de absolvição.

Quanto ao pedido subsidiário, de impossibilidade de aplicação da causa de aumento do art. 168, § 1º, III, do CP, visto que não teria sido comprovado exercesse ele a posse ou a detenção lícita das reses alegadamente desaparecidas em razão de profissão, cargo ou ofício.

Tal não deve ser acolhido.

A sentença bem afastou esse argumento, fundamentando que "o acusado foi contratado, ainda que informalmente, para exercer função de grande confiança, qual seja, a de administrar o arrendamento do gado feito entre as partes, o que foi suficientemente demonstrado nos autos e, diante da relação estabelecida com a vítima, ele apropriou-se sim dos bens em razão do seu ofício, o qual lhe permitia a posse temporária dos bens pertencentes à vítima, tipificando a qualificadora acima mencionada e denunciada." (F. 908).

O apelante, segundo consta, somente estava na posse dos semoventes em razão de seu ofício, visto ser fazendeiro conhecido, talhado na administração do gado, inclusive sendo médico veterinário, e que, mediante um contrato informal, movimentava os bens em questão. Assim, a relação de confiança era decorrente do seu ofício.

Em adendo ao entendimento doutrinário posto na sentença, o julgado:

> Ementa. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA EM RAZÃO DE OFÍCIO, EMPREGO OU PROFISSÃO. ARTIGO 168, § 1º, INCISO III DO CÓDIGO PENAL. VIGILANTE QUE SE APROPRIA DE COMPUTADOR DE BANCO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA ANÁLISE DE ATENUANTE. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA QUE JUSTIFICA A NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RAZÃO DE PENA APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONSUMAÇÃO QUE SE DEU COM A INVERSÃO DE POSSE. ESCORREITO AUMENTO EM RAZÃO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO. RÉU QUE CUIDAVA DE TODOS OS BENS DA VÍTIMA NA QUALIDADE DE VIGILANTE. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Nos termos da súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. O crime de apropriação indébita se consuma quando o agente, por ato voluntário, inverte a posse exercida, passando dele a dispor como se fosse seu. Uma vez operada a inversão, o crime está consumado. A razão de ser da qualificadora do artigo 168, inciso III, do Código

> Penal é que a vítima confia mais nesse tipo de pessoa, no caso o vigilante, pela função que exerce, a quem incumbia zelo, diligência e atenção sobre todos os bens que estavam sob seu cuidado. Como a confiança é maior, a proteção ao bem é menor, facilitando o cometimento do delito. Este é o ponto-chave para a configuração da forma qualificada da apropriação indébita: a relação de confiança." (TJDFT: Processo: ACR 6954807 PR 0695480-7. Orgão Julgador: 3ª Câmara Criminal. Publicação: DJ: 495. Julgamento: 30 de Setembro de 2010. Relator: Jefferson Alberto Johnsson).

Nego, pois, provimento ao recurso.

Recurso de Eda Pereira de Castro.

Eda Pereira de Castro, por seu turno, interpõe recurso de apelação pretendendo o aumento da pena aplicada e, ainda, a fixação de indenização mínima, nos termos do disposto no art. 387, IV, do CPP.

No que se refere à pena, o recurso requer seja ela fixada "acima do máximo legal" (*sic*), "tendo em vista as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, senhora com aproximadamente 90 anos, nos termos do art. 59 do CP".

No entanto, a sentença bem sopesou tais circunstâncias judiciais. Confira-se:

> Dosimetria da pena:
>
> A graduação da reprovação da conduta sancionada pode auferir-se a partir de dois dos elementos da culpabilidade: o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. O réu no caso, é pessoa graduada, médico veterinário formado, com conhecimento técnico e vasta experiência na área, sendo certo que agiu de forma consciente e premeditada, sendo-lhe possível exigir conduta diversa; a personalidade e a conduta social não se obteve maiores elementos de valoração; não registra antecedentes criminais; o motivo é lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, ínsito do tipo penal; as circunstâncias não favorecem o réu, uma vez que o delito deu-se em desprol de uma idosa quase octagenária, sendo que a questão da confiança que lhe era depositada pela vítima deixo de sopesar, porque própria do tipo; as consequências foram extremamente graves, em especial, pelo imenso prejuízo material causado à vítima, a qual, em nada colaborou no evento.
>
> Em relação à circunstância judicial "consequências do crime", reforço a existência de elemento concreto capaz de subsidiar a imposição de valor negativo a essa circunstância judicial, pois ainda que se trate de questão que comporta ampla divergência jurisprudencial, pactuo do entendimento que, no âmbito dos crimes patrimoniais, o prejuízo financeiro sofrido pela vítima é elemento que deve, realmente, ser avaliado na fixação da penabase, porque o eventual prejuízo financeiro suportado pela vítima não é fator que integra a essência dos crimes patrimoniais.
>
> (…)
>
> Assim, pela análise das operadoras do artigo 59, do Código Penal, bem como atenta aos critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão e multa de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo de 5/30 (cinco trinta avos) ao dia, uma vez que o réu *é* pessoa de muitas posses, com patrimônio avaliado em cerca de R$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), conhecido fazendeiro na região, com significativo salário mensal em torno de R$ 12.000,00 (doze mil reais), conforme informações por ele mesmo prestadas (f. 135), autorizando a aplicação da pena de multa em valor superior ao mínimo.

A sentença, como visto, evitou utilizar circunstâncias inerentes ao tipo penal e *bis in idem* e fixou a pena atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se, ademais, que o fato de ser a vítima uma senhora de 90 anos de idade foi bem considerado, incidindo, inclusive na segunda fase a agravante correspondente (art. 61, II, "h", do CP).

Quanto ao prejuízo econômico, este refletiu no valor dos dias-multa (5/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos).

O Código Penal não estabelece contornos matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da reprimenda, deixando a dosimetria atrelada à discricionariedade do juiz, que para tanto deve guiar-se pelos princípios constitucionais da individualização e da proporcionalidade da pena.

Nesse sentido, exemplificativamente, dois julgados do STJ, reduzidos ao ponto e sem grifos na fonte:

> CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. (...). 2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (stj, AGRG no HC 267.159/es, Rel. Ministro marco Aurélio bellizze, quinta turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/sp, Rel. Ministro Sebastião reis Júnior, sexta turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/sp, Rel. Ministra rosa weber, primeira turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/mg, Rel. Ministro teori zavascki, segunda turma, julgado em 24/02/2015). 3. (...). (STJ; HC 345.398; Proc. 2015/0316300-4; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 10/06/2016).

> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. (...). 2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 3. (...). (STJ; HC 307.281; Proc. 2014/0271381-6; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 21/06/2016).

De tal forma, cabe ao magistrado, mais próximas dos fatos, das provas e das pessoas, à luz do princípio da proporcionalidade, examinar com acuidade todos esses elementos e aplicar, fundamentadamente, a reprimenda que seja necessária e suficiente para a reprovação do crime.

Assim, a pena fixada deve ser mantida.

Quanto à indenização mínima, tenho que o recurso comporta acolhimento.

Prevê o inciso IV, do artigo 387, do Código de Processo Penal*:*

> 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;

(...).

Vislumbra-se que o artigo acima transcrito traz em si um comando imperativo - "fixará" -, ou seja, determina que o magistrado fixe o valor mínimo para reparação de danos.

E em momento algum a lei exige formulação de qualquer pedido, seja da vítima, seja do Ministério Público, pois trata-se de um efeito da condenação, os quais são relacionados pelo artigo 91, do Código Penal, cujo inciso I estabelece, taxativamente, que a condenação torna certa a obrigação de indenizar.

Portanto, o juiz é obrigado, não por pedido da parte, mas pela lei, a fixar um valor mínimo, independentemente de qualquer condição, pena de descumprir comando normativo expresso. Nesse sentido colaciono precedentes:

> INDENIZAÇÃO FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS ART. 387, IV, DO CPP CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA - COMANDO IMPERATIVO. Deve o magistrado fixar o valor mínimo para reparação de danos independentemente de pedido da parte. APLICAÇÃO DA PENA - COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do artigo 67 do Código Penal a circunstância reincidência prepondera sobre as demais, porém não as aniquila, motivo pelo qual todas devem ser consideradas no processo de individualização da sanção penal" (TJ-SP - APL: 00834003920128260050 SP 0083400-39.2012.8.26.0050, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 04/02/2014, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/02/2014).
>
> PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO. PENA *IN ABSTRACTO*. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS EM ANDAMENTO. REPARAÇÃO DO DANO. VALOR MÍNIMO.
>
> (...)
>
> 4. O art. 387, IV, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n.11.719/08, determina ao Juiz dever de fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, sendo desnecessário requerimento do ofendido nesse sentido.
>
> 5. Negado provimento aos recursos (ACR 00105634220054036181, Desembargador Federal André Nekatschalow, TRF3 - Quinta Turma, TRF3 CJ1 DATA:07/12/2011 fonte republicação).

Andrey Borges de Mendonça (*in* Nova Reforma do Código de Processo Penal. São Paulo. Editora Método, 1ª. Ed., p. 240) ao tecer comentários sobre a reparação de danos na esfera penal, manifesta-se também pela desnecessidade de haver pedido expresso para que o magistrado a fixe no bojo de seu decisório. Veja-se:

> (…) 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. Isto 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 na queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido (...)".

Como ao juiz não é dado descumprir a lei, deve fixar tal valor, independentemente de pedido.

O valor a ser fixado nesta fase é o mínimo possível, e não aquele efetivamente devido, pois para encontrar este último, a própria lei define a forma e o momento. Para chegar a tal conclusão basta analisar o parágrafo único do artigo 63 do CPP, que assim é redigido:

> Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Como se vê, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória que tenha fixado o valor mínimo, a parte interessada poderá (a seu critério), promover a execução daquele valor ou, se o prejuízo tiver sido maior, como aqui foi buscar a esfera cível para chegar ao valor efetivo.

Portanto, fica claro que a exigência de pedido expresso, bem como de defesa por parte do condenado, somente tem fundamento nessa fase (indenização na esfera cível), onde a parte interessada busca o efetivo valor do prejuízo, não o valor mínimo, já fixado na sentença penal condenatória por força de comando expresso.

Nesse sentido lição de Guilherme de Souza Nucci, in "Código de Processo Penal Comentado", 13ª Ed., Forense, p. 170:

> Finalmente, a reforma introduzida pela Lei 11.719/2008, acrescentando o parágrafo único ao art. 63, bem como modificando a redação do inciso Iv do art. 387 do CPP, passou a permitir que o juiz criminal fixasse a indenização civil pelo dano causado pelo delito. No entanto, infelizmente, a alteração não se deu em bom termo, pois se mencionou somente a viabilidade de fixação do valor mínimo para a reparação dos danos, considerando-se os prejuízos sofridos pelo ofendido. Ora, se o objetivo é atingir a economia processual e satisfazer, de vez, a vítima, deve o magistrado criminal estabelecer o real valor da reparação dos danos provocados pela infração penal. A fixação do valor mínimo, como se vê no disposto pelo art. 63, parágrafo único, deste Código, ainda possibilita a continuidade do dilema, levando-se o caso à esfera cível para a discussão do *quantum* realmente devido.

Certo, portanto, que para a fixação do *quantum* efetivamente devido é que a parte deve buscar a esfera cível, e lá sim, formular pedido certo, com todas as possibilidades de discussão, produção de prova e defesa específica por parte do condenado. Aqui, não, pois o valor mínimo é obrigação do magistrado fixar, independentemente de qualquer condição.

E o valor mínimo deve ser extraído dos mais comezinhos dados existentes no processo, ou seja, aqueles decorrentes de algum laudo preliminar, normalmente de avaliação, ou mesmo da experiência comum, corolário do livre convencimento motivado.

Desse modo, havendo previsão legal expressa acerca da obrigação de indenizar, em que pese o conhecimento de posições em sentido contrário, inclusive desta egrégia Corte, filio-me ao entendimento de que o valor a ser fixado a título de reparação mínima não necessita de expresso pedido, pois trata-se de efeito automático da decisão condenatória.

Assim sendo, não há falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista que o acusado se defende dos fatos a si imputados, e dentre estes fatos tem-se, logicamente, o dano causado, cuja indenização é obrigação que decorre da lei, com valor mínimo obrigatoriamente fixado pela sentença condenatória.

No caso, tratando-se de imputação de crime de apropriação indébita, a defesa sabia que, na eventualidade de sobrevir condenação, o juízo penal seria obrigado a condenar o acusado ao pagamento de uma quantia mínima a título de reparação dos danos causados, como de fato ocorreu, não existindo, portanto, nenhuma ofensa aos preceitos legais, mormente por tratar-se de resultado previsível do processo.

Neste caso, ainda que esteja em andamento ação cível por perdas e danos (processo nº 0800440.15.2013.8.12.0028), como indicou a sentença, tal não impede a presente fixação, que, como dito, representa um valor mínimo, e não o efetivamente devido (este que será estabelecido na esfera cível, no feito já em andamento). O valor mínimo da reparação, no caso dos autos, diante da elevada quantidade de gado desviada ilicitamente, bem como pelas condições econômicas do apelado, é estabelecido em 15 salários mínimos, sobre o qual deve incidir correção pelo IGP-M/FGV, desde a data do presente julgamento (Súmula 362 do STJ), acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso, em 19.08.2014, em conformidade com a Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça, ficando a critério da vítima a execução no juízo cível competente.

São estes os fundamentos pelos quais, com a *venia* do relator e, de acordo com o parecer, nego provimento ao recurso de Luiz Lemos de Souza Brito e, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Eda Pereira de Castro para o fim de fixar, como indenização mínima à vítima, o valor de 15 salários mínimos.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Vogal)

Nada obstante o respeito devido ao entendimento esposado pelo ilustre relator, consubstanciado na excelência dos fundamentos em que se norteia, acompanho integralmente o Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva quanto ao improvimento do recurso interposto por Luiz Lemos de Souza Brito, justamente por também entender que o caso não comporta absolvição, vez que os elementos de convicção reunidos no caderno processual, tal como bem pontuado e delineado pelo eminente revisor, realçam a configuração do delito imputado.

No entanto, quanto ao recurso interposto por Eda Pereira de Castro, comungo, unicamente sobre a reparação de danos prevista no artigo 387, IV, do CPP, de entendimento diverso. Acompanho o revisor, portanto, no tocante às demais matérias sustentadas pela referida apelante, alusivas à dosimetria.

Ocorre que, mesmo em caso de formulação de pedido acerca da reparação de danos na inicial, a matéria deve ser ampla e satisfatoriamente discutida ao longo da instrução, oportunizando-se à defesa, como corolário, manifestação sobre as particularidades e circunstâncias inerentes, o que, em que pese a divergência, entendo não ter se desenvolvido suficientemente no caso concreto.

Socorro-me, nesse diapasão, do escólio de Guilherme de Souza Nucci, que, ao abordar o tema, giza:

> (...) Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação) ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá - los. A partir daí deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver pedido formal e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por nítida infringência ao princípio da ampla defesa. (...).

No mesmo tom posicionou-se a Seção Criminal deste Sodalício, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 0029209-50.2013.8.12.0001/50000, em 14/12/2016, relator Des. Francisco Gerardo de Sousa:

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – VIAS DE FATO – ARTIGO 21, DO DECRETO-LEI 3.688/1941 – FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AFASTAMENTO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – PROVIMENTO.
>
> I - Embora conste pedido expresso na denúncia, inexiste discussão a respeito da verba indenizatória, no decorrer do feito, inviabilizando a fixação de valor para a reparação de dano em favor da vítima, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
>
> II - Embargos providos. Com o parecer.

No mesmo sentido:

> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL DA VÍTIMA E DO MPEVIOLÊNCIA DOMÉSTICA - FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO E DEBATE SOBRE A QUESTÃO – RECURSOS IMPROVIDOS. Inviável a fixação de indenização a título de danos morais (387, IV, CPP), tanto por ausência de previsão legal, pois a lei se refere a prejuízos, ou seja, danos materiais, tanto pela falta de instrução específica a este respeito. (Relator(a): Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 26/09/2016; Data de registro: 28/09/2016)
>
> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - VIAS DE FATO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (LEI Nº 11.340/06) – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE FIXA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EXPURGADA - NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DO PREJUÍZO MORAL - PROVIMENTO.
>
> Apesar de pedido formal pelo Ministério Público Estadual na inicial, verifica-se que não foi oportunizada à defesa a possibilidade de se manifestar sobre o tema em instrução específica, deixando-se, portanto, de conferir ao requerente as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo incabível a fixação de indenização a título de dano moral.
>
> Contra o parecer, recurso provido. (Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 24/08/2016; Data de registro: 05/09/2016)
>
> 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. (Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 09/08/2016; Data de registro: 24/08/2016; Outros números: 25498220148120001500000)

Disso não destoa o entendimento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos julgamentos abaixo realçados:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 387, INC. IV, DO CPP. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. I. **A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização.** II. Na hipótese, embora o ministério público tenha pleiteado expressamente na denúncia a fixação de valor para a reparação do dano, nos termos do art. 387, inc. IV, do CPP, não houve a instrução específica com a indicação de valores e provas suficientes a sustentá-lo, proporcionando a ré a possibilidade de se defender e produzir contraprova. III. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg-REsp 1.483.846; Proc. 2014/0251777-6; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 29/02/2016) - destaquei

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ARTS. 226 E 228 DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO DO OFENDIDO OU DO ÓRGÃO MINISTERIAL. LEGALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEOU A FIXAÇÃO DE VALOR PARA A REPARAÇÃO DO DANO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. RESPEITADA A OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. A mais significativa inovação legislativa introduzida pela Lei n. 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitou que na sentença fosse fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, a contemplar, portanto, norma de direito material mais rigorosa ao réu. 2. **Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do ministério público e ser possibilitado o contraditório ao réu, sob pena de violação do princípio da ampla defesa.** 3. O acórdão *a quo* considerou suficientes as provas acerca da identificação dos acusados e determinou, fundamentadamente, a autoria da conduta delituosa. A alteração de tal entendimento implica revolvimento fático probatório, a atrair a incidência da Súmula nº 7/STJ. 4. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-REsp 1.383.261; Proc. 2013/0163456-0; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 14/11/2013) – destaquei

Ademais, consta que tramita inclusive ação cível enfocando justamente a reparação que a vítima reputa devida (processo nº 0800440.15.2013.8.12.0028), sede adequada e propícia para os questionamentos e apreciações inerentes em toda a sua amplitude.

Nesse contexto, com o devido respeito, afasto a fixação de valor mínimo destinado a indenização prevista no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, acompanhando o eminente revisor, todavia, quanto às demais matérias abordadas em seu judicioso voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso defensivo nos termos do voto do revisor (Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva), vencido o relator (Des. Francisco Gerardo de Souza) E, por maioria, contra o parecer, negaram provimento ao recurso interposto pela assistência de acusação, nos termos do voto do relator, vencido em parte o revisor.

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. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 27 de abril de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001237-56.2014.8.12.0006 - Camapuã
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, DO CP) – OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 211, DO CP) – LIMITES DO RECURSO – ART. 600, DO CPP – PRELIMINARES – NULIDADE ABSOLUTA – ANÁLISE DE OFÍCIO – DEFICIÊNCIA DE DEFESA – PREJUÍZO INDEMONSTRADO – NULIDADE INEXISTENTE – ORDEM PREVISTA PELO ART. 400, DO CPP – OBSERVÂNCIA RESTRITA – VALIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA NA FASE DO ARTIGO 402 DO CPP – PROVA IRRELEVANTE – REGULARIDADE – MÉRITO – DESCLASSIFICAÇÃO DE LATROCÍNIO PARA HOMICÍDIO – PROVA SEGURA DE QUE O MÓVEL DO CRIME FOI PATRIMONIAL – REJEIÇÃO – PENA-BASE – AGENTE QUE SE APROVEITA DE LONGA AMIZADE COM A VÍTIMA – CULPABILIDADE ELEVADA – PERSONALIDADE DO AGENTE – FRIEZA NA EXECUÇÃO E LOGO APÓS A PRÁTICA DOS CRIMES – VETOR DESFAVORÁVEL – MOTIVOS DO CRIME – OCULTAÇÃO DO CADÁVER – CONDENAÇÃO NO ART. 211 – FATO EMPREGADO PARA ELEVAR A REPRIMENDA – ELEMENTAR DO TIPO – AFASTAMENTO – CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS – CONFIRMAÇÃO – CONSEQUÊNCIAS – LATROCÍNIO – VÍTIMA QUE DEIXA DOIS FILHOS ADOLESCENTES – ELEMENTOS QUE EXTRAPOLAM A NORMALIDADE – AGRAVAMENTO NECESSÁRIO – OCULTAÇÃO DE CADÁVER – CRIME PERMANENTE – DEMORA NA LOCALIZAÇÃO – IMPROPRIEDADE PARA EXASPERAR SANÇÃO – CONFISSÃO QUALIFICADA – SENTENÇA QUE NÃO A EMPREGA PARA FUNDAMENTAR CONDENAÇÃO – ATENUANTE DO ART. 65, III, “d”, DO CÓDIGO PENAL NÃO CONFIGURADA – PENA DE MULTA – APLICAÇÃO DESPROPORCIONAL – REDIMENSIONAMENTO – ATENUANTE INOMINADA – ART. 66, DO CÓDIGO PENAL – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – PARCIAL PROVIMENTO.

Os limites do recurso são traçados pelas razões de apelação. Memoriais apresentados ao gabinete do relator alargando o campo da discussão não podem ser recebidos nem mesmo como “novas razões”, em aditamento às anteriores, salvo se colacionados aos autos no prazo de 08 (oito) dias, assinado pelo artigo 600, do CPP.

Cabe ao Tribunal, mesmo de ofício, analisar ocorrência de eventuais nulidades absolutas.

O artigo 563, do CPP consagra o brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*, pelo qual, ao contrário da ausência de defesa, sua eventual deficiência só gera nulidade diante da demonstração clara da ocorrência de prejuízo ao acusado.

Não acarreta inversão à ordem prevista pelo artigo 400, do CPP o fato de as transcrições das declarações colhidas em audiência terem sido dispostas nos autos em ordem aleatória, desde que fique claro pelo sistema de áudio e vídeo que a ordem legal estabelecida foi rigorosamente observada.

Correta a negativa de inquirição de signatário de declaração extrajudicial, de cujos termos extrai-se sérias contradições, e que contém severas divergências com elementos de prova muito

mais seguros, ainda que arrolado na fase do artigo 402 do CPP, pois em tais condições a prova é irrelevante e impertinente.

Impossível desclassificar a acusação de latrocínio para homicídio quando a prova dos autos é segura no sentido de que o móvel do crime foi patrimonial, ou seja, de que o apelante matou a vítima para subtrair cheques representativos de dívidas não pagas.

O fato de o agente aproveitar-se de longa amizade com a vítima para praticar o crime de latrocínio eleva a censurabilidade, o grau de reprovabilidade social da ação, a justificar a exasperação da sanção por conta da circunstância judicial da culpabilidade.

A intensa frieza empregada na execução e logo após a prática dos crimes justifica o recrudescimento da pena-base no vetor personalidade do agente, circunstância judicial que pode e deve ser analisada à luz de elementos de prova contidos nos autos, não se exigindo elaboração de laudo técnico, pena de ignorar-se o princípio da persuasão racional, que vigora em nosso sistema jurídico.

Impossível a recrudescimento da pena-base relativa ao crime de ocultação de cadáver sob o fundamento de tal conduta ter sido praticada para esconder o crime anterior, visando impunidade, pois tal fato é elemento constitutivo do tipo.

Desfavoráveis as circunstâncias dos dois crimes quando o agente elegeu local ermo para a prática do fato, determinou às pessoas que lá se encontravam que se retirassem e, logo após executar a vítima, passa a telefonar para a esposa da mesma dizendo que tudo estava bem com eles, o que fez por várias horas, e em seguida tenta atraí-la para outro local, pretendendo dar continuidade ao intento de apossar-se de cheques representativos de vultosa dívida.

As consequências dos crimes em que resulta morte são os reflexos da conduta do agente na vida das pessoas próximas à vítima. No caso do latrocínio, é indiscutível que o tipo penal já abarca consequências inerentes ao próprio núcleo do fato típico. Entretanto, o princípio da individualização da pena exige que cada situação seja considerada de forma distinta, pois há casos em que as consequências extrapolam a normalidade prevista pela norma, sendo impossível deixar de considerar mais gravosa a conduta de quem, com seu ato violento, deixa dois adolescentes órfãos de pai.

O crime de ocultação de cadáver é classificado como permanente, sua consumação prolonga-se no tempo, subsistindo até o cadáver ser descoberto, de forma que a demora na localização do corpo não pode ser empregada como fundamento para exasperar a pena-base.

A confissão qualificada não empregada para fundamentar o decreto condenatório não configura a atenuante prevista pelo art. 65, inciso III, “d”, do Código Penal.

Na fixação da pena de multa deve-se atentar a que o número de dias-multa seja proporcional ao *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida, enquanto o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com as condições econômicas do condenado.

O fato de o agente retornar voluntariamente do Paraguai, para onde inicialmente fugira, com o fito de responder por seus atos perante a justiça, configura a atenuante inominada prevista pelo artigo 66, do Código penal.

Recurso a que, contra o parecer, dá-se parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de maio de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Thiago Baez de Arruda, qualificado nos autos, inconformado com a sentença de f. 870/900 que o condenou à pena de 25 anos de reclusão, em regime fechado, mais 100 dias-multa, por infração aos arts. 157, § 3º, parte final, e 211, ambos do Código Penal, interpõe a presente apelação criminal pela qual, segundo as razões expostas a f. 925/949, postula, preliminarmente, pela nulidade da sentença por afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e/ou por não observar corretamente a valoração da prova contida no autos, em flagrante violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal, e, no mérito, pela fixação da pena-base no mínimo legal em relação ao crime previsto no art. 157, § 3º, do CP; aplicação da atenuante da confissão espontânea.

O Ministério Público e o assistente de acusação Cristiano Monteiro Ramos apresentaram, respectivamente, contrarrazões a f. 955/977 e 978/987, pugnando, ambos, pelo desprovimento do recurso. O Ministério Público prequestiona o art. 402 do CPP e arts. 65, III, d, e 59, ambos do CP.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 996/1000, opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

O recorrente, por seu novo procurador constituído (f. 1002/1003), apresentou memoriais pela forma física.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Thiago Baez de Arruda contra a sentença de f. 870/900 que o condenou à pena de 25 anos de reclusão, em regime fechado, mais 100 dias-multa, por infração aos arts. 157, § 3º, parte final, e 211, ambos do Código Penal.

Por inconformar-se com a decisão o recorrente, pelas razões expostas a f. 925/949, postula, preliminarmente, pela nulidade da sentença por afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e/ou por não observar corretamente a valoração da prova contida nos autos, em flagrante violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal e, no mérito, pela fixação da pena-base no mínimo legal em relação ao crime previsto no art. 157, § 3º, do CP; aplicação da atenuante da confissão espontânea.

O Ministério Público e o assistente de acusação Cristiano Monteiro Ramos apresentaram, respectivamente, contrarrazões a f. 955/977 e 978/987, pugnando, ambos, pelo desprovimento do recurso. O Ministério Público prequestiona o art. 402 do CPP e arts. 65, III, d, e 59, ambos do CP.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 996/1000, opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso para reconhecer a atenuante da confissão espontânea.

O recorrente, por seu novo procurador constituído (f. 1002/1003), apresentou memoriais pela forma física.

É o que basta para analisar a pretensão.

Antes de adentrar na análise das questões discutidas no presente recurso impende que se faça algumas considerações.

Limites do recurso

Em que pese o Dr. Ivan Gibim Lacerda, advogado substabelecido a f. 1003, tenha endereçado ao gabinete do relator memoriais relativos ao presente feito pela forma física, alegando fatos não referidos pelo recurso, e que em muito estendem a discussão, impende destacar que os limites do recurso são traçados pelas razões de apelação, apresentadas na oportunidade do artigo 600, do CPP, e que se encontram a f. 926/949 dos autos.

Sequer poder-se-ia receber referidos memoriais como "novas razões", em aditamento às anteriores, posto isto ser inadmissível, exceto se as mesmas tivessem sido colacionadas aos autos no prazo de 08 (oito) dias, assinado pelo artigo 600, do CPP (STJ, HC 22.929, DJU - 28.10.2002, p. 352).

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROCESSO CONCLUSO PARA JULGAMENTO. JUNTADA DE NOVAS RAZÕES RECURSAIS PELA DEFESA. INDEFERIMENTO. Estando o processo concluso para julgamento, deve ser indeferida a juntada de novas razões recursais, pois incompatível com o procedimento recursal previsto no CPP. Agravo regimental improvido. (Agravo Regimental Nº 70058969064, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 27/03/2014). Data de publicação: 01/04/2014.

De tal maneira, não se considera referidos memoriais.

Nulidades absolutas – Análise de ofício.

Por outro lado, cabe ao Tribunal analisar, mesmo de ofício, todas as questões que, eventualmente, possam acarretar nulidade absoluta, dentre as quais encontram-se algumas das referidas nos aludidos memoriais, e que passam a ser analisadas de ofício.

Dentre as nulidades processuais, elencadas pelo artigo 564, do CPP, encontram-se as absolutas - as previstas nos incisos I, II, III, alíneas a, b, c, e (primeira parte), f, i, j, k, l, m, n, o, p -, que são os vícios mais graves porque violam os princípios constitucionais garantidores da ampla defesa, como o contraditório, e os princípios e procedimentos processuais, afetando diretamente o interesse público, trazendo prejuízos irreparáveis, os quais são presumidos. Eis porque podem ser suscitadas a qualquer tempo pelas partes, ou apontadas de ofício pelo juiz.

Ausência de defesa.

Como visto, a alínea "l" do inciso III estabelece como nulidade absoluta a ausência de defesa na sessão de julgamento, situação que também se aplica aos casos de grave deficiência do advogado em apresentar a defesa.

Assim, passa-se a verificar se houve deficiência de defesa, a ponto de gerar nulidade absoluta.

Como se sabe, o Enunciado 523 do STF é claro ao estabelecer que "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo ao réu."

Referida Súmula decorre da exegese do artigo 563, do CPP, pelo qual nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, e da consagração do brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*. Assim, ao contrário da ausência de defesa, sua eventual deficiência, para gerar nulidade, exige demonstração clara da ocorrência de prejuízo ao acusado.

Nessa toada, inicia-se abordando a defesa prévia apresentada a f. 394/406, na qual, de fato, percebe-se o emprego de alguns termos técnicos impróprios, aparentemente desconexos com os termos da denúncia, e ausência de abordagem expressa de teses sustentadas pelo apelante nas ocasiões em que se manifestou pessoalmente nos autos, em ambas as fases.

É o que ocorre com o fato de ter sustentado, e a guisa de preliminar, a tese da inexigibilidade de conduta diversa.

Entretanto, em uma análise mais aprofundada constata-se que se trata apenas de aparente impropriedade, pois pelos termos empregados para desenvolver essa tese, nota-se que também abarca a da excludente da legítima defesa, sustentada pelo apelante na autodefesa. Veja-se os termos empregado pela referida peça a f. 397:

> Assim, diante da atitude desmedida e destemperada da vítima, que ao descer do veículo avançou sobre o Réu, desferindo-lhe um soco no rosto que o fez ir ao chão, e em ato contínuo pisando em seu pescoço e ameaçado de morte e armando-se com um pedaço de pau com o intento de atingi-lo e afirmando que iria mata-lo, não haveria outra reação senão a de preservação de sua vida, respondendo com os meios de que dispunha.

E a f. 404, ao discutir o mérito, volta a descrever esses fatos e alega que "(...) o que não se deve permitir neste julgamento é que sejam destacados os elementos como se cada fato fosse independente e estagnado no tempo. Não importa se a vítima em sua mente poderia pensar em apenas assustar o acusado, desferindo um soco e pisando em seu pescoço, pois no momento do fato a impressão que o acusado tinha era que iria perder sua vida, tendo em vista as agressões sofridas e ver a vítima se armando com um pedaço de pau. Nenhum ser humano em situação análoga, possuindo ao alcance das mãos, esperaria o pior acontecer. (...)".

Portanto, ainda que sob um título inadequado, a defesa técnica contempla a tese referida pessoalmente pelo apelante. E a sentença também entendeu desta forma, tanto que a f. 873 relata que o acusado, "(...) tanto na fase inquisitorial (f. 134/138) quanto em juízo (f. 478/479 e 552/588), confirmou que efetuou os disparos na vítima. Porém, afirma que seu objetivo foi se defender, uma vez que o ofendido lhe deferiu um soco no rosto, após o réu lhe confidenciar que manteve um relacionamento amoroso com a pessoa de Ádila, com quem a vítima também manteve relacionamento (...)".

Adiante, a f. 878, ao analisar as declarações da testemunha Elizandro José de Campos Filho, o magistrado refuta a alegação da defesa ao referir que tal pessoa "(...) relatou que no 16/10/14 o acusado e a vítima estiveram na chácara e depois saíram para ver um gado, sendo que após uns 15 ou 20 minutos ouviu quatro disparos e depois de aproximadamente meia hora o réu voltou sozinho e disse que tinha matado um lobinho. Afirmou que o réu estava normal, não estava com a roupa suja e não estava sangrando, sendo imperiosa a transcrição de trechos de suas declarações, na medida em que também ´põe em xeque` a alegada luta corporal, queda ao solo, soco no dente, pisão no pescoço. (...)".

Por fim, após analisar a sede das lesões no corpo da vítima e o comportamento do acusado posteriormente aos fatos, a f. 880 concluiu:

> Portanto, não se há falar em legítima defesa. Tampouco, de que não se poderia exigir do réu conduta diversa.

De tudo conclui-se que, inobstante os termos empregados pela defesa técnica falassem em "inexigibilidade de conduta diversa", os fatos narrados naquela peça defensiva descreviam circunstâncias relativas à excludente da legítima defesa. E bem entendendo a situação, a sentença abordou expressamente e rechaçou essas duas teses, não se havendo falar que o fato tenha redundado em prejuízo para a defesa.

Também não há qualquer prejuízo à defesa no fato de tais teses, bem como a questão relativa à inexistência de débito, terem sido apresentadas como preliminar, e não como matéria de fundo, pois as mesmas foram analisadas pela sentença em toda a profundidade exigida, no momento oportuno, ou seja, durante a apreciação do mérito.

Nota-se, ainda, que a defesa técnica apresentou teses alternativas, ou seja, caso não fosse acatada a de inexigibilidade de conduta diversa (que abarcou também a legítima defesa), pediu a desclassificação para homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do Código Penal), além de, agora já em sede de razões de apelação, caso nenhuma das teses apresentadas fosse acolhida, a redução da pena do latrocínio ao mínimo legal.

Mais uma vez aqui não se verifica prejuízo à defesa. De fato, cabe ao advogado optar pela linha defensiva que melhor entenda empregar, desde que dentro do razoável.

Sem dúvida é salutar e recomendável que a defesa técnica apresente teses alternativas para o caso de as principais não serem reconhecidas. No caso dos autos nada há de prejudicial em sustentar que, caso não fosse acatada a tese absolutória, que se operasse a desclassificação para uma conduta menos gravosa, como ocorreu, até porque, diante dos fatos comprovados, a distinção é muito tênue entre as circunstâncias que poderiam induzir à absolvição por legítima defesa e o reconhecimento de ter praticado o delito sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima. Não há qualquer antagonismo entre tais teses, e o acolhimento de qualquer delas, eventualmente, dependeria dos fatos que fossem efetivamente provados. Assim, pelo menos em tese, a possibilidade existia.

O fato de ter requerido redução da pena do latrocínio ao mínimo legal não significa abandono das demais teses, mas sim a derradeira possibilidade de favorecimento ao apelante. Nesse campo assim se expressa a doutrina:

> Obrigatoriamente, deve o defensor atuar em benefício do acusado, sob pena de se considerá-lo indefeso. Isso, no entanto, não significa dizer que o defensor deverá sempre e invariavelmente pedir a absolvição do acusado. A depender das circunstâncias do caso concreto, esse pedido absolutório não será uma alternativa viável e tecnicamente possível. Basta imaginar, por exemplo, processo penal em que o réu tenha confessado a prática delituosa após a colheita de farta prova testemunhal o incriminando. Em tal hipótese, pedir a absolvição seria absolutamente inócuo. Porém, visando à melhora da situação do acusado, incumbe ao defensor buscar o reconhecimento de eventual causa de diminuição de pena, circunstância atenuante ou algum benefício legal para o cumprimento da sanção penal (v.g, regime aberto, substituição por pena restritiva de direitos, concessão do sursis, etc.), além do reconhecimento de possíveis nulidades. (Renato Brasileiro de Lima, "Manual de Processo Penal", 3ª ed. Editora Jus Podivm, 2015, p. 57).

Foi o caso visto, não havendo razão para daí extrair qualquer prejuízo à defesa.

O mesmo se diga do simples fato de, ao final de suas razões, a f. 405, ter dito ser "inadmissível que seja o acusado pronunciado", pois isso deixa claro que se tratou de mero equívoco sem qualquer efeito prático na situação processual do apelante.

Em caso semelhante já se decidiu (com redução ao ponto que interessa e sem grifo na fonte):

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO (ART. 33, *CAPUT*, LE111. 343/06). PRELIMINAR DE NULIDADE POR DEFESA DEFICIENTE. (...)1. Preliminar de nulidade por defesa técnica deficiente na primeira instância: As intervenções da douta Defensoria Pública no processo foram pertinentes e fundamentadas, tendo formulado pedidos de liberdade provisória e solicitado que a pena corpórea fosse fixada no mínimo legal. De fato, poucas teses defensivas voltadas à absolvição foram trabalhadas pela douta Defensoria Pública, contudo a acusada assumiu a autoria dos fatos e as demais provas dos autos são contundentes acerca da prática delitiva, de modo que restou à defesa apresentar as teses voltadas à fixação da menor pena possível. Ainda que prevaleça a arguição de defesa deficiente, trata-se de nulidade relativa, dependendo da demonstração de prejuízo (Súmula nº 523, do e. STF). No caso, as razões recursais não demonstram o prejuízo, haja vista a ausência de teses de defesa, além das suscitadas pela d. Defensoria Pública em primeira instância, aptas a desconstruir a linha de raciocínio trilhada na sentença condenatória. Preliminar rejeitada. 2. (...). (TJES; APL 0050808-17.2014.8.08.0035; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Subst. Heloisa Cariello; Julg. 13/12/2016; DJES 17/01/2017).

Inobservância da ordem do artigo 400, do CPP.

Analisando-se apressadamente os autos pode-se entender presente uma possível nulidade, decorrente da inobservância do artigo 400, do CPP, relativamente à ordem da tomada das declarações de testemunhas e do acusado em Juízo, que poderia ser enquadrada no inciso IV do artigo 564 do CPP (omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato).

Entretanto, verifica-se do termo de audiência de f. 478/479 e, principalmente, ouvindo-se a mídia contida nos autos, relativa à audiência de instrução, que não houve nenhuma inversão na ordem determinada pelo artigo 400, do CPP, pois primeiro tomou-se os depoimentos das testemunhas de acusação, na seguinte sequência: Cristiano, Patrícia, Elizandro, Gerson, Celso, Tiago, Ádila, Manoel e José. Posteriormente foram inquiridas as duas da defesa, Dácio e Alex e, por último, procedeu-se ao interrogatório do apelante.

Oorre que o magistrado determinou fosse realizada a transcrição das declarações, e por descuido da serventia, elas foram juntadas aos autos, a partir de f. 552, de forma aleatória, sem observar a ordem em que foram tomadas as declarações em audiência. Tanto é assim que as do apelante, que foi o último a ser ouvido na audiência, está em primeiro lugar (f. 552/588).

Outra prova disso encontra-se no próprio corpo das declarações do apelante, a f. 578/579. Ali ele é indagado pelo Ministério Público acerca de conhecer ou não a testemunha Gerson de Moura Silva, a qual havia sido inquirida naquele ato e havia dito que ele, apelante, não havia pago os cheques.

De tal forma, não se há que alegar eventual nulidade decorrente da inobservância da ordem estabelecida pelo artigo 400, do CPP, posto que nenhuma inversão ocorreu.

De tal sorte, conclui-se que não houve deficiência substancial na defesa, a gerar a nulidade, passando-se à análise das questões elencadas nas razões da apelação, acostadas a f. 926/949.

Preliminar de afronta ao princípio da ampla defesa.

Sustenta-se, a partir de f. 927, nulidade da sentença por afronta ao princípio da ampla defesa (inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal), ocasionada pelo indeferimento do pedido de oitiva de uma testemunha, apresentado pela defesa.

Referida preliminar, como se relaciona intimamente com a matéria de mérito, será abordada juntamente com a alegada "incorreta valoração da prova contida nos autos" , abordada na sequência (f. 930 e seguintes), já que, na ótica da defesa, a correta análise dos elementos de prova produzidos nos autos induz à prática de uma conduta que tipifica crime de homicídio, e não de latrocínio, sustentando que não ficou provado o sumiço de uma pasta, que supostamente conteria alguns cheques e documentos, e que no momento dos fatos estaria com a vítima. Assim, não teria sido provada a subtração dos objetos, restando impossível a afirmação de que matou para roubar, elementar do tipo do latrocínio.

E a testemunha Ariovaldo Alves Pereira, cuja oitiva foi indeferida, segundo as razões do recurso, seria de importância crucial para confrontar as provas que foram determinantes para a capitulação do delito como latrocínio e não como homicídio.

De fato, o apelante foi denunciado pela prática de dois crimes, o de latrocínio (art. 157, § 3º) e o de ocultação de cadáver (art. 211), ambos do Código Penal, isto porque, segundo a peça inaugural – f. 01/03:

> (...) subtraiu para si coisa alheia móvel, mediante violência empregada com uso de arma de fogo, tendo como resultado a morte da vítima Maximiliano Monteiro Ramos. No mesmo dia, horas mais tarde, o denunciado ocultou o cadáver da vítima cavando um buraco e enterrando-o a aproximadamente 150m (cento e cinquenta metros) da sede da chácara. Segundo restou apurado, o denunciado devia à vítima o valor de pelo menos R$ 378.150,00 (trezentos e setenta e oito mil cento e cinquenta reais), referente à compra de gado, sendo que, para garantir a dívida, forneceu três cheques nos valores de R$ 191.400,00 (cento e noventa e um mil e quatrocentos reais), R$ 166.250,00 (cento e sessenta e seis mil duzentos e cinquenta reais) e R$ 20.500,00 (vinte mil e quinhentos reais), os quais estavam em poder da vítima. No dia dos fatos, visando se livrar da dívida, o denunciado levou a vítima até a propriedade rural que arrendava e, em um local ermo, de posse de uma arma de fogo, agindo com animus necandi,desferiu diversos disparos contra a vítima, os quais foram a causa eficiente de sua morte, e subtraiu para si uma maleta marrom, contendo um dos cheques descritos, no valor de R$ 20.500,00 (vinte mil e quinhentos reais), bem como documentos pessoais da vítima. Apurou-se ainda que o denunciado acreditava que na maleta subtraída estavam também os outros dois cheques mencionados, nos valores de R$ 191.400,00 (cento e noventa e um mil e quatrocentos reais) e R$ 166.250,00 (cento e sessenta e seis mil duzentos e cinquenta reais), eis que, inclusive, em data anterior ao crime, havia pedido para a vítima levar os cheques, alegando que pretendia fazer um TED para resgatá-los (...).

Conforme se vê pelos autos, a f. 5l5/5l6, depois de encerrada a audiência de instrução, o apelante requereu a oitiva de Ariovaldo Alves Pereira, pessoa que participou das buscas pelo corpo e, segundo alega, teria ouvido a esposa da vítima afirmar que não precisava cavar mais fundo para localizar a pasta, pois tal objeto não se encontrava com a vítima.

Juntou, a f. 517, uma declaração de próprio punho, firmada por tal pessoa, na qual narra o fato acima relatado.

O Ministério Público concordou com a oitiva de Ariovaldo em Juízo, desde que o delegado de polícia também fosse inquirido (f. 520), enquanto a assistência à acusação manifestou-se contrariamente (f. 528/532) alegando, dentre outras coisas, que tal pessoa havia prestado depoimento na fase inquisitorial, e que a defesa não se interessou em arrolá-la, mesmo sabendo do teor da denúncia, de maneira que o direito precluiu por não se ter observado o prazo do artigo 396-A, do CPP.

O pedido foi indeferido a f. 654/655, entendendo o magistrado que o direito encontrava-se precluso.

De fato, Ariovaldo já havia prestado declarações na fase inquisitorial, como se vê a f. 52, ocasião em que narrou apenas ter participado das buscas e da localização do corpo da vítima, juntamente com várias outras pessoas. Desta forma, caso se aceite como verídicos os fatos que narra na declaração de f. 517, deles Ariovaldo já tinha conhecimento quando desta oitiva, e a eles não fez nenhuma referência na ocasião.

Assim, inobstante a defesa alegue que só depois do encerramento da audiência é que tomou conhecimento dos fatos referidos por Ariovaldo em tal declaração, não se pode desconsiderar que cabia ao apelante, tão logo tomou conhecimento dos termos da denúncia por latrocínio, procurar elementos de prova que pudessem, de alguma forma, debilitar tal acusação, dentre elas, com certeza, indagar às testemunhas a extensão de seu conhecimento acerca dos fatos apurados, a fim de, no prazo do artigo 396-A, do CPP, arrolar as que lhe interessavam.

Como assim não procedeu, e considerando que o processo caracteriza-se por uma sucessão de atos cuja prática deve respeitar regras claramente delineadas, dentre as principais encontrando-se às relativas à temporalidade, obediência aos prazos legais, não se há falar em cerceamento de defesa quanto ao indeferimento da oitiva de uma testemunha arrolada fora do prazo legal.

Ademais, não se pode deixar de referir que o indeferimento de tal oitiva não atentou contra o princípio da verdade real, objetivo primordial do processo penal, posto que das afirmações de Ariovaldo na declaração extrajudicial de f. 517, firmada de próprio punho em março de 2015, em cotejo com várias outras provas produzidas, extrai-se fortes indícios de não retratarem a realidade.

Veja-se que consta daquela declaração que Ariovaldo prestava auxílio no momento da localização do corpo da vítima, o que ocorreu no dia 18.10.2014. E ao final do referido documento consta que "(...) encontramos o corpo de Max duranti a escavações depois de achado o corpo o delegado pediu para que eu escavasse mais para encontrar a pasta quando Patrícia a esposa disse que ele não estava com a pasta."

Ou seja, com tais palavras, Ariovaldo afirma que o delegado, já no dia 18.10.2014, data em que o corpo da vítima foi localizado, tinha conhecimento do desaparecimento da referida pasta.

Entretanto, segundo o boletim de ocorrência acostado a f. 66, em mais um "em tempo", tal fato foi levado ao conhecimento da polícia apenas no dia 20.10.2014. Confira-se:

> (...) Em tempo: Comparece hoje, 20/10/2014, a esposa da vítima Patrícia Camargo Viafora Ramos, informando que juntamente com o a vítima havia uma maleta de mão, de cor marrom, tipo couro, que na maleta havia os documentos pessoais, documento do veículo Pajero, talões de cheque do banco SICREDI Camapuã da Ag. 0913, conta 0699-0, em nome da Agropecuária Ramos LTDA, informa que a maleta não foi encontrada até o momento.

Portanto, como o fato somente foi comunicado à polícia no dia 20 de outubro, não era possível que o delegado, ainda no dia 18, dois dias antes, tivesse determinado maiores escavações para localizar tal maleta.

E esta conclusão também é possível de ser extraída das declarações extrajudiciais de Adelmar Neves Miranda (f. 34/35) e Rui Biazotti Júnior (f. 36), os quais também estavam presentes no momento da localização do corpo, e nenhuma palavra disseram acerca de qualquer outro objeto estar sendo procurado naquele dia.

O próprio delegado, ao requerer mandado de busca e apreensão, no mesmo dia 20.10.2014 (f. 40/41), faz referência expressa à intensão de localizar "armas, munições e/ou outros instrumentos ilícitos que possam instruir a presente investigação", sem fazer, portanto, qualquer alusão à referida maleta.

Isso tudo deixa claro que foi somente após a localização do corpo da vítima, e com o posterior relato feito por sua esposa a f. 66, que o desaparecimento da maleta chegou ao conhecimento do delegado, caso contrário, por óbvio, ele teria encetado diligências específicas para o esclarecimento de fato tão relevante, que levaria desde o início à possível tipificação de um crime punido mais severamente que o homicídio.

Portanto, a inquirição, na fase do artigo 402 do CPP, do signatário de uma declaração extrajudicial, apresentada a destempo, de cujos termos extrai-se sérias contradições, e que contém severas divergências com elementos de prova muito mais seguros, caracterizaria, efetivamente, tentativa de produzir prova irrelevante e impertinente.

Na lição de Renato Brasileiro de Lima, "Manual de Processo Penal", 3ª ed. Editora Jus Podivm, 2015, p. 1303, "... juízes e Tribunais devem assegurar às partes o exercício pleno do direito de ação e de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas. Isso, todavia, não significa dizer que tal direito possa ser exercido de maneira abusiva e desleal, sendo plenamente possível que a produção de determinada prova seja recusada, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias".

Assim, tenho que o indeferimento do pedido em questão não maculou o processo, encontrando-se no âmbito da discricionariedade de que dispõe o magistrado na condução do feito, não se havendo falar em lesão ao princípio da ampla defesa, de maneira que fica rejeitada a preliminar de nulidade, tanto do processo quanto da sentença proferida nos autos.

Por outro lado, mesmo que as declarações de Ariovaldo fossem tidas como verídicas, veremos a seguir, agora abordando especificamente a alegação de "incorreta valoração da prova contida nos autos" (f. 930 e seguintes), que as mesmas não teriam o condão de levar à desclassificação de latrocínio para homicídio, pois as provas produzidas nos autos, em ambas as fases, especialmente sob o crivo do contraditório, levam à conclusão de que a conduta praticada pelo apelante enquadra-se no tipo do artigo 157, § 3º, do Código Penal.

De fato, após notificado o desaparecimento da vítima, instaurou-se inquérito policial para esclarecer crime de homicídio. A guinada ocorreu a partir do dia 20 de outubro de 2014, com a complementação das informações, realizada pela esposa da vítima, Patrícia, como visto acima, no documento de f. 66, onde informa o desaparecimento da maleta.

Patrícia, em Juízo, como se vê da transcrição de f. 644, ao ser indagada se Maximiliano estava portando a maleta naquele dia, afirmou que "(...) Sim, sempre. O Max nunca saiu sem essa maleta, em nenhum negócio que ele fez, ele nunca deixou de levar essa maleta (...)".

Celso Alves de Paiva, pessoa que manteve contato com Maximiliano no dia do desaparecimento, também em Juízo – f. 987 -, afirmou com certeza que naquele dia a vítima portava a referida maleta, descrevendo-a como "uma maleta marrom, de segredo".

Cristiano Monteiro Ramos, irmão da vítima – f. 605 – também afirma que Maximiliano andava sempre com a pasta, a qual "era a vida dele".

Tiago Martins de Souza, inquirido a f. 650/653, que esteve com a vítima na manhã dos fatos, com ela dirigindo-se ao IAGRO para extrair uma nota de gado, à exatoria e também a uma farmácia, afirmou com certeza que Maximiliano portava uma maleta marrom.

E assim há nos autos inúmeros elementos, produzidos sob o crivo do contraditório, deixando claro que a vítima efetivamente portava a maleta no dia em que foi morta. Em sentido contrário apenas a versão do apelante, a qual, entretanto, não encontra eco em nenhum elemento seguro.

Aliás, os documentos de f. 187/197, apesar da dificuldade de visualização, esclarecem que vários cheques que se encontravam no interior da maleta foram sustados por Patrícia, em nome da "Agropecuária Ramos Ltda".

Portanto, a prova dos autos demonstra claramente que tal maleta encontrava-se com a vítima no dia de seu desaparecimento, e como jamais foi localizada, é de se concluir que tenha sido subtraída pelo apelante.

E a razão para a subtração, segundo a denúncia, seria a de livrar-se de vultosa dívida que tinha perante a vítima, supondo que os cheques representativos da mesma estivessem no interior da famigerada maleta.

Ficou provado nos autos, tanto por documentos quanto por declarações em Juízo, que o apelante e a vítima realizavam muitas transações envolvendo gado, sendo que a documentação pertinente (cheques dados como garantia e notas relativas às vendas) era sempre em nome da mãe do apelante, Iolanda Terezinha Azevedo Baez. As últimas três ocorreram nos dias 20.08.2014 (145 vacas), 04.09.2014 (125 novilhas), e mais 18 cabeças, em data não bem esclarecida nos autos. O prazo para pagamento da primeira era 20.10.2014 (representada pelo cheque de R$ 166.250,00 – f. 79), o da segunda era 30.10.2014 (cheque de R$ 191.400,00 – f. 80) e o da terceira não foi delineado nos autos, dívida representada pelo cheque de R$ 20.500,00 (vinte mil e quinhentos reais), que não foi localizado porque, segundo a prova, encontrava-se no interior da maleta subtraída. O assassinato da vítima ocorreu no dia 16.10.2014, data bem próxima dos vencimentos.

A esposa da vítima declarou em Juízo que, na segunda-feira, dia 13 de outubro, portanto, três dias antes dos fatos, o apelante telefonou para a vítima, pedindo que levasse os cheques para Camapuã, e que no dia seguinte o mesmo esteve na fazenda da vítima, e perguntou dos cheques. Afirmou também que, no dia dos fatos, ao saírem, o apelante perguntou se a vítima havia pego a maleta, sendo que a vítima pediu que a mesma fosse colocada no veículo do apelante.

Esses fatos não são negados pelo apelante, pois a f. 575 o mesmo admite que vinha cobrando a entrega dos cheques porque já havia pago a dívida que eles representavam, e com o intuito de provar esse pagamento, trouxe aos autos os comprovantes de depósito bancário de f. 408/411.

A sentença, entretanto, como se vê a f. 894/896, aborda com extrema propriedade tal alegação, rechaçando-a sob os seguintes fundamentos que, pela indiscutível clareza, ora são adotados como razão para decidir. Atente-se:

> (...) Quanto ao suposto pagamento da dívida representativa dos cheques nos valores de R$ 166.250,00, 191.400,00 (f. 79/80) e 20.500,00, emitidos pelo réu em favor da vítima, argumento que o réu utilizou para justificar sua falta de interesse em subtraí-los, o acusado afirmou que tais cheques foram pagos mediante depósito bancário. No entanto, não há coincidência de data e nem de valores nos recibos de depósito constantes de f. 408/411.
>
> Note-se que o primeiro cheque emitido pelo acusado, em favor da vítima, no valor de R$ 166.250,00, estava pós-datado para 20/10/2014 (quatro dias após da morte da vítima) e o segundo, no valor de R$ 191.400,00, estava pós-datado para 30/10/2014 – quatorze dias após a morte da vítima (f. 79/80).

Já nos extratos bancários juntados às f. 408/411, verifica-se que o acusado efetuou o seguintes depósitos em favor da vítima: 1º: 01/09/2014 – valor R$ 68.500,00; 2º: 22/09/2014 – valor R$ 226.100,00; 3º: 10/09/2014 – valor R$ 99.550,00; e 4º: 09/10/2014 – valor R$ 9.550,00.

Veja-se que os depósitos são de datas anteriores ao vencimento desses cheques e em valores totalmente diversos, o que revela não existir relação com os cheques ainda por vencer.

Observe-se também que o depósito de maior valor – R$ 226.100,00 foi efetuado em 22/09/2014, ou seja, quase um mês antes da data prevista para pagamento do primeiro cheque, que estava pós-datado para 20/10/2014, o que também não empresta credibilidade à versão do réu na medida em que é pouco razoável imaginar-se que o réu estaria pagando com tanta antecedência a dívida. Modo especial, quando não se encontrava em boas condições financeiras, pelo contrário, as testemunhas relataram que ele não estava cumprindo com seus negócios nesta cidade. Além do que, como já repisado, os valores não coincidem.

Ressalte-se, ainda, que restou incontroverso nos autos que o acusado e a vítima realizaram diversos negócios. O acusado, como corretor de gado, comprava animais para a vítima e também comprava da vítima. Assim, os depósitos na conta da empresa da qual ela era sócio bem se compatibilizam com transações outras.

Lado outro, as declarações das testemunhas Patrícia Camargo Viafora Ramos (f. 640/649), Cristiano Monteiro Ramos (f. 601/611) e, principalmente, da testemunha Gerson de Moura Silva (f. 620/632), o qual conhecia detalhadamente os negócios da vítima, demonstram que os cheques não haviam sido pagos pelo acusado.

Com efeito, a testemunha Gerson de Moura Silva explicou, um a um, a origem de todos os depósitos feitos pelo acusado em favor da vítima e deixou evidente que os cheques emitidos pelo acusado não foram pagos, inclusive a vítima contava com esses valores para realizar outros negócios, conforme declarações alhures transcritas.

Ademais, a testemunha Gerson de Moura Silva também relatou que Tarciso Ferreira Honório (filho de quem criou o réu desde os 13 anos) comprou da vítima 500 novilhas fêmeas e 173 vacas, pelo preço de transferência de R$ 155.000,00, outra de R$ 200.000,00 e mais 180 bois, sendo que a vítima autorizou que os animais permanecessem por 60 dias em seu pasto para posterior retirada, tendo dito várias vezes ao réu que não devolveria o gado de Tarciso se o acusado não pagasse as transações representadas pelos cheques de R$ 191.400,00 e o cheque de R$ 166.250,00.

As transações entre a vítima e Tarciso Ferreira Honório encontra-se também comprovada pelo extrato do produtor juntado à f. 186, onde consta que a Agropecuária Ramos Ltda (empresa da qual a vítima era sócio), em 17/11/2014 (31 dias após a morte do ofendido), emitiu nota de 699 (seiscentos e noventa e nove) cabeças de gado em favor de Tarciso Ferreira Honório. Tudo isso, a qualificar as palavras da testemunha Gerson.

Assim, induvidoso que a vítima estava na posse dos animais adquiridos por Tarciso Ferreira Honório e, ao dizer ao réu que não entregaria o gado àquele se o acusado não lhe pagasse os cheques, certamente pressionou ainda mais o réu a pagar-lhe os títulos.

Vale destacar que o próprio réu, em seu interrogatório (f. 552/588), qualifica a testemunha Gerson de Moura Silva como conhecedor dos negócios da vítima, afirmando que Gerson é corretor e "fazia bastante tempo que só tirou o Max como seu patrão".

> Portanto, resta induvidoso que os cheques ainda não haviam sido pagos pelo acusado.
>
> Mas, de outro norte, acaso os cheques estivessem quitados (o que não restou comprovado) e a vítima estivesse efetivamente se recusando a devolvê-los, isso não daria ao acusado direito de tentar roubá-los, nem retira da conduta do réu a tipificação que lhe foi imposta.
>
> O que se extrai dos autos é que a intenção do acusado, desde o início, ao usar de violência (disparos de arma de fogo - pistola) contra ofendido, era apoderar-se dos cheques emitidos em favor do mesmo, que estavam prestes a vencer e não possuía condições de quitá-los. Contudo, o que o réu não esperava é que os dois cheques de valor mais elevado não haviam sido colocados dentro da referida maleta, em que pese toda a insistência feita por ele à vítima às vésperas.
>
> Isso talvez explique a razão pela qual, após matar a vítima, ocultar o cadáver e se apoderar da maleta, vendo que não estavam ali todos os cheques, por volta das 18:00 horas, ligou para sua namorada Letícia, pedindo para Patrícia (esposa da vítima) ir até o Posto Angico buscar Maximiliano. Quiçá, numa última tentativa, antes da fuga, de ainda encontrar e se apoderar daquilo que foi sua razão de agir no dia.
>
> Por outro lado, insta salientar uma vez mais que o crime de latrocínio ocorre quando o homicídio se consuma, ainda que o agente não efetive a subtração dos bens da vítima, nos termos da Súmula nº 610, do STF: "Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima."
>
> Resta, pois, inequívoco o desiderato do réu de efetivar o roubo dos cheques, bem como que para o sucesso da empreitada criminosa utilizou-se de uma arma de fogo (pistola), efetuando três disparos fatais contra a vítima Maximiliano Monteiro Ramos, causando-lhe a morte, não havendo, assim, que se falar em desclassificação do crime para homicídio. (*sic*).

Por fim insta destacar que a sentença também rebate com muita proficiência (f. 893) a alegação de que os familiares da vítima teriam inventado a estória da maleta para prejudicar o apelante, ponto no qual também não merece nenhuma reforma por retratar a realidade. Confira-se:

> (...) Ora, a lavratura do B.O. dando conta do sumiço da maleta e a sustação de vários cheques pelos familiares, dois dias apenas após a desocultação do cadáver, ainda sob intenso luto, certamente não podem ser interpretados como procedimentos adotados pelos próximos da vítima visando dar ao fato uma capitulação jurídica específica, diversa de outra que o réu pudesse imaginar ter incorrido!
>
> É surreal se pensar que naquelas dolorosas horas os entes queridos da vítima registraram o desaparecimento da maleta e documentos imaginando que isso poderia submeter o autor do fato (até aquele instante não identificado) a uma reprimenda penal de 20 a 30 anos (latrocínio) ao invés de 6 a 20 anos (Homicídio Simples) ou 12 a 30 anos (Homicídio qualificado). Ou então, de que aquele registro de extravio poderia significar a alteração da competência para julgamento do autor do assassinato, ainda incerto àquela altura.
>
> Isso tudo não tem qualquer fundamento. Modo especial, quando mesmo agora, após quase 900 laudas e muito estudo verifica-se a complexidade dos acontecimentos.
>
> Aquele registro de extravio da maleta da vítima refletiu o absoluto desaparecimento do acessório que continha em seu interior vários documentos e cheques (exceto alguns que

> o réu imaginou estar lá) o que viabilizaria, para os familiares, provavelmente, a tomada dos procedimentos de emissão de segundas vias, sustação de cheques, etc, o que de fato, veio a ocorrer em sequência (...).

Com estes fundamentos, rejeita-se a pretensão desclassificatória para o crime de homicídio.

Das teses de exclusão da culpabilidade - legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa.

A conclusão acima, por si só, esvazia completamente as teses do apelante, de que teria matado em legítima defesa, ou diante de situação de inexigibilidade de conduta diversa.

Mesmo assim, tais causas de exclusão são afastadas por inúmeros outros elementos existentes nos autos, dentre os quais destaco apenas os principais.

Veja-se que o apelante alega que matou para defender-se porque a vítima teria ficado furiosa, desferindo-lhe um soco e partindo para o ataque com um pedaço de pau, após saber, pelo próprio apelante, que este havia mantido relacionamento amoroso com Adila de Oliveira Simões, pessoa que tinha sido amante da vítima.

Primeiramente é de se destacar que o apelante não trouxe aos autos nenhum indício no sentido de que tivesse mantido qualquer relacionamento com Adila. Depois, esta, como se vê a f. 589/590, em Juízo, nega com veemência ter mantido qualquer relacionamento com ele.

Neste tópico, mais uma vez, valho-me da bem lançada sentença que, analisando a prova técnica, os depoimentos das testemunhas e captando as nuances do comportamento humano diante de tal situação, não permite qualquer outra conclusão.

Veja-se que a f. 877/878, após transcrever a negativa de Adila, refere que "(...) As palavras desta testemunha, o fato de nenhuma outra ao longo do processo confirmar o envolvimento amoroso de Thiago com ela, desacreditam que o réu seria capaz de fazer afirmação tão ofensiva quanto falsa à vítima, provocando a fúria do amigo (já havia convite da vítima ao réu para irem à praia com suas companheiras) sabidamente truculento e ciumento, em ocasião tão imprópria, já que o acusado, em seu interrogatório, relatou que a vítima saiu nervoso, irritado, pouco antes, da propriedade do Sr. Obregon, por não ter conseguido fechar a compra do gado (...)".

E ao confrontar as declarações do apelante com a prova técnica (f. 879/880), asseverou que:

> (...) O acusado, em seu interrogatório, declarou que efetuou os três disparos seguidos, de pistola automática, contra a vítima, o que se mostra incompatível com as lesões identificadas no cadáver. O laudo de exame de corpo de delito – necroscópico (f. 114/121), comprova que a vítima apresentava as seguintes lesões: "ferimento perfuro contuso compatível com lesão de entrada de projétil de arma de fogo na região occipitoparietal direita;" "ferimento perfuro contuso compatível com lesão de entrada de projétil de arma de fogo na região da goteiras costovertebrais a esquerda; 3) "ferimento perfuro contuso compatível com lesão de entrada de projétil de arma de fogo na região clavicular direita;"
>
> Vê-se, pois, que a vítima apresentava lesões com orifício de entrada frontal e também na região das costas, o que demonstra que a versão apresentada pelo réu de que disparou quando a vítima estava se levantando e indo em sua direção com um pedaço de pau na mão é indigna de crédito. Assim como a afirmação de que os disparos foram instantâneos (ação característica de quem se defende), na medida em que, ou houve intervalo de tempo entre os disparos para que a vítima mudasse de posição em relação ao réu, ou para que este se movimentasse em torno da vítima. Outrossim, reforça a certeza de que os disparos não foram sequenciais o fato de que a testemunha Elizando, à distância, pôde contar o número de tiros efetuados.

> Ademais, restou apurado nos autos que o acusado, após praticar o fato, esteve numa loja de materiais de construção para comprar uma pá e um enxadão (f. 38/39) e, posteriormente, num posto de combustível -Posto Angico- (f. 687/696). Todavia, não trouxe aos autos qualquer testemunha que o tivesse visto machucado, com qualquer hematoma ou outro sinal de agressão momentos após o fato, embora tenha dito em seu interrogatório que até recentemente sente dores no dente/boca em razão da lesão provocada pela vítima (...)

E para sacramentar as conclusões, a f. 880 a sentença destaca que:

> (...) Há, no entanto, outro dado importante a sinalar que a ação do réu não se coaduna com aquela ordinariamente praticada por quem age para se defender. Qual seja, o agir pós fato. É do instinto humano a certeza de que a reação em defesa é legítima. Legal. Aceitável. Portanto, pouco crível imaginar que o réu, pessoa desenvolta, articulada, se tivesse matado efetivamente em legítima defesa julgaria necessário esconder o corpo da vítima. Seu comportamento seria outro. O de colaboração. De franqueza. De apresentação da arma. De indicação do local dos fatos e da localização do corpo da vítima. De comparecimento imediato ou após poucos dias diante das autoridades visando o esclarecimento do ocorrido. Sem evasão tão prolongada em país diverso. Sem abandono de veículo. Sem destruição de provas (roupas, armas). Sem mensagens e telefonemas por muitas horas insinuando que a vítima continuava viva. Portanto, não se há falar em legítima defesa. Tampouco, de que não se poderia exigir do réu conduta diversa (...)

Trata-se de conclusões irrefutáveis, a justificar, sem qualquer dúvida, a rejeição das teses defensivas e, assim, confirmar a condenação do apelante Thiago Baez de Arruda pela prática dos crimes capitulados nos artigos 157, § 3º e 211, do Código Penal.

Da pena-base.

O apelo pugna pela redução da pena-base, sustentando má valoração das circunstâncias judiciais, elencadas no artigo 59, do Código Penal.

A sentença, a partir de f. 897, passa a dosar a sanção relativa aos dois delitos, considerando desfavoráveis ao apelante, quanto a ambos os crimes, os vetoriais personalidade, circunstâncias e consequências. Apenas em relação ao latrocínio considera negativa a culpabilidade, e apenas em relação à ocultação do cadáver, os motivos do crime.

No que toca à moduladora da culpabilidade, é considerada desfavorável apenas no que toca ao latrocínio - f. 897 - "uma vez que conhecia bem a vítima, eram amigos, tendo conhecimento prévio que levava sua maleta por todos os lugares, contendo cheques e outros pertences, o que resultou na prática de uma ação premeditada, intensificando a censura no seu modo de agir".

Como se vê, ao contrário do que entende a defesa, a sentença não firma juízo negativo da moduladora com base apenas na premeditação, mas sim, e principalmente, no fato de o apelante conhecer bem e ser amigo da vítima.

De fato, os autos mostram que havia entre ambos amizade de longa data, e de contornos profundos, tanto que realizavam vários negócios em comum, visitavam-se mutuamente, inclusive havia convite formulado pela vítima para ambas as famílias passarem uma temporada na praia.

Sem dúvida essa proximidade facilitou a conduta do apelante, de forma a tornar mais elevada a censurabilidade da atitude, o grau de reprovabilidade social da ação, a justificar a exasperação da sanção imposta pelo latrocínio por conta dessa circunstância judicial, acréscimo ora mantido.

É esse o entendimento do STJ (ementa reduzida ao ponto discutido):

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. LAÇOS DE AMIZADE ENTRE A AUTORA E A FAMÍLIA DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. (...). 1. O fato de a acusada possuir laços de amizade com a vítima e seus familiares autoriza a exasperação da pena-base, pois evidencia conduta mais censurável da ré que agiu mediante abuso de confiança 2. (...). (STJ; AgRg-HC 363.812; Proc. 2016/0192479-0; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 17/04/2017).

A sentença considerou desfavorável também a personalidade do agente, quanto aos dois crimes, qualificando-a como "dotada de acentuada periculosidade" porque o apelante "possuía duas pistolas, calibre 9mm, uma foi utilizada na prática do crime, outra apreendida em sua residência, além de um total de 185 munições, de quatro calibres diferentes. Tudo a revelar, aliada à frieza com que praticou os delitos, que o acusado possui personalidade negativa, dotada de acentuada periculosidade".

A circunstância judicial da personalidade pode e deve ser analisada à luz de vários elementos de prova contidos nos autos, já que consta expressamente do rol do artigo 59 do Código Penal. A exigência de laudo técnico, ou mesmo de qualquer outro estudo mais aprofundado (que jamais virá aos autos de qualquer ação penal), ignora, por completo, o princípio da persuasão racional acerca dos elementos de prova, que vigora em nosso sistema. Daí o STJ ter estabelecido como critérios passíveis de aferição da personalidade negativa "... a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito...." (STJ – HC 89321/MS – relª. Min. Laurita Vaz – Dje 06/04/2009).

E a presença de tais atributos somente pode e deve ser aferida com base nos elementos de prova dispostos nos autos, caso contrário esse vetorial tranformar-se-á em letra morta no texto legal, o que é inadmissível.

É de se ver que na fundamentação adotada pela sentença encontra-se elementos que não podem ser considerados na análise da estrutura da personalidade porque caracterizam outros crimes, pelos quais, obrigatoriamente, o apelante terá que responder, como é o caso do porte de armas e de munição. Estes elementos, portanto, ora são excluídos da análise a ser realizada na primeira fase da dosimetria.

Lado outro, razão com a sentença ao considerar desfavorável a personalidade por conta da extrema frieza empregada para a prática dos crimes, pois sabendo que o vitimado era pessoa explosiva, reconhecidamente temperamental e nervosa, preparou todo um cenário e, de surpresa, executou um amigo de longa data, com três tiros, um deles pelas costas. Na sequência, colocou o corpo em seu veículo, conduzindo-o até um local apropriado para a ocultação e retornou tranquilamente à sede do sítio, onde ludibriou seu empregado, dizendo ter atirado em um lobinho. Dali dirigiu-se à cidade, onde tomou banho, foi a um estabelecimento comercial onde adquiriu ferramentas adequadas para cavar, e retornou ao local para enterrar o corpo.

A frieza na execução de um crime, e também nas atitudes imediatamente posteriores, é traço negativo da personalidade, conforme reiteradamente vêm decidindo os Tribunais, em especial o STJ, como se vê pela seguinte, do final do ano recém findo:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. (...) 4. Quanto à personalidade dos pacientes, as instâncias ordinárias, com base na persuasão racional acerca dos elementos de prova dos autos, concluíram que os réus agiram com extrema frieza, com intenso uso de violência,

> meio ao consumo de álcool e drogas. Trata-se de fundamentação suficiente para justificar aumento da pena-base. (...). (STJ; HC 325.306; Proc. 2015/0126215-1; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 12/12/2016).

O exemplo seguinte muito bem se encaixa na situação dos autos, onde a vítima, tal qual aqui, era pessoa próxima, com laços de amizade e negócios em comum com o acusado. A frieza na execução do crime, como não poderia deixar de ser, foi elevada à condição de possibilitar juízo negativo da personalidade. Confira-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ARTIGO 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL. DEFESA QUE PUGNA PELA REVISÃO DA PENA APLICADA EM 18 (DEZOITO) ANOS DE RECLUSÃO. (...). **vítima ser menor de idade, cúmplice do apelante na prática de crimes e pessoa de relacionamento próximo que podem ser utilizadas como personalidade negativa, a fim de se majorar a pena-base. Circunstâncias que demonstram a frieza da personalidade do agente que, mesmo tendo tido um relacionamento próximo com a vítima, que, ademais, era sua cúmplice e menor de idade, não hesitou em ceifar sua vida.** (...). (TJRJ; APL 0001259-97.2014.8.19.0078; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Antonio Carlos Nascimento Amado; Julg. 10/05/2016; DORJ 30/05/2016). (Destaquei e reduzi ao necessário).

Este Egrégio Sodalício também reconhece que a frieza empregada para a prática do delito deve incrementar a pena-base. No exemplo, tal fato foi sopesado na análise da culpabilidade, o que não significa que, não o tendo sido naquela, possa ser considerada no exame da personalidade. Atente-se (sem grifo na fonte e reduzida):

> APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. (...). REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTADAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REFUTADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. (...). 4. Para a incidir a circunstância judicial da ‘’culpabilidade’’ na formação da pena-base, deve ficar delimitado que ela somente pode ser considerada quando a conduta do agente se mostrar exacerbada ou censurável. A frieza, premeditação as quais revelem maior intensidade no modo de agir do agente (intensidade maior no dolo) são elementos que devem ser analisados e sopesados pelo julgador, como o caso dos autos. (TJMS; APL 0030551-04.2010.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 27/09/2016; Pág. 75).

Ademais, as atitudes do apelante não denotaram apenas frieza, mas também agressividade, insensibilidade acentuada, maldade, ambição e desonestidade (estas últimas porque - não se esqueça - o móvel dos crimes foi a vontade de livrar-se de vultosa dívida).

Impositivo, portanto, concluir-se que a personalidade do apelante, na prática dos crimes sob análise, demonstrou-se dotada de severos traços de frieza na execução e logo após a prática dos crimes, agressividade, insensibilidade acentuada, maldade, ambição e desonestidade, tudo a justificar o recrudescimento da pena-base no vetor personalidade do agente, tal como reconhecido pela sentença, em relação a ambos os delitos.

No que toca aos motivos, foram considerados desfavoráveis apenas em relação ao crime de ocultação do cadáver, e isto porque “visou esconder o crime anterior, buscando a impunidade” (f. 898).

Tal fundamento não se sustenta, pois em casos como o dos autos, em que o apelante foi condenado pela ocultação de cadáver, crime autônomo, a ocultação é elemento constitutivo do tipo, não podendo ser considerada como forma de agravamento (art. 61, II, “b”, do Código Penal) nem como meio de exasperação da pena-base (TJSP, HC 88.733, j. 17.10.2006), de forma que o acréscimo daí decorrente na pena relativa ao crime do artigo 211 deve ser suprimido.

Outra moduladora considerada desfavorável foi a das circunstâncias dos dois crimes, e a fundamentação refere-se ao fato de que "elegeu um local ermo para a prática do fato, retirando as pessoas (funcionários) do local, o que lhe proporcionou tempo para decidir o que fazer com o corpo e evadir-se do distrito da culpa. Além disso, foi sagaz ao manter tranquila a esposa da vítima, durante o dia todo, crente de que tudo estava bem, permitindo realizar seu intento delitivo desapressadamente". (f. 898).

De fato, ficou provado que o apelante determinou às pessoas que se encontravam no sítio que se retirassem do local, destacando-as para tarefas distantes, para facilitar o intento criminoso.

E também ficou provado que logo após executar a vítima, passou a telefonar para a esposa da mesma, dizendo que tudo estava bem com eles, o que fez por várias horas, praticamente o dia todo. Na sequência tentou atrair a esposa da vítima para outro local, um posto de combustível na estrada, pretendendo dar continuidade ao intento de apossar-se dos cheques representativos da dívida, os quais imaginava que estariam no interior da maleta desaparecida.

Trata-se, sem dúvida, de fundamentação idônea, pois traduz presença de elementos periféricos aos fatos principais, que justificam acréscimo da sanção em sua primeira fase no campo do vetorial sob análise.

Por fim tem-se a f. 898 os fundamentos empregados para recrudescer a pena-base por conta das consequências dos crimes, as quais, em relação ao latrocínio foram consideradas desabonadoras porque "do fato resultou a orfandade de duas filhas adolescentes da vítima, ao passo que o réu também privará seus pequenos filhos de seu convívio e afeto pelos vários anos de prisão".

Como se sabe, as consequências dos crimes em que resulta morte são os reflexos da conduta do agente na vida das pessoas próximas à vítima. No caso do latrocínio, é indiscutível que o tipo penal já abarca consequências inerentes ao próprio núcleo do fato típico. Entretanto, o princípio da individualização da pena exige que cada situação seja considerada de forma distinta, pois há casos em que as consequências extrapolam a normalidade prevista pela norma. Assim, tem-se como impossível deixar de considerar mais gravosa a conduta de quem, com seu ato violento, deixa dois adolescentes órfãos de pai.

É nesse sentido que reiteradamente decide o STJ. Atente-se (destaquei e reduzi ao necessário):

> *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO SIMPLES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL TOTAL DE 8 ANOS E DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS E DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, POIS LASTREADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. PENA-BASE MANTIDA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). Do mesmo modo, mostra-se válido o aumento da pena-base em razão das consequências do crime, consideradas em desfavor do paciente diante do fato de a vítima ter deixado filhos órfãos, fato que desborda dos elementos inerentes ao delito. Precedentes. (...). (STJ; HC 375.038; Proc. 2016/0272724-3; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 14/12/2016).

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVADAS. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS RELATIVOS AO CASO CONCRETO. IDONEIDADE CONSTATADA.

> 1. A decisão agravada está na mais absoluta consonância com a jurisprudência desta corte superior, quanto à necessidade de se colacionar fundamentos inerentes ao caso concreto para justificar a exasperação da pena-base. 2. Quanto à culpabilidade, o ato de desferir três tiros à queima-roupa contra a vítima detona a acentuada reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente. 3. O paciente agiu com extrema violência contra o ofendido, que foi agredido fisicamente e alvejado à queima-roupa por duas vezes, por ser policial militar. (...) inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o *quantum* de aumento a ser implementado na pena-base fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz. (HC n. 241.092/ms, ministra laurita vaz, quinta turma, dje 29/8/2014). 4. No que se refere à conduta social, o anunciado costume do agravante de andar armado se revela suficiente para justificar a negativação concebida a esta circunstância, notadamente por demonstrar de forma concreta o seu comportamento no meio social em que vive. 5. A conduta social deve ser entendida como o comportamento do agente em seu meio social, familiar, ou profissional, nisso não interferindo a priori sua vivência delitiva. (HC n. 31.218/mg, ministro nefi Cordeiro, sexta turma, dje 4/12/2014). 6. Em relação às consequências do crime, qual seja, ter deixado a vítima filhos órfãos, pode sim ser valorado de forma negativa, haja vista tal componente não ser elemento inerente ao tipo penal do homicídio. 7. As consequências do crime são especialmente mais danosas quando o homicídio enseja o desamparo de filhos menores. Precedentes. No caso, a vítima deixou 3 filhos órfãos, sendo que o menor possuía 12 anos de idade ao tempo do fato. (HC n. 290.996/RS, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, dje 1º/8/2016). 8. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-REsp 1.616.691; Proc. 2016/0195786-1; TO; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 18/11/2016).

Ademais, é correto entender-se que a conduta praticada também prejudica de forma expressiva os filhos menores do apelante, de maneira que não há como afastar o juízo negativo da moduladora das consequências em relação ao crime de latrocínio.

Já em relação à ocultação do cadáver, ao considerar como desfavorável o cotejo "da angústia versus esperança vivida pela família da vítima desde seu desaparecimento até a localização do corpo, lapso que perdurou em torno de dois dias", a sentença não se houve com a mesma diligência. Pois o crime de ocultação de cadáver é classificado como permanente, ou seja, sua consumação prolonga-se no tempo, subsistindo até o cadáver ser descoberto (STJ: REsp 900.509-PR, 5ª T., rel. Min. Félix Fischer, 26.06.2007), de maneira que o fato não pode ser empregado para exasperar a pena-base. Assim, neste ponto, impositivo o decote do acréscimo decorrente desta moduladora.

Portanto, após a análise das circunstâncias judiciais, impõe-se o redimensionamento da pena-base exclusivamente em relação ao crime de ocultação de cadáver, que teve afastado o juízo negativo dos vetoriais motivos e consequências do crime.

Assim, como a sentença, por quatro circunstâncias desfavoráveis, estabeleceu a pena-base de tal delito em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, seis meses acima do mínimo, e 20 (vinte) dias-multa, 10 (dez) acima do mínimo, com a exclusão de duas, a pena-base resta fixada em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

No que toca ao crime de latrocínio, ainda que não se tenha excluído o juízo negativo de nenhuma das quatro circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, impende que se faça algumas considerações relativas à proporcionalidade das sanções impostas, que foram de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa.

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade por parte do juiz, já que o Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para tanto, conforme decidiu o STJ no HC 107.409/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, un. , j. 10.4.2012, DJe-091, 09.5.2012. Trata-se de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, analisados à luz do

princípio do livre convencimento motivado do julgador. Ao magistrado cabe ainda considerar os princípios da necessidade e da eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código Penal, em especial a gravidade dos fatos e suas consequências e a repercussão na comunidade.

Primeiramente, no que toca à pena privativa de liberdade, salutar que se diga não ter ocorrido nenhum exagero da sentença em acrescer 01 (um) ano de reclusão em decorrência de cada circunstância judicial considerada desfavorável, operação que não atenta contra o princípio da proporcionalidade porque a pena mínima prevista para tal crime é de 20 (vinte) anos de reclusão. Ademais, no caso dos autos, não se tem dúvida de que a gravidade dos fatos e suas consequências e a repercussão na comunidade foram bem sopesados, e a sanção fixada atende ao critério da retributividade, não representando qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, no que toca à pena pecuniária, estabelecida em 80 (oitenta) dias-multa, o critério da proporcionalidade não foi corretamente observado, pois o mínimo previsto é de 10 (dez) dias-multa, de forma que cada moduladora desfavorável recebeu carga de 17 (dezessete) dias-multa.

É indiscutível que ao fixar a pena de multa deve-se atentar a que o número de dias-multa deve guardar proporcionalidade com o *quantum* da pena privativa de liberdade estabelecida, enquanto o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com as condições econômicas do condenado.

Assim, no caso dos autos, cada uma das quatro moduladoras desfavoráveis deve receber carga de 03(três) dias-multa, de maneira que a sanção pecuniária, para atender ao princípio da proporcionalidade, deve ser fixada em 22 (vinte e dois) dias-multa.

No que toca ao valor do dia-multa, como a sentença o estabeleceu em 1/30 do salário mínimo, que é o menor possível, não pode ser alterado porque assim estar-se-ia agravando a situação do réu.

De tal forma, a pena-base relativa ao crime de latrocínio resta fixada em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa.

Da confissão espontânea.

O apelante pleiteia o reconhecimento da confissão espontânea também em relação ao delito de latrocínio, argumentando que a admissão da prática do delito, mesmo agregada a uma tese exculpante, a chamada confissão qualificada, possibilita o reconhecimento da atenuante.

A confissão qualificada é aquela em que o agente confirma os fatos imputados contra si mas alega causa dirimente ou justificativa exculpante.

Conforme pacífico entendimento esposado pelo STJ, matéria inclusive sumulada (Súmula/STJ 545), ela somente configura a atenuante prevista pelo art. 65, inciso III, "d", do Código Penal quando tiver sido empregada para fundamentar o decreto condenatório. Confira-se:

> CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA DURANTE A INSTRUÇÃO NÃO SOPESADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E SUA COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA INCABÍVEIS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. **Pacífico é o entendimento desta Corte no sentido de que a atenuante de confissão**

> **espontânea deve ser reconhecida na segunda fase da dosimetria da pena, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando tal manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação. Quanto ao tema, a Súmula/STJ 545 dispõe que "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal". 3. Conforme a dicção do entendimento sumular supramencionado, a atenuante da confissão espontânea somente deverá ser reconhecida quando a manifestação do réu concorrer para a formação do juízo condenatório, o que não se infere na hipótese dos autos. Precedentes. 4. Hipótese na qual o réu negou a autoria delitiva em juízo, tendo o Magistrado processante amparado a sua convicção condenatória em outros elementos probatórios produzidos nos autos, sem ter sequer mencionado a manifestação extrajudicial do réu no bojo da sentença, não havendo falar em reconhecimento da pretendida atenuante e, por consectário, em sua compensação, ainda que parcial, com a agravante da reincidência**. 5. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ; HC 347.494; Proc. 2016/0016480-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 01/02/2017). Destaquei.

A análise da sentença, prolatada a f. 870/900, não deixa dúvida de que, em momento algum essa confissão foi empregada como fundamento para embasar o decreto condenatório. Aliás, tal era absolutamente desnecessário diante de todas as circunstâncias e provas apuradas, que não permitiram qualquer dúvida acerca da autoria ou mesmo da forma com que os fatos sucederam.

Ademais, ela sequer pode ser considerada confissão para os fins legais, não passando de mera admissão da prática de um fato que, diante das circunstâncias, era impossível de ser negado, ou mesmo de ter a autoria atribuída a qualquer outra pessoa. Quando é assim e, ademais, não é empregada (até mesmo por ser desnecessário) para fundamentar o decreto condenatório, não configura a atenuante do art. 65, inciso III, "d", do Código Penal, ficando rejeitada a pretensão.

Atenuante inominada – Art. 66, do Código Penal.

De ofício, lado outro, reconheço a presença de uma atenuante inominada, a qual hei por bem aplicar, diante da previsão contida no artigo 66, do Código Penal, pelo qual "a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei".

Trata-se do fato de ter-se apresentado voluntariamente, mesmo depois de ter fugido para o Paraguai, onde permaneceu por vários dias. Como se sabe, é comum criminosos buscarem abrigo no exterior, e lá permanecerem por longos anos, não raro até para sempre, sem prestarem contas de seus atos à justiça.

O apelante, que ao Paraguai conseguiu chegar no mesmo dia dos fatos, tendo a prisão preventiva decretada, optou, voluntariamente, por retornar e responder pelos seus atos, fato que deve ser levado em consideração por conta do disposto pelo artigo 66, do Código Penal.

Acerca de tal circunstância confira-se lição de Guilherme de Souza Nucci, "Código Penal Comentado", 14ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 476:

> 88 - Atenuante inominada: trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei. Alguns a chamam de atenuante da clemência, pois o magistrado pode, especialmente o juiz leigo no Tribunal do Júri, levar em consideração a indulgência para acolhê-la.

Reconhecendo, pois, o fato aludido como circunstância atenuante inominada, com fundamento no artigo 66, do Código Penal, na segunda fase da dosimetria reduzo a pena aplicada ao latrocínio em 01 (um) ano de reclusão e 02 (dois) dias-multa, fixando-a, portanto, em 23 (vinte e três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, e em 01 (um) mês de reclusão e 02 (dois) dias-multa em relação à ocultação de cadáver, de maneira que esta é fixada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Considerando a confissão espontânea reconhecida em primeira instância em relação à ocultação de cadáver, a pena relativa a este delito permanece no patamar mínimo, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, diante do princípio da reserva legal, que impede a condução da pena para aquém do mínimo legal.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Thiago Baez de Arruda para reduzir a pena relativa ao crime de latrocínio (art. 157, § 3º, do Código Penal), para 23 (vinte e três) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, e a da ocultação de cadáver (artigo 211, do Código Penal), para 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, de forma que a sanção torna-se definitiva em 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário mínimo da época, devidamente corrigido.

Prevalecendo este, oficie-se ao Juízo da Execução Criminal comunicando a alteração da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, 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. Jairo Roberto de Quadros e Des. Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 11 de maio de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0006290-28.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIME DE FRAUDE PROCESSUAL (ART. 347 DO CP) – REJEIÇÃO PARCIAL DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – CONDUTA ATÍPICA – EXERCÍCIO DE AUTODEFESA – DECISÃO CONFIRMADA – REPRESENTAÇÃO PELA PRISÃO PREVENTIVA – EXCEPCIONALIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR INDEMONSTRADA – DESPROVIMENTO.

Ainda que excepcional, a rejeição da denúncia por falta de justa causa é plenamente possível quando aferível, de plano, que o fato imputado ao agente é atípico. O fato de o acusado mentir ou omitir-se sobre os fatos a si imputados, ainda que antiético, é amparado pelo direito à autodefesa, de maneira que não se enquadra no tipo do artigo 347 do Código Penal a conduta do acusado que, auxiliado por colegas, troca de roupas e afirma que no momento dos crimes analisados estaria trajado com a farda completa da corporação a que serve.

Indemonstrado, de forma inequívoca, o risco concreto que a liberdade do agente implicará à ordem pública, à conveniência da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, diante da excepcionalidade de que o ato se reveste, impossível o decreto de prisão preventiva.

Recurso a que, contra o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2° Vogal (Des. Luiz Claudio Bonassini), vencido o relator (Des. Dorival Moreira dos Santos).

Campo Grande, 18 de maio de 2017.

Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que concedeu a liberdade provisória e rejeitou parcialmente a denúncia oferecida em face do acusado Ricardo Hyun Su Moon, sob o fundamento de inexistência de justa causa.

Nas razões de fls. 03-17, pugna pelo recebimento da denúncia como incurso nas penas do art. 347, do Código Penal, bem como seja decretada a prisão preventiva do recorrido.

Contrarrazões as fls.1148-1181, combatendo as argumentações do recorrente, pugnando pela manutenção integral da decisão.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 1196-1217, pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que concedeu a liberdade provisória e rejeitou parcialmente a denúncia oferecida em face do acusado Ricardo Hyun Su Moon, sob o fundamento de inexistência de justa causa.

Nas razões de fls. 03-17, pugna pelo recebimento da denúncia como incurso nas penas do art. 347, do Código Penal, bem como seja decretada a prisão preventiva do recorrido.

Rejeição parcial da denúncia

O magistrado singular rejeitou parcialmente a denúncia nos termos do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal, por ausência de justa causa, asseverando que o delito de fraude processual não se aplica a investigados em processo penal, além do que a Constituição Federal assegura direito fundamental de declarar o que bem entender em sua defesa, senão vejamos:

> (...) 1.2 Da acusação de prática de crime de fraude processual
>
> Na denúncia, o Ministério Público Estadual atribui ao denunciado, ainda, a prática do delito de fraude processual, da seguinte forma:
>
> Dos fatos apurados, verifica-se também a ocorrência do crime de fraude processual, praticado pelo denunciado Ricardo que, ajudado por terceiras pessoas, inovou artificiosamente o estado de coisa e pessoa a fim de induzir a erro o juízo, e visando produzir efeitos favoráveis a si próprio em eventual processo penal que fosse iniciado. Afinal, Ricardo, maliciosamente, prestou declarações falsas quando afirmou que no momento em que se deram os fatos ora apurados (homicídios consumado e tentados) trajava o uniforme completo da Instituição em que é lotado. Inclusive, suas condutas artificiosas e maliciosas foram corroboradas pelos demais agentes da PRF e Polícia Militar que estiveram no local dos fatos. Contudo, suas declarações se mostram falsas em razão das provas materiais acostadas aos autos, em especial, as fotos veiculadas na mídia e o vídeo gravado por testemunhas, em que Ricardo foi filmado trajando camisa listrada.
>
> Em síntese, a narrativa fática que leva o *Parquet* a concluir que o denunciado praticou o crime de fraude processual seria porque teria declarado à autoridade policial, em seu interrogatório, que, no momento dos disparos, estava a trajar farda completa, sendo que essa afirmação, em confronto com outros depoimentos e filmagens, demonstra que teria mentido porque trajava, na verdade, uma camisa listrada.
>
> Primeiramente, observo que, em seu interrogatório, o denunciado declarou: '(...) que o interrogando afirma que estava trajando a farda da Polícia Rodoviária Federal, com uma camiseta listrada por cima (...)' – f. 10
>
> Assim, *prima facie*, não parece ter mentido que usava farda no momento dos disparos. De qualquer forma, ainda que tivesse dito que trajava farda completa no momento, a Constituição Federal assegura o direito fundamental de o investigado ou

> acusado permanecer em silêncio ou, se resolver se pronunciar, declarar o que bem entender em sua defesa, de sorte que não há previsão, em nosso ordenamento jurídico, de sanção penal por "perjúrio".
>
> Por essa razão, o crime de fraude processual, atribuído pelo Ministério Público ao denunciado, não se aplica a investigados em processo penal, mas a outras pessoas que praticam inovação artificiosa do estado, lugar, de coisa ou pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito. Em outras palavras: não se trata de crime que pode ser atribuído ao próprio acusado.
>
> Nesse sentido, leciona o processualista Guilherme Nucci:
>
> Autodefesa do acusado: cremos fazer parte do direito de autodefesa do réu a inovação de certas coisas (como a modificação das características da arma utilizada para o homicídio, por exemplo, para não ser apreendida), de determinados lugares (a arrumação da casa, lavando-se manchas de sangue, após o cometimento do delito) ou de pessoas (buscar alterar a própria feição para não ser reconhecido). O crime destina-se, portanto, àquele que não é réu, diretamente envolvido no processo, mas busca alterar o estado de coisa, lugar ou pessoa para levar a erro o magistrado ou o perito. (...)[1]
>
> Assim, insta observar que, a rigor, deve ser apurada a conduta daqueles agentes que, em tese, compareceram ao local e não adotaram as providências legais, tais como isolar o local, recolher imediatamente a arma do crime, custodiar de pronto aquele que se encontra em situação de flagrância etc.(...) (fls.765-778)

A justa causa está ligada à existência de um mínimo suporte probatório para que o Juiz receba a peça acusatória, sob pena de se admitir a instauração de ação penal temerária, em desrespeito ao princípio da presunção da inocência.

Sobre a justa causa para a ação penal, elucida o autor Julio Fabbrini Mirabete: "É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova para que a ação penal tenha condições de viabilidade, caso contrário não há justa causa para o processo. Só há legitimação para agir no processo penal condenatório quando existir o fumus boni iuris que ampare a imputação. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e autoria, para que se opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando a simples versão dada pelo ofendido." (*Op. Cit*., p. 101)

Existem elementos suficientes para recebimento integral da denúncia.

> O crime de fraude processual está previsto no artigo 347, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual:
>
> Art. 347 - Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:
>
> Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.
>
> Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

O tipo penal consiste em modificar, alterar, transformar materialmente o estado de lugar, coisa ou pessoa, com o propósito de induzir o juiz o perito a erro. Caso a ação criminosa tenha por fim produzir

1 NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado.** Versão compacta. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.129.

efeito em processo penal, o delito se configura antes mesmo de sua instauração e enseja a aplicação da causa de aumento, prevista no parágrafo único do referido dispositivo legal.

Cuida-se de crime comum e formal, que não exige para a sua consumação o efetivo erro do juiz ou do perito, bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a induzi-los a erro; por isso, pode ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo, inclusive pelas partes (réu ou Ministério Público).

Extrai-se da denúncia e dos documentos que instruem o inquérito policial, que ao recorrido foi imputada a prática do artigo 347, parágrafo único, do Código Penal, pois teria, em tese, sido ajudado por terceiras pessoas e inovado artificiosamente o estado de coisa e pessoa a fim de induzir a erro o juízo, e visando produzir efeitos favoráveis a si próprio em eventual processo penal que fosse iniciado. Aduz a peça acusatória que o réu, maliciosamente, prestou declarações falsas quando afirmou que no momento em que se deram os fatos apurados (homicídios consumado e tentados) trajava o uniforme completo da Instituição em que é lotado, cujas condutas artificiosas e maliciosas teriam sido corroboradas pelos demais agentes da PRF e Polícia Militar que estiveram no local dos fatos.

Ao contrário do que fundamentou o d. Magistrado, o delito prescrito no artigo 347, do Código Penal, conforme já mencionado, pode ser aplicado quando o engodo ou a malícia decorre nas investigações criminais, portanto no processo penal.

Esse é o entendimento da doutrina:

> Prevê o artigo 347, em seu parágrafo único, a fraude no processo penal: "Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro."
>
> A conduta incriminadora é idêntica à da modalidade prevista no caput do dispositivo, divergindo desta quanto à espécie do processo. Não é necessário, porém, que se tenha iniciado o processo penal; é possível a prática do crime a partir do início das investigações para a apuração do ilícito, mesmo que não se tenha instaurado formalmente o inquérito policial.[2]

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. **FRAUDE PROCESSUAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE.** REVOLVIMENTO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.
>
> RECURSO DESPROVIDO.
>
> I - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como desta eg. Corte, há muito já se firmou no sentido de que o trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre no caso (precedentes do STF e do STJ).
>
> II - A denúncia deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório, ou seja, com lastro probatório mínimo apto a demonstrar, ainda que de modo indiciário, a

2 Mirabete, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.** volume 3: parte especial, arts. 235 a 361 dp CP. 2010, p.396.

> efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um suporte legitimador que revele de modo satisfatório e consistente, a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de autoria do crime, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a imputação penal destituída de base empírica idônea o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da persecutio criminis in iudicio.
>
> **III - Para a caracterização do delito de fraude processual, especificamente em relação à conduta descrita no parágrafo único do art. 347 do CP, é despicienda a existência de um procedimento previamente instaurado, diferentemente da conduta prevista no caput do mesmo preceito de regência, o qual veda a inovação artificiosa "na pendência de processo civil ou administrativo [...] com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito". (Precedentes).**
>
> IV - Não se pode discutir a ausência de justa causa para a propositura da ação penal, em sede de *habeas corpus*, se necessário um minucioso exame do conjunto fático-probatório em que sucedeu a infração (precedentes). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal, sendo por demais prematura a pretensão de seu trancamento, por alegada negativa de autoria (precedentes do STF e do STJ).
>
> Recurso ordinário desprovido. (RHC 53.491/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 27/11/2015)" (destaquei)

No que concerne à fundamentação extraída da decisão impugnada, qual seja, autodefesa do recorrido, que ao prestar o seu interrogatório estaria em dissonância com a realidade dos fatos, tenho que a afirmação do magistrado *a quo* seja prematura, uma vez que a instrução processual criminal é que determinará a ocorrência ou não da prática do delito.

Sem adentrar o mérito da realização do crime de fraude processual pelo recorrido, uma vez que incabível na análise do presente recurso, tenho que os indícios de autoria e materialidade encontram-se presentes, uma vez que foi em razão da dita prática delitiva, fraude processual, que o juiz *a quo* fundamentou o decreto da prisão preventiva do recorrido, fls. 263-277 e também se instaurou sindicância em relação aos policiais que atenderam a ocorrência, os quais afirmaram na delegacia que o recorrido estaria trajando farda da Polícia Rodoviária Federal, quando da dita prática delitiva, depoimento de fl. 33, fato esse que seria incompatível com a realidade dos fatos.

Portanto, reunindo o mínimo de elementos de prova a amparar a acusação e não havendo, no meu entendimento, motivos para o trancamento de ação penal, uma vez que não restou demonstrada a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade, o prosseguimento da ação penal é medida mais correta.

Nesse sentido o julgado:

> PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FRAUDE PROCESSUAL. NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCISA. VALIDADE.
>
> TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

> 1. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
>
> 2. "O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o entendimento de inexigibilidade de fundamentação complexa no despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal" (HC 354.250/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 16/06/2016).
>
> 3. No caso, a decisão que recebeu a denúncia, ao citar expressamente que estavam preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, a existência de provas quanto à materialidade e autoria delitivas, bem como ausentes as hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal, obedeceu as exigências legais.
>
> **4. O trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus ou recurso ordinário, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade. No caso, o Tribunal de origem afirmou existirem elementos probatórios suficientes quanto à presença do elemento subjetivo do tipo previsto no artigo 347 do Código Penal (vontade consciente de inovar em processo judicial com o fim de induzir a erro o perito) para o prosseguimento da ação penal, não sendo possível a reversão de tal conclusão no presente recurso ante a impossibilidade de reexame das provas dos autos.**
>
> 5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 361.759/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016). (destaquei)

Constata-se que a denúncia de fls. 18-25 contém a exposição dos fatos criminosos com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas.

Verifico dos autos, ainda, que estão presentes a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, lastro probatório mínimo que compõe a justa causa para a deflagração da ação penal.

Finalmente, presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, restando cumpridos todos os requisitos previstos no art. 395, do Código de Processo Penal.

Prisão Preventiva

Aduz o Ministério Público Estadual que a prisão preventiva é necessária, uma vez que o recorrido mostrou-se propenso a corromper a instrução processual, bem como o magistrado *a quo* não teria deixado claras as condições relativas aos domingos e feriados.

O magistrado singular deferiu a liberdade provisória, nos seguintes termos, fls.20-21:

> (...) **2 DA PRISÃO PREVENTIVA DO DENUNCIADO**
>
> Extrai-se dos autos que, por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante, o ilustre Juiz que se encontrava de plantão, na data de 1º-1-2017, entendeu por bem conceder liberdade provisória ao denunciado. Assim o fez consignando (f. 61-5):

Como foi dito, no caso em apreço, apesar da comoção social causada pelo delito atribuído ao custodiado, não existe qualquer indício de que, sendo colocado em liberdade, o mesmo poderá vir a colocar em risco a ordem pública, a instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal.

Ao contrário. Há nos autos elementos a indicar que foi o próprio custodiado quem telefonou para a polícia logo após haver desferido disparos de arma de fogo contra as vítimas. Há, também, a informação de que o mesmo permaneceu no local do delito e se apresentou à autoridade policial assim que ela chegou no local. Enfim, tudo está a indicar que inexiste desejo, por parte do custodiado, de se furtar da aplicação da lei ou mesmo de causar algum embaraço à apuração dos fatos e à instrução de futura ação penal.

Posteriormente, na data de 4-1-2017, esta decisão foi revista pelo referido Juiz Plantonista, que entendeu decretar a prisão preventiva do (ora) denunciado, sob o seguinte fundamento:

(...)

Todavia, a documentação apresentada nesta representação pelo Ministério Público indica, ao menos de forma indiciária, que o representado Ricardo, quando efetuou disparos de arma de fogo contra as vítimas e mesmo após, quando a polícia militar chegou ao local, não estava trajando sua farda, exclusivamente, mas uma camisa listrada por cima, o que não constou no depoimento prestado e merece melhor apuração.

Há indícios que devem ser melhor averiguados, no sentido de que o representado Ricardo pode ter tido a oportunidade de alterar suas vestimentas após ter sido flagrado pela Polícia Militar.

Tenho que as circunstâncias acima narradas, trazidas agora pelo Ministério Público e que antes eram absolutamente inexistentes nos autos, são indicativas de que o representado pode estar tendo algum tipo de tratamento diferenciado nas investigações, em prejuízo da instrução criminal.

Pois bem. O art. 316 do Código de Processo Penal dispõe que o juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

No caso versante, devem ser considerados os seguintes comemorativos:

i) o douto Juiz Plantonista, quando homologou o auto de prisão em flagrante e concedeu a liberdade provisória ao denunciado, bem assinalou que este não registrava antecedentes criminais, possuía endereço determinado e trabalho (policial rodoviário federal);

ii) logo após os disparos, o acusado foi quem acionou a Polícia Militar e permaneceu no local o tempo todo à disposição das autoridades, pelo que, apesar da violência da teórica conduta pratica, não apresentava fundamentos que justificassem uma prisão de natureza "preventiva".

Posteriormente, denota-se que a prisão preventiva foi decretada por "fato superveniente", qual seja, sob o fundamento da "conveniência da instrução", porque o (ora) denunciado "poderia" estar tendo algum tratamento diferenciado nas investigações, diante da controvérsia com relação à roupa que trajava no momento dos disparos.

Quanto a tal circunstância, já alinhavei no tópico anterior que, do auto de prisão em flagrante se denota (em seu interrogatório) que ele não nega que estivesse com uma camisa listrada sobre a farda no momento dos disparos.

> De fato, parece que, quando chegou à delegacia estava somente com a farda, irregularidade que deve ser atribuída, a princípio, aos policiais que o conduziram à delegacia, pois, como dito linhas atrás, deveriam tê-lo detido diante da situação de flagrância, recolhido a arma do crime, isolado o local etc.
>
> De qualquer sorte, se estava de farda, ou de camisa listrada, não considero isso fundamento que justifique sua prisão preventiva se a irregularidade, em tese, foi consequência da hipotética omissão dos policiais que compareceram ao local e não tomaram as providências de praxe.
>
> Some-se que sequer se pode atribuir, teoricamente, ao próprio investigado crime de fraude processual, conforme mencionado em tópico anterior.
>
> Finalmente, se o fundamento era uma possível interferência nos trabalhos investigativos, na atualidade o inquérito policial está concluído, restando, apenas, algumas pendências, de modo que a prisão cautelar não mais se justifica por uma alegada "conveniência da investigação criminal".
>
> Ante o exposto, na forma dos arts. 316, 282, inciso II, § 2º, todos do Código de Processo Penal, concedo liberdade provisória ao acusado Ricardo Hyun Su Moon, qualificado nos autos, aplicando-lhe as seguintes medidas cautelares penais alternativas:(...) (fls.765-778).

Correta está a citada decisão.

A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida por ocasião da condenação.

Em consulta ao SAJ/PG (Autos de n° 0001560-71.2017.8.12.0001), verifica-se que o recorrido vem participando da instrução criminal e não há qualquer notícia atual da possível obstrução ou tentativa de fraudar processualmente a instrução criminal, conforme pode se observar pelos termos de assentada de fls.1842 e 1882-1883, do respectivo processo.

Portanto, não existe nos autos evidência de que o recorrido esteja dificultando ou obstruindo o julgamento da ação penal, intimidando ou ameaçando testemunhas, tampouco que pretende furtar-se à aplicação da lei penal.

Ademais o réu é primário, conforme antecedentes de fl. 881, dos autos de nº 0001560-71.2017.8.12.0001, possui residência fixa e, tais circunstâncias embora por si sós sejam insuficientes para a não decretação da prisão, aliada aos demais elementos dos autos, devem ser consideradas para fim de concessão do benefício de responder ao processo em liberdade.

No que tange à alegação de que as condições impostas, quando da concessão de liberdade provisória, não seriam claras, tenho que não merece qualquer reparo, uma vez que não há notícias de que o acusado esteja descumprindo as cautelares, ao contrário, vem comparecendo a todos os atos do processo, razão por que não se verifica qualquer motivo para justificar a segregação de sua liberdade, em nome da garantia da ordem pública. Desta forma, mantenho a decisão que deferiu a liberdade provisória ao recorrido, pois não há motivos suficientes para a decretação da prisão preventiva, uma vez que ausentes os pressupostos do art. 312 do CPP.

Não procede o prequestionamento ventilado.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso e voto no sentido de que seja recebida integralmente a denúncia oferecida pelo Ministério Público, no que se refere ao artigo 347, do Código Penal, por restarem presentes os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal e determino o normal prosseguimento do feito.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (1º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (2º Vogal)

Peço vênia para divergir do eminente relator no que toca à rejeição parcial da denúncia, eis que tenho a conduta praticada como atípica e, por decorrência, nego provimento ao recurso.

Segundo a denúncia, o crime de fraude processual, tipificado no artigo 347 do CP, ter-se-ia configurado pelo fato de o recorrido, ajudado por terceiras pessoas, ter inovado artificiosamente o estado de coisa e pessoa a fim de induzir o juiz a erro, prestando declarações falsas ao dizer que no momento da prática dos crimes, trajava o uniforme completo da PRF, instituição em que é lotado.

Concordando com o magistrado, tenho que esta conduta, inobstante completamente antiética, é contemplada como forma do exercício da autodefesa que, embora não seja ilimitado, pode ser exercido em toda a sua plenitude.

Trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito e do devido processo legal, conforme preconiza o art. 5º, inc. LV, da CF, que ampara o pleno exercício da defesa técnica, por profissional habilitado, e da autodefesa, efetivada pelo próprio acusado.

O Art. 186 do CPP também garante ao acusado o direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, sem qualquer prejuízo, o mesmo sendo estampado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, cujo art. 8º, inc. II, alínea "g", destaca que toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Nessa toada, o STJ, ao julgar o HC 171.389/ES, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/05/2011, lembrou que essa regra "deve ser interpretada de forma extensiva".

De tudo isso decorre que o acusado, além de não ser obrigado a se autoincriminar, pode agir pessoalmente em sua defesa.

Rogério Greco, discorrendo acerca do crime sob análise, sustenta que a conduta faz parte do direito de defesa dizendo que "Se o réu, por exemplo, com a finalidade de se defender, vier a inovar artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito, entendemos que o fato deverá ser entendido como fazendo parte do seu direito à autodefesa, não podendo ser responsabilizado pela infração penal em exame". (CP Comentado, p.1052).

No mesmo sentido posiciona-se Guilherme de Souza Nucci, "Código Penal Comentado", 14ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 1399, ao lecionar: "cremos fazer parte do direito de autodefesa do réu a inovação de certas coisas (como a modificação das características da arma utilizada para o homicídio, por exemplo, para não ser apreendida), de determinados lugares (a arruação da casa, lavando-se manchas de sangue, após o cometimento do delito (ou de pessoas (buscar alterar a própria feição para não ser reconhecido). O crime destina-se, portanto, àquele que não é réu, diretamente envolvido no processo, mas busca alterar o estado de coisa, lugar ou pessoa para levar a erro o magistrado ou o perito. Entretanto, há limite para a utilização da autodefesa, quando a inovação de lugar implica, por exemplo, no cometimento de delito mais grave, como a ocultação de cadáver. Este último tem objeto jurídico diverso, que é o respeito à memória do morto, a merecer sepultamento digno, além de possuir pena mais grave...".

A jurisprudência vem se posicionando no sentido de considerar a mentira do réu como exercício da autodefesa, como se pode ver:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/06. FALSA IDENTIDADE. CÓDIGO PENAL, ART. 307. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVA DA PRÁTICA DELITIVA. INVIABILIDADE. (...). A atribuição de falsa identidade não pode ser entendida como exercício da autodefesa, pois o direito de o réu mentir ou calar-se está adstrito aos fatos que lhe são imputados e não acerca de sua verdadeira identidade. (...). (TJSC; APL 0009626-09.2015.8.24.002; Florianópolis; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco; DJSC 22/09/2016; Pag. 347). (Destaquei e reduzi).

O Ministro Marco Aurélio Bellizze, no voto que proferiu no HC 168.671, julgado 30/10/2012, grifou não ser possível negar que o fato de atribuir a si próprio falsa identidade para ocultar antecedentes penais não encontra amparo no direito à autodefesa porque este abrange apenas o direito de mentir ou omitir sobre os fatos que lhe são imputados e não quanto à identificação.

Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio M. de Almeida Delmanto, em "Código Penal Comentado", 8ª ed. Editora Saraiva, 2010, p. 1009, na nota "Autodefesa" , refere-se a julgado do TJRJ, para o qual "O acusado de homicídio, que nega o crime e dá suíço à arma, pratica direito natural de defesa (TJRJ, RF 258/356)".

No caso concreto, o recorrido teria trocado de roupa, com a ajuda de colegas policiais, e afirmado que no momento dos crimes analisados estaria trajado com a farda completa da PRF.

Os policiais que o teriam ajudado a trocar de roupa, estes sim, sem dúvida, teriam incidido na prática de tal crime, posto que não estavam a defender-ser, e sim auxiliando possível criminoso a alterar provas contra si. E pelo que consta dos autos, eles já vêm respondendo pelo fato.

Por tais fundamentos, entendo que a interpretação dada pelo magistrado, no sentido de a conduta praticada pelo apelado ser atípica, coaduna-se com o art. 5º, inc. LV, da CF, e não extrapola o direito de autodefesa, de maneira que nego integral provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2° vogal (Des. Luiz Claudio Bonassini), vencido o relator (Des. Dorival Moreira dos Santos).

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, 18 de maio de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002756-35.2007.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ABSOLVIÇÃO DE OFÍCIO PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO ACOLHIDA – PLEITO DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE EM OUTRA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Não restando comprovada a absoluta incompatibilidade de cumprimento entre as restritivas de direitos aplicadas, não há que se falar em conversão da prestação de serviços à comunidade em outra prestação pecuniária.

Conforme o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, não se aplica o princípio da adequação social ou o princípio da insignificância ao crime de violação de direito autoral, pois o fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, considerando-se que os fornecedores e consumidores têm a plena consciência da ilicitude da atividade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de março de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Edmilson Silva Calixto interpõe apelação criminal contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó que o condenou à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos.

Pediu a conversão de pena restritiva de direitos em pena pecuniária.

O *Parquet* nas contrarrazões (p. 337-342) e o parecer da Procuradoria de Justiça posicionam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Edmilson Silva Calixto interpõe apelação criminal contra sentença proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó que o condenou à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime aberto, com substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos pela prática do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal .

O Ministério Público Estadual denunciou o apelante pelos seguintes fundamentos:

> Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 24 de março de 2007, por volta das 12:00 horas, na rodovia BR-256, entre Amambaí e Caarapó, o denunciado acima qualificado, com o intuito de lucro direto ou indireto, introduziu no País, fonograma reproduzido com violação de direito de autor, de direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma.
>
> Segundo se apurou, no dia e hora dos fatos, durante barreira policial, o denunciado foi abordado e durante a vistoria em seu veículo, os policiais lograram êxito em encontrar 1.756 (mil setecentos e cinquenta e seis) Cd's e DVD's "piratas", os quais, segundo o denunciado, seriam vendidos na cidade de Dourados.

Após a instrução do feito, a denúncia foi julgada procedente, a fim de condenar o apelante à pena de 2 anos de reclusão e 10 dias -multa, a ser cumprida em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal. Ao final, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos.

Inconformado com a decisão, a defesa interpôs esta apelação criminal, pedindo, a conversão de pena restritiva de direitos em pena pecuniária.

Pois bem. De ofício, vou absolver o apelante do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, aplicando-se o princípio da insignificância.

Embora a conduta amolde-se formalmente ao tipo previsto no § 2º do artigo 184 do Código Penal, não pode sofrer a incidência da tutela pelo Direito Penal, pois é socialmente aceita, tratando-se de fato corriqueiro nas cidades brasileiras, onde pessoas marginalizadas pelo mercado de trabalho acabam optando por esse tipo de comércio como único meio de subsistência, auferindo pequenas rendas pela venda de mídias contendo material que, não raro, já estão amplamente disponíveis na rede mundial de computadores (*internet*).

Assim, se os efeitos da pirataria são perniciosos, o que ainda gera amplas discussões, é evidente que o combate deve se voltar contra aqueles que são os verdadeiros responsáveis pela disseminação de conteúdo ilegal, ou seja, os produtores, fabricadores e fornecedores desses materiais que lucram substancialmente com essa atividade.

Certamente o legislador não visou abarcar situações como a versada nos autos quando moldou o tipo penal do art. 184, § 2º, Código Penal, posto que ofenderia ao princípio constitucional da proporcionalidade pretender condenar alguém a pena corporal de 2 anos de reclusão, diante de conduta de tão diminuto potencial ofensivo.

Ademais, esta Corte de Justiça, em várias oportunidades, reconheceu a incidência do princípio da insignificância em casos semelhantes ao dos autos, como no Recurso em Sentido Estrito - N. 2012.013249-0, julgado em 4 de junho de 2012, em que o Des. relator Francisco Gerardo de Souza negou provimento ao pleito ministerial para manter a rejeição da denúncia em face de camelô que comercializava 302 CD´s e DVD'S contrafeitos.

No mesmo sentido, citam-se os seguintes precedentes: (1ª Câmara Criminal, RESE - N. 2012.010791-6, Rel.ª Des.ª Marilza Lúcia Fortes, j. 15.07.2012; 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 2010.024314-4, Rel.ª Des.ª Marilza Lúcia Fortes, j. 13.09.2010; 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, RESE n. 2010.017284-5).

Incide na espécie o princípio da insignificância que, embora não previsto formalmente em lei, constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, devendo o julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de ínfima importância, porquanto, conforme já advertiu o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias (Apelação Crime Nº 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 03/06/2009).

Ademais, condenações, em tais casos, nada mais fazem do que amparar a seletividade policial na aplicação do Direito Penal, pois não existe uma feira livre na cidade de Dourados, local onde o apelante disse que seriam vendidos os produtos, em que não existam duas ou três barracas expondo à venda CDs e DVDs como no caso dos autos, sem que nenhuma providência seja tomada. A seletividade penal, além de ferir o princípio da igualdade, propicia a corrupção e o descrédito nas instituições. Considero, portanto, atípica a conduta narrada na inicial, impondo-se a absolvição da ré em obséquio aos sobreditos princípios.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de absolver de ofício, o apelante Edmilson Silva Calixto da imputação pela prática do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, aplicando-se o princípio da insignificância, restando prejudicado a análise do recurso.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Edmilson Silva Calixto, qualificado nos autos, foi condenado pela prática delituosa prevista no art. 184, § 2º (violação de direito autoral), do Código Penal à pena definitiva de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime prisional aberto, sendo substituída por duas restritivas de direitos (fls. 314-317).

Inconformado com a conclusão do édito condenatório, Edmilson Silva Calixto interpôs recurso de apelação criminal (fls. 330-334), postulando a conversão da pena restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária, em razão da impossibilidade de cumprimento daquela.

O relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence, de ofício, absolveu o apelante da imputação, por considerar atípica a conduta do réu (art. 386, III, CPP), com base na incidência do princípio da insignificância.

Divirjo do posicionamento do eminente relator quanto à absolvição de ofício.

Quanto à incidência do princípio da insignificância e da adequação social da conduta, há muito, respalda-se em entendimento pacífico perante a jurisprudência dos Tribunais Superiores, cuja orientação predominante é no sentido de que "não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral".

Nesse sentido, argumenta-se, basicamente, que o fato de estar disseminado o comércio de mercadorias falsificadas ou "pirateadas" não torna a conduta socialmente aceitável, uma vez que fornecedores e consumidores têm consciência da ilicitude da atividade, a qual tem sido reiteradamente combatida pelos órgãos governamentais, inclusive com campanhas de esclarecimento veiculadas nos meios de comunicação.

A propósito, são os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. ART. 184, §§ 1º e 2º, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA FORMAL E MATERIALMENTE TÍPICA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
>
> (...)
>
> **- É materialmente típica a conduta do agente preso em flagrante na posse de 1.420 (mil quatrocentos e vinte) CD's e DVD's, de diversos títulos, reproduzidos com violação de direito autoral.** *Habeas corpus* não conhecido. (STJ, HC 341518 / MS, Rel. Min. Ericson Maranho, Sexta Turma, J. em 23/02/2016, Pub. em 03/03/2016) (grifo nosso).
>
> CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. TRANCAMENTO. AUTO DE APREENSÃO. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. MERA IRREGULARIDADE. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. INAPLICABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.
>
> (...)
>
> **3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social e da insignificância ao delito descrito no art. 184, *§* 2º, do Código Penal, sendo considerada materialmente típica a conduta.**
>
> 4. *Writ* não conhecido. (STJ, HC 342435 / RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, J. em 07/04/2016, Pub. em 15/04/2016) (grifo nosso)

Não bastasse o uníssono entendimento jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, almejando sepultar eventual discussão acerca do tema, editou, recentemente, o enunciado sumular nº 502, cuja redação é no sentido de que "presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas".

Interpretando tal enunciado, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, disse, em verdade, que nos casos de crimes de violação de direitos autorais, como na hipótese dos autos, são inaplicáveis os princípios da insignificância e da adequação social, cuja consequência é justamente o afastamento da tipicidade da conduta.

Passo à apreciação do recurso.

Como bem se sabe, nos termos do art. 44, § 2º, 1ª parte, do Código Penal, na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos, já se a condenação for superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (CP, art. 44, § 2º, *in fine*), o que ocorreu na hipótese.

Não se olvide que a pena restritiva de direitos precisa ser adequada e suficiente para atingir as finalidades da pena.

No caso, o apelante foi condenado à pena definitiva de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, tendo o magistrado substituído a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos.

De início, registre-se que resta autorizada a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, considerando-se que pena definitiva imposta na hipótese é superior a 1 (um) ano.

Além disso, cumpre salientar que, malgrado as espécies de pena restritiva de direitos previstas no art. 44, do CP não submetam o acusado à privação de liberdade, elas integram o gênero "pena", explicitado no Título V do Código Repressivo, sendo consideradas também como a resposta estatal à prática de infrações.

Nesse aspecto, sendo a imposição das penas restritivas de direitos reflexo do poder-dever do Estado na repressão da prática de condutas ilícitas no âmbito social, o autor do fato é quem deve adaptar-se às suas condições de cumprimento e não o contrário, por tratar-se se reprimenda como qualquer outra.

A pena imposta não deve submeter-se aos interesses particulares de cada condenado, em detrimento das necessidades da sociedade, ainda mais no caso concreto em que não restou comprovada a absoluta incompatibilidade de cumprimento entre as restritivas de direitos aplicadas.

Além disso, há possibilidade de adequação do modo de cumprimento das penas restritivas de direitos conforme as condições específicas de casa sentenciado, de forma a não prejudicar o exercício de suas habituais atividades de trabalho, o que pode ser pleiteado perante o competente Juízo da Execução.

Conforme rege o art. 46, § 3º, a prestação de serviços à comunidade "serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho".

Por fim, caso concedida a conversão ora pleiteada, estar-se-ia impondo apenas uma pena restritiva de direitos, consistente em uma prestação pecuniária, porém com valor mais elevado, o que não se coaduna com a previsão do 44, § 2º, do CP.

Sobre o tema, já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE DE ARMA DE FOGO. PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO CONSUBSTANCIADAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. PLEITO PARA QUE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE SEJA CONVERTIDA EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. INVIABILIDADE. FALTA DE PROVA DE IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DAS DUAS PENAS TAL COMO FIXADAS. IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE ALTERAÇÃO DO COMANDO LEGAL QUE NO CASO IMPEDE DUAS PENAS PECUNIÁRIAS. REQUERIMENTO PARA RESTITUIÇÃO DA ARMA DE FOGO. INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE REGISTRO VÁLIDO E DA NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO PARA PORTE. RECURSO IMPROVIDO.
>
> I. Ao possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade superior a um ano, por duas penas restritivas de direitos, o art. 44, § 2º do CP, refere-se a duas espécies diferentes de pena previstas no art. 43 do CP. II. Se a condenação foi em duas penas, uma

> restritiva de direitos e outra de prestação pecuniária, não cabe a substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por uma pena de prestação pecuniária (além daquela previamente fixada na sentença), sob pena de gerar a aplicação de apenas uma pena de prestação pecuniária fixada em montante e limites superiores ao preconizado pelo Código Penal. III. Ademais, não provou o apelante impossibilidade de cumprir as duas penas tal como foram estipuladas, e qualquer dificuldade nesse sentido poderá oportunamente ser melhor analisada pelo juízo da execução, que poderá, perante demonstração do fato, melhor determinar o modo adequado de compatibilizar tais cumprimentos. (...). (TJMS; Apelação Criminal 0003533-66.2010.8.12.0014; Maracaju; Primeira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Isabel de Matos Rocha; DJMS 25/08/2015).

Assim, inviável o acolhimento do pedido de conversão da prestação de serviços à comunidade por outra prestação pecuniária.

Desse modo, deve ser mantida a substituição da pena privativa de liberdade pelas duas penas restritivas de direitos aplicadas na sentença, eis que adequadas e suficientes para atingir as finalidades da pena, como forma de reprovar e prevenir o crime praticado.

Disposições finais:

Posto isso, divergindo do relator quanto à absolvição do apelante de ofício pelo delito previsto no art. 184, § 2º, do CP, nego provimento ao recurso de Edmilson Silva Calixto, mantendo-se integralmente a sentença.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 23 de março de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002710-62.2014.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006 – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 33, *CAPUT*, PARA O ART. 28, AMBOS DA LEI 11.343/2006 – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.

Não há se falar em desclassificação do crime previsto no art. 33, *caput*, para o art. 28, ambos da Lei de Drogas, se as circunstâncias que envolveram o caso demonstram, de forma clara, o caráter da mercancia, típico do crime de tráfico de drogas.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MP – ART. 33, *CAPUT,* DA LEI N. 11.343/2006 – CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 16 DO ESTATUTO DO DESAMAMENTO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

O delito de porte/posse ilegal de arma de fogo e munições é crime de mera conduta, ou seja, a ação de portar basta para constituir crime. É também crime de perigo abstrato, consumando-se com a prática da conduta, ou melhor, nos termos da doutrina ‘’Crime de simples desobediência’’.

REFORMA DA SENTENÇA *EX OFFICIO* – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.

Conforme precedente do STF (HC 118.553/MS), o tráfico eventual de drogas não possui natureza de crime hediondo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover o recurso do Ministério Público, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator. Negaram provimento ao apelo defensivo e promoveram alteração *ex officio*, unânime.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Criminal da comarca de Coxim, nos autos n. 0002710-62.2014.8.12.0011, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Leandro Muniz da Silva pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, com a causa de diminuição do § 4º do mesmo dispositivo legal, apenando-o a 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 200 dias-multa, substituindo

a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e absolvendo-o da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 16 da Lei 10.826/2003.

Postula, em resumo, a condenação do réu pela prática do crime tipificado no artigo 16 da Lei 10.826/2003.

Contra a sentença também recorre o réu pedindo a desclassificação da imputação de tráfico de drogas para o tipo previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Contrarrazões às f. 216-226 e 229-246.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do apelo ministerial e pelo não provimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Estadual e Leandro Muniz da Silva em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Criminal da comarca de Coxim, nos autos n. 0002710-62.2014.8.12.0011, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar Leandro pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, com a causa de diminuição do § 4º do mesmo dispositivo legal, apenando-o a 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 200 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e absolvendo-o da acusação de ter praticado o crime previsto no artigo 16 da Lei 10.826/2003.

Consta da denúncia:

> (...) no dia 31 de agosto de 2014, por volta das 19hs35min, na residência localizada na Rua Antonio Reis Coelho, n. 1205, bairro Senhor Divino, nesta comarca, o denunciado Leandro Muniz da Silva foi preso em flagrante delito logo após vender substancia entorpecente conhecida como 'pasta base de cocaína' e 'maconha', bem como por guardar e manter em depósito, para posterior venda, 2 (duas) porções, pesando cerca de 5,550 g (cinco gramas e quinhentos e cinquenta miligramas) de substância entorpecente análoga à maconha, bem como 11 (onze) porções, pesando aproximadamente 2,410 (dois gramas e quatrocentos e dez miligramas) de substância entorpecente análoga à cocaína, proscritas em todo o território nacional, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.
>
> Consta, ainda, que no mesmo dia, hora e local, o denunciado Leandro Muniz da Silva, mantinha sob sua guarda munição de calibre 9 mm de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> Segundo apurado no caderno indiciário, no dia 31 de agosto de 2014, por volta das 19hs35min., policiais militares da ROTAI realizavam rondas na Avenida Mato Grosso do Sul quando visualizaram Geremias Viana Ferreira em atitude suspeita, oportunidade em que, ao abordá-lo, encontram com ele 02 (duas) 'trouxinhas', sendo uma de substância análoga à maconha e a outra de cocaína.
>
> Em entrevista, o mesmo disse ser usuário de drogas e afirmou que adquiriu os referidos entorpecentes do denunciado Leandro pelo valor de R$ 20,00 (vinte reais). Informou, ainda, que a residência do denunciado ficava em frente ao Hemocentro.

> Ato contínuo, os policiais foram até o local e, durante a diligência, lograram êxito em encontrar 01 (uma) trouxinha de substância entorpecente análoga à 'pasta base cocaína' próximo a Leandro, bem como mais 09 (nove) 'paradinhas' também análoga à 'pasta base de cocaína' e 01 (uma) análoga à 'maconha' dentro da gaveta de uma cômoda.
>
> Além dos entorpecentes, foi encontrada também uma munição de calibre 9 mm de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> Há prova de materialidade e indícios de autoria. Tudo de acordo com o Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/03), Termos de Depoimentos (fls. 04/05, 07/09 e 12), Auto de Exibição e Apreensão (fls. 19), Laudos de Exames Preliminares (fls. 121/23) e Boletim de Ocorrência (fls. 37/40).
>
> Diante do exposto, o Ministério Público Estadual denuncia a Vossa Excelência Leandro Muniz da Silva, pela prática da conduta descrita no art. 33, caput da Lei n. 11.343/06 e art. 16, caput da Lei n. 10.826/2003 em concurso material previsto no art. 69 do CP, observando-se o disposto na Lei 8.072/90.

Encerrada a fase instrutória, sobreveio a sentença de parcial procedência da pretensão punitiva estatal arrimada nos seguintes fundamentos:

> Finda a instrução e analisadas as provas que guarnecem o presente feito, verifica-se que a materialidade do delito de tráfico de drogas narrado na inicial restou comprovada por meio do Auto de Apreensão de fl. 23 e laudo de exame toxicológico acostado na pag. 126/130, o qual comprova que as substâncias apreendidas nestes autos se tratam daquelas conhecidas vulgarmente como 'cocaína' e 'maconha', proscritas em todo o território nacional.
>
> A autoria, de igual sorte, encontra-se comprovada. Com efeito, em que pese a negativa de autoria operada pelo réu, extrai-se da farta prova produzida sob o crivo do contraditório que, na data dos fatos, o réu praticou a conduta típica narrada na inicial. Isso porque, os policiais inquiridos - Eleomar Arruda e Cícero José de Lima - asseveraram, em uníssono, que abordaram o usuário de drogas, de nome Geremias, o qual portava uma porção de pasta base de cocaína e outra de maconha. E, ao indagarem ao referido usuário a origem de tal substância, este asseverou que adquiriu o entorpecente com o acusado.
>
> Então, os policiais diligenciaram até endereço do acusado e encontraram uma porção de pasta base de cocaína, próxima àquele.
>
> Posteriormente, na residência do réu foram encontradas outras 09 'paradinhas' de pasta base e uma porção de 'maconha', além de uma munição de calibre 9 mm.
>
> Nas partes íntimas da namorada do acusado, Carolinny, foi encontrada a quantia de R$ 423,00, em notas de R$ 10,00 e R$ 20,00.
>
> Como bem afirmado pelo MPE, não há retirar crédito das declarações dos policiais em razão da função que ocupam.
>
> O testemunho dos policiais, como cediço na jurisprudência, possui coeficiente probatório idêntico ao das demais testemunhas, mormente quando prestados em uníssono e sem qualquer contradição entre eles:
>
> (...)
>
> E no presente feito, os testemunhos dos policiais estão corroborados pelas declarações extrajudiciais de Geremias Viana Ferreira, o usuário de drogas abordado pelos

> policiais, o qual confirmou perante a Autoridade Policial que adquiriu, na data indicada na denúncia, drogas do acusado:
>
> (...)
>
> Assim, cai por terra a versão apresentada pelo réu, de que não vendeu a droga para o referido indivíduo ou, então, que aquelas porções de entorpecentes encontradas em sua residência destinavam-se exclusivamente a uso próprio.
>
> É mister consignar que o simples fato de o agente se declarar usuário de drogas não possui o condão de ensejar eventual desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.
>
> Isso porque, para que seja caracterizado o referido delito é necessário que a droga seja exclusivamente destinada a uso próprio, o que não ocorre no presente caso. Demais disso, é cediço que muitos traficantes comercializam drogas a fim de manter o vício.
>
> (...)
>
> De outro lado, quanto ao delito capitulado no artigo 16 da Lei n. 10.826/03, infere-se que a absolvição do acusado é de rigor. E não porque ausente o laudo pericial, como quis fazer crer a Defesa, já que os crimes tais são considerados de perigo abstrato, (...). Contudo, no presente caso, não é proporcional eventual condenação, já que o acusado guardava uma única munição de calibre restrito, não se extraindo, ainda que mínima, potencialidade lesiva da conduta. Posto isso, conclui-se que a conduta praticada pelo réu é materialmente atípica, em atenção ao princípio da proporcionalidade, não gerando lesividade ao bem jurídico protegido pela Lei 10.826/03: a segurança coletiva.

Contra o *decisum* recorre a defesa alegando, em suma, que não houve comprovação do tráfico de drogas, pedindo, destarte, a desclassificação para o tipo previsto no artigo 28 da Lei de Drogas.

Por sua vez, o MPE também apela aduzindo que "estando patente a conduta do apelado Leandro em possuir e manter sob sua guarda munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, imperiosa a sua condenação com incurso nas penas do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003".

Razão não lhes assiste.

Com efeito, restou comprovado que o réu foi flagrado na posse de 09 "paradinhas" de pasta base e uma porção de "maconha", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Nesse sentido seguem os depoimentos dos policiais colhidos em juízo.

De sua parte, a versão apresentada pelo réu em sua defesa, no sentido de que a droga seria destinada ao consumo pessoal, restou infirmada pelos testemunhos prestados pelos policiais, que em juízo confirmaram que o réu foi apontado como vendedor de drogas por um usuário e que, por isso, diligenciaram até a respectiva residência onde lograram encontrar a droga apreendida. A propósito, referido usuário foi ouvido na seara extrajudicial e, nessa ocasião, disse ter adquirido entorpecentes junto ao réu.

Referidos elementos, na minha compreensão, convencem que o réu realmente perpetrou o delito descrito na denúncia.

Portanto, a condenação por tráfico de drogas deve ser mantida.

Com relação ao delito previsto no artigo 16 da Lei 10.826/03, a absolvição deve ser mantida.

A denúncia narra que o réu foi surpreendido na posse de 01 munição de uso restrito, calibre 9 mm, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Entrementes, constata-se que não foi encontrando armamento apto a deflagrá-las, donde inimaginável qualquer hipótese de efetiva utilização das munições para causar risco ou dano à integridade física de outrem. Sob tais contornos, a conduta imputada é materialmente atípica.

Nesse sentido:

> PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime). (Apel. Crim. nº 70011545696, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 08.06.2005)

Deste precedente colhe-se a seguinte lição de Luiz Flávio Gomes:

> O STF (1ª Turma), desde 25 de maio de 2004, no ROHC 81.057-SP, firmou posição no sentido de que arma desmuniciada (e sem chance de ser municiada rapidamente) não constitui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo. A jurisprudência assentada pelos tribunais brasileiros, antes, era no sentido contrário (cf.: STJ, HC 14.747, Gilson Dipp, DJU de 19.03.01, p. 127). Esse entendimento assim como os votos dos Ministros Ellen Gracie e Ilmar Galvão (no referido ROHC 81.057-SP) tinham como fundamento a natureza abstrata do perigo incriminado pelo legislador.
>
> Isso tudo perdeu validade dentro do moderno Direito penal, guiado pelo princípio da ofensividade (cf. GOMES, Luiz Flávio, Princípio da ofensividade no Direito penal, São Paulo: RT, 2002). Todo tipo penal fundado literalmente em perigo abstrato deve ser interpretado e adequado à visão constitucional do Direito penal (assim: Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que foram votos vencedores).
>
> Arma desmuniciada e, ademais, sem nenhuma possibilidade de sê-lo, não ostenta nenhuma potencialidade lesiva, porque não é apta para efetuar disparos. O Min. Sepúlveda Pertence, com o costumeiro acerto, foi ao cerne da questão: se a arma está desmuniciada não conta com potencialidade lesiva, logo, não é arma de fogo. Falta o objeto material do delito (sobre o qual recai a conduta do agente). Arma desmuniciada é arma, porém, não é fogo. E o que a lei incrimina (no Estatuto do Desarmamento) é a arma de fogo.
>
> O equívoco, que estava presente no voto da Min. Ellen Gracie, vem espelhado na confusão que se fez entre potencialidade lesiva e poder de intimidação. Não há dúvida que arma desmuniciada tem poder intimidativo e quando usada para ameaçar pessoas constitui o crime de ameaça, de roubo etc. Quando o ladrão aponta uma arma, num roubo, a vítima não pergunta se a arma está ou não municiada. Por isso que seu uso configura o roubo. Mas uma coisa é a arma usada como instrumento de um crime (de um roubo, por exemplo), outra distinta é a arma como objeto material do crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo.
>
> Poder de intimidação também têm a arma de brinquedo, a arma inapta, a arma quebrada, a arma de sabão ou qualquer outro instrumento lesivo (real ou fictício). A criminalização da arma de fogo, considerada em si mesma, entretanto, não tem como

> fundamento esse poder de intimidação (fundado nas teorias subjetivistas, que alimentam o danoso Präventionstrafrecht), senão a sua potencialidade lesiva concreta (teorias objetivistas, que demarcam o Verletzstrafrecht).
>
> A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta) e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a idéia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).
>
> O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados "crimes de posse" é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniciada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.
>
> Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma. Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente enfocado. (GOMES. Luiz Flávio. Arma desmuniciada versus Munição desarmada. 2004. Disponível em: <http://www.portalielf.com.br>. Acesso em: 05 jul. 2004, grifo nosso).

Com todo o respeito, a dispensa de dano efetivo ou perigo de dano (concreto ou abstrato) a outrem não se coaduna com a teoria do delito e a faceta atual da ciência penal.

O Direito Penal é a *ultima ratio* da intervenção estatal, não devendo intervir em condutas desprovidas de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado, em obséquio ao princípio da lesividade.

Bem por isso que Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni advertem para a impropriedade da construção doutrinária do "dano normativo", presumido pela norma:

> No direito penal essa opção constitucional se traduz no princípio da lesividade, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio [...] O delito sempre implica uma lesão: não reconhecer que essa lesão é aquela sofrida pela vítima significa, automaticamente, transferir a lesão para um titular alternativo, que em geral é o estado [...] A legislação contemporânea tende também a minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade de risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo comum. Por isso, para preservar o princípio do alterum non laedere de

> Aristóteles e Ulpiano, é necessário precisar – quiçá um pouco exageradamente – que bens jurídicos são só aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo et ali. Direito Penal Brasileiro. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 226, 228 e 229)

O fato de o crime ser de mera conduta não pode ter o condão de dispensar o dano ou o perigo concreto de dano, sob pena de banalizar a aplicação do Direito Penal.

A mera posse de munição, mormente em casos como este, quando se trata de apenas uma unidade, e sem a possibilidade de ser utilizada, pois não foi apreendida arma de fogo, não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de ofensividade jurídica.

Assim, deve-se manter a absolvição por atipicidade da conduta.

Mesmo que assim não fosse, haveria motivo distinto para preservar a absolvição.

Com efeito, respeitadas as opiniões em sentido contrário, considero imprescindível a realização de perícia para a confirmação da potencialidade lesiva do artefato apreendido em poder do réu para eventual configuração do crime em questão.

Isso porque a prática da conduta tipificada no referido dispositivo legal pressupõe, neste caso concreto, o enquadramento do artefato em questão à descrição contida no inciso LXIV do artigo 3º do Decreto n. 3.665/2000, que regulamenta a matéria.

Assim, necessária é a constatação da materialidade, por meio da adequada perícia, apta a demonstrar que os objetos apreendidos se encaixam em tal definição, sob pena de se estar punindo alguém por crime impossível.

Ademais, deve-se lembrar que o artigo 25 do Estatuto do Desarmamento reza que as armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, quando não mais interessarem à persecução penal.

Não se pode ter por inócua a disposição legal. Ao revés, é inevitável a conclusão de que dita formalidade se presta a comprovar a potencialidade da munição, encontrando-se, portanto, diretamente ligada ao próprio tipo penal.

Além disso, não se deve olvidar que a conduta consistente em portar ilegalmente munições inaptas não se enquadra na figura típica imputada, por ser desprovida de efetiva lesão ou perigo de lesão a bem jurídico tutelado. Isso corrobora a necessidade do exame pericial.

Por fim, é preciso recordar que a condenação no presente implicaria violação ou negativa de vigência aos artigos 158, 167 e 175 do Código de Processo Penal, este último preconizando expressamente que "serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência".

Assim, considerando que a munição apreendida nestes autos não foi periciada, deve-se manter a absolvição.

Destarte, os recursos não merecem provimento.

De outro lado, é importante recordar que, consoante precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça, proferido sob rito dos recursos repetitivos, o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo. Veja-se:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA *Nº* 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016). 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia *erga omnes*. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício **sob o rito dos recursos repetitivos** (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600). 3. **Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça**. (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, terceira seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016 - destaquei)

Referido entendimento tem por base decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido no *Habeas Corpus* n. 118533 (j. 23.06.2016), cuja relatoria coube à Ministra Cármen Lúcia, que afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas e, por consequência, a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente. Conquanto se trate de decisão desprovida de efeito *erga omnes* e caráter vinculante, tal precedente deve ser seguido como solução jurídica nos demais processos, por constituir a orientação fixada pela mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102), como foi reconhecido pelo próprio STJ.

Ademais, a atual jurisprudência coincide com o entendimento que sempre defendi e que momentaneamente deixei de aplicar por conta da malfadada e já cancelada súmula 512 do STJ, o que fazia sempre com ressalva.

Assim, considerando que em primeira instância o réu foi beneficiado com a referida causa de diminuição, deve-se afastar a hediondez do delito *ex officio*.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento aos recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual e Leandro Muniz da Silva e, de ofício, afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado de drogas pelo qual o réu foi condenado.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

Leandro Muniz da Silva, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 200 (duzentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, ambos da Lei de Drogas, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sendo, por outro lado, absolvido do crime do art. 16 da Lei 10.826/2003.

Irresignados com a sentença proferida (fls. 171-183), pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Coxim, por meio de seus representantes legais, Leandro (fls. 188-199) e o Ministério Público Estadual (fls. 206-214), interpuseram os presentes recursos de apelações criminais.

Em sede de razões recursais, Leandro postulou pela desclassificação do crime do art. 33, *caput,* para o art. 28, *caput,* ambos da Lei de Drogas.

Já o Ministério Público Estadual, buscou a condenação pelo crime previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

O relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, negou provimento aos recursos. *Ex officio,* afastou a hediondez do delito de tráfico.

Acompanho o i. relator para negar provimento ao recurso do apelante Leandro e ao realizado *de ofício.*

Por outro lado, divirjo para dar provimento ao recurso do MPE, condenando o apelado ao crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Eis a síntese do necessário.

Passo, portanto, a realização da divergência.

Por conseguinte, ao declarar a absolvição pelo crime descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, o relator absolveu o apelante do crime em tela, argumentando, em suma, que:

> […] A mera posse de munição, mormente em casos como este, quando se trata de apenas uma unidade, e sem a possibilidade de ser utilizada, pois não foi apreendida arma de fogo, não caracteriza o tipo penal em comento, ante a ausência de ofensividade jurídica.
>
> […] Assim, considerando que a munição apreendida nestes autos não foi periciada, deve-se manter a absolvição'.

Nada obstante ao respeito depositado à posição do relator, entendo que o presente caso comporta posicionamento diverso.

A Lei do Desarmamento tem como objetivo a segurança e a paz social, pelo que estabeleceu o controle de armas de fogo e seus acessórios como medida imprescindível para esse fim.

Por isso, o legislador introduziu no sistema penal o porte/posse ilegal de arma de fogo, acessórios e munição de uso permitido/restrito como crime, através do advento do Estatuto do Desarmamento.

É assente que o porte/posse ilegal de arma de fogo e munições é crime de mera conduta, ou seja, a ação de portar basta para constituir crime. É também crime de perigo abstrato, consumando-se com a prática da conduta, ou melhor, nos termos da doutrina ''Crime de simples desobediência''.[1]

Com efeito, o legislador introduziu no art. 16, *caput* da Lei n. 10.826/2003 o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, o qual estabelece:

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (*destaquei).

1 MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**, v. 1, 7ª ed, Método, p. 199.

Como dito em linhas alhures, perfilho-me ao entendimento jurisprudencial no sentido de que o crime de posse/porte ilegal de arma de fogo de uso restrito é crime mera conduta, assim considerado aquele cuja consumação depende apenas da prática de um dos verbos previstos no tipo penal, e de perigo abstrato, assim entendido aquele em que a simples prática da conduta faz exsurgir a presunção de que o bem jurídico tutelado pela norma penal foi exposto à situação de risco, sendo prescindível a demonstração concreta do perigo.

Assim, considerando que a consumação do crime depende da mera conduta e dispensa a demonstração do risco concreto ao bem jurídico, é possível concluir que é dispensável, para aferição da materialidade, a demonstração da efetiva potencialidade da arma/munição de fogo cujo porte é desautorizado ou está em desacordo com a lei ou norma regulamentar. Noutro falar, a (in)aptidão é dado irrelevante para a configuração de crime, o qual se materializa com o simples porte (ou demais núcleos) da arma/munição, quando feito sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

Nesse sentido, a propósito, são os seguintes julgados:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma municiada ou apta a efetuar disparos. Precedentes. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido. (RHC 106346, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/10/2012, processo eletrônico DJe-210 divulg 24-10-2012 public 25-10-2012).
>
> (...). PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. POTENCIALIDADE LESIVA DO ARMAMENTO APREENDIDO. LAUDO PERICIAL ATESTANDO A INAPTIDÃO DO REVÓLVER. IRRELEVÂNCIA. DESNECESSIDADE DO EXAME. CRIME DE MERA CONDUTA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO MANTIDO. 1. O simples fato de portar arma de fogo de uso permitido com numeração raspada viola o previsto no art. 16 da Lei 10.826/03, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva. 2. A existência de laudo pericial atestando a inaptidão do revólver apreendido mostra-se irrelevante, pois o delito do art. 16 da Lei 10.826/03 configura-se com o simples enquadramento do agente em um dos verbos descritos no tipo penal repressor. (...). (HC 106.606/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 01/09/2009, DJe 13/10/2009).

Diante dessa perspectiva, carece de amparo jurisdicional a tese jurídica suscitada no sentido da atipicidade do fato em virtude da comprovada ausência de lesividade das munições. Tal circunstância não faz parte da essência do tipo penal em questão, não sendo, portanto, dado relevante para demonstração da existência do crime.

Dessa forma, a reforma da sentença absolutória pela prática do crime tipificado no art. 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento, é a medida que mais se coaduna ao caso em tela.

Diante do acima decidido, faz-se necessária a realização de nova dosimetria da pena, nos termos do art. 68 do Código Penal.

Da nova dosimetria da pena:

Na primeira fase, analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, verifico que:

Culpabilidade: normal à espécie, inexistindo elementos capazes de valorá-la negativamente (neutra).

Antecedentes: é primária, restando favorável esta circunstância (neutra).

Conduta Social: não há como valorá-la, pois não há nos autos elementos que possam indicar que a apelada apresenta comportamento anormal em sua família ou trabalho (neutra).

Personalidade: não há também nos autos, elementos suficientes indicando que a apelada possui personalidade voltada para a delinquência (neutra).

Motivos do Crime: são os previstos pelo próprio tipo penal (neutra).

Circunstâncias do Crime: são as ordinárias da espécie (neutra).

Consequências do Crime: as mesmas inerentes ao tipo penal (neutra).

Comportamento da vítima: não contribuiu para a ação delituosa (neutra).

Considerando que não há prejudicialidade em nenhuma das circunstâncias judiciais fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não incidem circunstâncias agravantes e atenuantes. Fixo a pena intermediária em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, considerando não incidirem causas de diminuição ou aumento de pena, torno a pena definitiva em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Em razão da pluralidade de ações praticadas nos crimes previstos no art. 33, *caput* da Lei n. 11.343/2006 e art. 16 da Lei n. 10.826/2003, deve ser aplicada a regra inserta pelo artigo 69 do Código Penal (concurso material), passo a somar as penas anteriormente dosadas, ficando o apelado definitivamente condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão e 210 (duzentos e dez) dias-multa.

Quanto ao regime prisional, considerando o *quantum* da pena aplicada, nos termos do disposto no § 2º, alínea ‘’b’’ do art. 33 do CP, fixo o regime semiaberto.

Dispositivo:

Dessa forma, acompanho o i. relator para negar provimento ao recurso do apelante Leandro e ao realizado *de ofício*. Por outro lado, divirjo para dar provimento ao recurso do MPE, condenando o apelado ao crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Diante do exposto, decido da seguinte forma:

Com o parecer, dou provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para condenar o apelado as sanções penais estampadas no art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

Com o parecer, nego provimento ao recurso do apelante Leandro Muniz da Silva para não realizar a desclassificação do crime previsto no art. 33, *caput* para o art. 18, ambos da Lei 11.343/2006. *Ex officio,* afasto a hediondez do delito de tráfico de drogas.

Realizada nova dosimetria da pena pelos crimes de tráfico de drogas e de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, nos termos do art. 69 do Código Penal, fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial o semiaberto e 210 (duzentos e dez) dias-multa.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram o recurso do ministério público, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator. Negaram provimento ao apelo defensivo e promoveram alteração *ex officio*, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002720-06.2014.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO E AMEAÇA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – ANULAÇÃO DO JULGAMENTO – PRIVILÉGIO RECONHECIDO PELOS JURADOS NÃO DISSOCIADO DAS PROVAS DOS AUTOS – SUSPEIÇÃO DE JURADO – PRECLUSÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A ausência de expressa indicação do dispositivo legal no qual se funda o recurso de apelação contra decisão do Tribunal do Júri não impede o conhecimento do recurso, ficando o efeito devolutivo delimitado pelas razões recursais.

As decisões do júri são soberanas por expressa disposição constitucional, somente se justificando o reconhecimento de nulidade do julgamento realizado pelos julgadores leigos quando ocorra flagrante erro de fato na apreciação das provas constantes nos autos, sob pena de violação ao preceito constitucional da soberania dos veredictos, constante no art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal, o que não ocorre se há plausibilidade na tese de homicídio privilegiado sustentada pela defesa.

A alegação de imparcialidade dos jurados pela amizade íntima entre o advogado da defesa e um dos jurados fica preclusa se a suspeição não foi arguida na sessão de julgamento.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PENA-BASE DA CONDENAÇÃO PELA TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO – REDUÇÃO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS PARA AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MANTIDA A AGRAVANTE DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VÍTIMA MULHER – CONFISSÃO QUALIFICADA DO RÉU PERANTE OS JURADOS – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO – REDUÇÃO DA PENA PELO PRIVILÉGIO RECONHECIDO PELOS JURADOS – MANTIDO O REGIME PRISIONAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não basta a mera afirmação do sentenciante de que as circunstâncias judiciais são de maior censura, sendo exigida motivação com elementos concretos a justificar a valoração negativa das moduladoras da pena, sob pena de afronta ao disposto no art. 93, IX, da CF, impondo-se a redução da pena-base quando não cumprido referido mandamento constitucional.

Se a confissão do apelante foi utilizada como fundamento para a condenação, deve ser reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea, descrita no inciso III, alínea ‘’d’’ do art. 65, Código Penal.

A incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, “f”, do CP tem o objetivo de punir com mais severidade aquele que comete delito se prevalecendo das relações domésticas, no âmbito do seio familiar, o que, no caso dos autos, merece valoração.

O critério de adoção do percentual de redução da pena deve considerar o grau de contribuição da vítima para a prática do crime, a relevância do motivo ou a espécie de emoção ou injustiça que envolveram os fatos, exigindo a devida fundamentação para valorara tal circunstância.

Mantido o regime de cumprimento de penal aplicado na sentença condenatória em relação ao crime de tentativa de homicídio.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento ao recurso do Ministério Público, unânime. Proveram em parte o apelo defensivo, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Campo Grande, 8 de maio de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

F. da C. F. interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Ivinhema que o condenou à pena de 4 anos, 6 meses e 14 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela tentativa de homicídio (art. 121, § 1º c.c art. 14, II, do CP) e a pena de 1 mês e 5 dias de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de ameaça (art. 147, do CP).

Requer a redução da pena-base ao mínimo legal; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; o afastamento da agravante do art. 61, II, f, do CP; a redução da pena no percentual máximo de 1/3, por força do art. 121, § 1º, do CP.

Contra a mesma sentença também recorre o Ministério Público Estadual pugnando pela anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos quanto reconhecimento do privilégio, bem como por ausência de imparcialidade de jurado amigo íntimo de um dos advogados constituídos pelo sentenciado.

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público Estadual (p. 715-735) e por F. da C. F.(p. 739-747) na qual este suscita preliminar de não conhecimento do recurso ministerial por ter sido interposto sem a indicação do fundamento legal e, no mérito, pelo seu improvimento.

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso ministerial e pelo provimento parcial do recurso defensivo, a fim de que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, afastada a agravante do art. 61, II, f, do CP e majorada a redução da pena em razão do privilégio do crime de homicídio para 1/3.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por F. da C. F. e pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Ivinhema que condenou o primeiro à pena de 4 anos, 6 meses e 14 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela tentativa de homicídio (art. 121, § 1º c.c art. 14, II, do CP) e à pena de 1 mês e 5 dias de detenção, em regime aberto, pela prática do crime de ameaça (art. 147, do CP).

A defesa requer: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; c) o afastamento da agravante do art. 61, II, f, do CP; d) a redução da pena no percentual máximo de 1/3, por força do art. 121, § 1º, do CP.

O Ministério Público Estadual pugna pela anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, alegando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos quanto reconhecimento do privilégio, bem como por ausência de imparcialidade de jurado amigo íntimo de um dos advogados constituídos pelo sentenciado.

As contrarrazões foram apresentadas pelo Ministério Público Estadual (p. 715-735) e por F. da C. F. (p. 739-747) na qual este suscita preliminar de não conhecimento do recurso ministerial por ter sido interposto sem a indicação do fundamento legal e, no mérito, pelo seu improvimento.

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso ministerial e pelo provimento parcial do recurso defensivo, a fim de que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, afastada a agravante do art. 61, II, f, do CP e majorada a redução da pena em razão do privilégio do crime de homicídio para 1/3.

Por ordem de prejudicialidade analiso o recurso do Ministério Público Estadual.

Do recurso do Ministério Público Estadual:

A preliminar de não conhecimento do recurso, por ausência de indicação do fundamento legal do apelo no ato da interposição, não deve ser acolhida.

Na hipótese o Ministério Público Estadual interpôs o recurso de apelação logo na audiência do Tribunal do Júri (p.649), vindo a apresentar suas razões das quais é possível extrair claramente que fundamentadas no art. 593, III, d, do CP, estando o efeito devolutivo adstrito à pretensão anulatória do julgamento do júri por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Nesse sentido já assentou esta 2ª Câmara Criminal:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – INTERPOSIÇÃO DO APELO CONTRA JULGAMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI SEM INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL – POSSIBILIDADE DE SANEAMENTO NAS RAZÕES RECURSAIS – EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO – PARCIAL CONHECIMENTO E PROVIMENTO.
>
> **A falta de expressa indicação do dispositivo legal no qual se funda a Apelação contra decisão emanada do Tribunal do Júri não configura impedimento ao conhecimento do recurso, devendo o efeito devolutivo ser delimitado pelas razões recursais.**
>
> Ainda que se alegue economia processual, o Recurso em Sentido Estrito possui efeito devolutivo restrito, não sendo via adequada para análise de matéria atinente à Apelação. Recurso em Sentido Estrito defensivo que se conhece parcialmente e, nesta parte, dá-se provimento, ante a necessidade de interpretação da Súmula n.º 713, do STF. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0034698-34.2014.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 31/08/2015, p: 09/09/2015). (G.N.)

Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

Conhecido o apelo ministerial, no mérito, porém, não deve ser provido.

Pretende o *Parquet* a anulação do julgamento pelos jurados alegando que o reconhecimento da figura privilegiada do crime de homicídio é altamente contrária às provas dos autos, bem como afirmando que houve inobservância do art. 449, III, do CPP, uma vez que um dos jurados é amigo íntimo do advogado da defesa, restando comprometida a imparcialidade dos jurados.

Cumpre primeiramente consignar que as decisões do júri são soberanas por expressa disposição constitucional. Sobre o assunto, Walfredo Cunha Campos (Tribunal do Júri Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9) tece os seguintes comentários:

> A decisão coletiva dos jurados, chamada de veredicto, não pode ser mudada em seu mérito por um tribunal formado por juízes técnicos (nem pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal), mas apenas por outro Conselho de Sentença, quando o primeiro julgamento for manifestamente contrário às provas nos autos. E assim deve ser. Júri de verdade é aquele soberano, com poder de decidir sobre o destino do réu, sem censuras técnicas dos doutos do tribunal.

Assim, somente se justifica o reconhecimento de nulidade do julgamento realizado pelos julgadores leigos quando ocorra flagrante erro de fato na apreciação das provas constantes nos autos, sob pena de violação ao preceito constitucional da soberania dos veredictos, constante no art. 5º, XXXVIII, *c*, da Constituição Federal.

Na hipótese telada, constata-se que o arsenal probatório é apto e suficiente para subsidiar a tese defensiva de homicídio privilegiado, a qual foi acolhida pela convicção íntima dos jurados, que escolheram a plausível versão da defesa.

Nota-se que não somente o réu afirmou que no meio da discussão a vítima lhe xingou e bateu no rosto, bem como lhe agrediu com um pedaço de madeira, mas também a vítima no julgamento pelo Tribunal do Júri confirmou, versões que subsidiaram a alegação de que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção.

Logo, havendo elementos aptos para alicerçar a versão da defesa acolhida pelos jurados, não há falar em contrariedade às provas, não podendo se adentrar no mérito da interpretação dada pelos jurados que possuem competência constitucionalmente fixada para referido julgamento.

Outrossim, quanto à alegação de imparcialidade dos jurados pela amizade íntima entre o advogado da defesa e um dos jurados, a questão encontra-se preclusa, porquanto a suspeição não foi arguida na sessão de julgamento (p. 646-649).

Ademais, irrelevante a alegação de que irregularidade foi descoberta somente após a sessão do julgamento, porquanto é ampla a publicidade da lista dos jurados com antecedência, permitindo ás partes a alegação oportuna de suspeição e/ou impedimento.

Portanto, não há como acolher o pedido recursal ministerial para que seja anulada a decisão dos jurados, o que permite a análise do recurso da defesa.

Do recurso de F. da C. F.:

Pretende o réu a redução da pena-base da condenação pelo crime de homicídio tentado, a aplicação da atenuante da confissão espontânea, o afastamento da agravante do art. 61, II, f, do CP, a incidência do art. 121, § 1º, do CP, no percentual de 1/3.

A pena-base foi fixada em um ano acima do mínimo legal na pena do crime de homicídio sob os seguintes fundamentos:

> O réu é primário e não ostenta antecedentes criminais. Motivos e circunstâncias merecedores de maior censura. Pena-base fixada em 07 (sete) anos de reclusão. (p. 653).

A utilização dos motivos e circunstâncias em desfavor do réu não tiveram fundamento concreto aptos a justificar o aumento da pena-base, sob pena de afronta ao disposto no art. 93, IX, da CF.

Não basta a mera afirmação do sentenciante de que as circunstâncias judiciais são de maior censura, sendo exigida motivação com elementos concretos a justificar a valoração negativa das moduladoras da pena.

Assim, na primeira fase da dosimetria a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 6 anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, F. postula o afastamento da agravante do art. 61, II, f, do CP, e o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Apenas a confissão deve ser reconhecida.

Sobre o tema é necessário recordar que, após a reforma processual ocorrida com o advento da Lei n. 11.689/2008, cabe ao magistrado singular, por ocasião da sentença condenatória, e não ao Conselho de Sentença, considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes que tenham sido objeto dos debates.

Confira-se o vigente art. 492 do Código de Processo Penal:

> Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:
>
> I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
>
> (...)
>
> b) considerará as circunstâncias agravantes ou atenuantes alegadas nos debates;

In casu, a leitura da ata de julgamento do Tribunal de Júri colacionada às p. 646-649 indica que a agravante em questão não foi objeto dos debates, situação que impede o reconhecimento em primeira instância ou em grau recursal.

Nesse sentido:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DE ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. JULGAMENTO REALIZADO NOS TERMOS DA LEI Nº 11.689/08. NECESSIDADE DE TER SIDO A TESE ALVO DOS DEBATES. I - Com a reforma introduzida pela Lei nº 11.698/08 não há mais necessidade de submeter aos jurados quesitos acerca da existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes. II - Não obstante, embora tenha sido transferido o exame da presença das referidas circunstâncias ao Juiz Presidente do Tribunal do Júri, elas somente serão consideradas na dosimetria da pena desde que suscitadas nos debates orais, a teor do que prescreve o art. 492, inciso I, alínea b do CPP. Recurso especial provido. (REsp 1157292/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Assim, deve-se refutar a agravante do artigo art. 61, II, f, do mesmo diploma legal.

Por outro lado, ainda que a defesa técnica não tenha postulado a aplicação da atenuante da confissão espontânea, o réu em seu interrogatório na data do julgamento pelo Tribunal do Júri confessou que agrediu a vítima, conforme narrado na denúncia, suprindo-se, assim, a exigência do art. 492, I, do CPP.

Deve-se ponderar, porém, que se trata de confissão perante os jurados pela qual o réu confirmou a autoria do fato, negando a intenção de matar, mas, consoante pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a confissão denominada "qualificada", em que o réu agrega à confissão teses defensivas, enseja a aplicação da mencionada atenuante (AgRg no REsp 1392005/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014; AgRg no REsp 1416247/GO, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 15/05/2014).

Ademais, segundo a Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal".

E, nesse caso, tendo sido realizada perante os jurados, não há outra conclusão a não ser que tenha influenciado na condenação.

Entretanto, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, sendo suficiente e necessária à reprovação e prevenção do delito, nos termos exigidos no art. 59, *caput*, *in fine*, do CP, não deve haver redução da pena.

Na terceira fase, foi reconhecida em favor do recorrente a causa de redução da pena do homicídio privilegiado, aplicada em 1/6 na sentença, nos seguintes termos:

> Reconhecido o privilégio do art. 121, § 1º do Código Penal, a pena deve ser reduzida em 1/6 (um sexto).

O critério de adoção do percentual de redução da pena deve considerar o grau de contribuição da vítima para a prática do crime, a relevância do motivo ou a espécie de emoção ou injustiça que envolveram os fatos, exigindo a devida fundamentação para valorar tal circunstância, o que não foi observado na hipótese, impondo-se a redução no máximo legalmente previsto, de 1/3.

Assim, a pena pela tentativa do crime de homicídio privilegiado fica provisoriamente fixada em 4 anos de reclusão.

Por fim, em razão da tentativa, considerando o *iter criminis* percorrido, o magistrado fundamentadamente justificou a redução em 1/3 (p. 653), que incidindo sobre a nova pena acima fixada resulta na pena definitiva de 2 anos e 8 meses de reclusão.

O regime prisional deve ser readequado para o sistema aberto, considerando a nova pena aplicada, a primariedade do réu e as circunstâncias judiciais favoráveis.

Quanto ao crime de ameaça, passo à nova dosimetria, observando os novos parâmetros aqui delineados, especialmente o afastamento da agravante do art. 61, II, f, do CP.

Na primeira fase a pena foi fixada no mínimo legal de 1 mês de detenção e, afastada referida agravante, bem como ausentes outras modificadoras, torna-se definitiva neste patamar, mantendo o regime prisional aberto estabelecido na sentença.

Aplicando-se ao caso a regra do art. 69, do CP, a pena total fica determinada em 2 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial aberto.

Inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direito, ante os crimes terem sido cometidos com violência e grave ameaça, bem como a suspensão condicional da pena privativa de liberdade por esta superar dois anos.

Ante o exposto, com o parecer, encaminho voto no sentido de:

a) negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual;

b) dar provimento parcial ao recurso de F. da C. F. a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, fixar em 1/3 a redução prevista no art. 121, § 1º, do CP, em relação à condenação pelo crime de homicídio privilegiado tentado, bem como afastar a agravante do art. 61, II, f, do CP, da dosimetria das penas e reconhecer a atenuante da confissão espontânea (sem alteração da pena) de ambas condenações (tentativa de homicídio e ameaça) e, de ofício, abrandar o regime prisional da condenação pelo crime de homicídio para o sistema aberto.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

F. da C. F., qualificado nos autos, foi condenado à pena de 04 anos, 07 meses e 19 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos tipificados no art. 121, § 1º c/c art. 14, II em concurso material com art. 147, ambos do Código Penal.

Irresignados, o apelante e o Ministério Público Estadual interpuseram recursos de apelação criminal, requerendo a reforma da sentença.

A defesa requer a redução da pena-base ao mínimo legal, o reconhecimento e aplicação da atenuante da confissão espontânea, o afastamento da agravante do art. 61, II, "f" do CP e, a aplicação do homicídio privilegiado em seu patamar máximo, ou seja, 1/3.

O *Parquet* postula pela anulação do julgamento realizado no Tribunal do Júri, tendo em vista a decisão ser manifestamente contrária à prova dos autos.

O relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, fixar em 1/3 o patamar do privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, afastar a agravante do art. 61, II, "f" do CP e, de ofício, abrandar o regime de cumprimento de pena para o aberto.

Acompanho o i. relator para negar provimento ao recurso ministerial, bem como para dar parcial provimento ao recurso da defesa, a fim de reduzir a pena-base do condenado ao mínimo legal, reconhecer e aplicar a confissão espontânea e, aplicar o privilégio previsto no § 1º do art. 121 em seu patamar máximo, 1/3.

Com a devida vênia, divirjo do i. relator para manter a agravante do art. 61, II, "f" do CP, bem como o regime de cumprimento de pena "semiaberto".

Da causa de aumento do art. 61, II, "f" do CP.

A incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, "f", do CP tem o objetivo de punir com mais severidade aquele que comete delito se prevalecendo das relações domésticas, no âmbito do seio familiar.

Além disso, restou evidente nos autos que a vítima já havia impetrado diversas medidas protetivas contra o apelante, que com frequências as desobedeciam, se aproximando da vítima quando estava proibido de praticar referido ato.

Não obstante, os delitos ainda se deram em decorrência do vínculo doméstico familiar, tendo em vista que o apelante era ex convivente da vítima, fato que conduz a aplicação da agravante prevista no aludido artigo do Estatuto Penal, cuja função é exatamente exacerbar as penas nessas circunstâncias peculiares.

Sendo assim, aplicação da agravante do art. 61, II, "f" do Código Penal deve ser mantida.

Diante disso, passo a redimensionar a pena definitiva do apelante.

Na primeira fase, não havendo circunstâncias judiciais a serem valoradas, fixo a pena-base no mínimo legal, 06 anos de reclusão.

Na segunda fase, presentes a agravante do art. 61, II, "f" do CP e a atenuante da confissão espontânea, compenso-as, mantendo a pena intermediária no mínimo legal.

Na terceira fase, mantido o privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP, acompanho o relator para aplicar em seu patamar máximo de 1/3, ficando a pena em 04 anos de reclusão, tornando assim definitiva à míngua de outros fatores a serem considerados.

Do regime

Conforme já mencionado, o relator alterou o regime inicial de semiaberto para o aberto em decorrência da aplicação da pena definitiva fixada.

Todavia, conforme anteriormente exposto, tendo em vista a pena final fixada, ei por bem manter o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal.

Dispositivo

Diante do exposto, em parte com o parecer, e divergindo parcialmente do relator, conheço dos recursos para:

Negar provimento ao recurso ministerial; dar parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer e aplicar a atenuante da confissão espontânea e, fixar o privilégio previsto no art. 121, § 1º do CP em seu patamar máximo (1/3).

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento ao recurso do Ministério Público, unânime. proveram em parte o apelo defensivo, por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 08 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0038924-19.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – POSSE DE MUNIÇÃO – CONDENAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

O fato das munições não terem sido submetidas à teste de eficiência por serem as munições estrangeiras não descaracteriza o delito, que é de perigo abstrato e mera conduta.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO – CONDENAÇÃO MANTIDA

Mantida a condenação do agente pela prática do delito descrito no artigo 297, *caput*, do Código Penal, uma vez que contratou a falsificação, pagou pela mesma, além de prestar a sua direta e efetiva colaboração para que o delito fosse consumado ao fornecer fotografias e material do *pen drive*.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO E AMEAÇA CONTRA MESMA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE PROVAS E ATIPICIDADE DA CONDUTA – ABSOLVIÇÃO.

Tendo em vista que a vítima que alega que o agente se apresentou como vendedor de veículos dono de garagem e repassou a quantia de dois mil reais para o mesmo, no mínimo deveria haver nos autos prova documental que amparasse referida versão, não bastando a palavra da vítima de forma isolada para condenar o agente.

Simples bravatas não configuram o delito de ameaça pois não há referência a mal injusto, factível e concreto.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO POR DUAS VEZES CONTRA MESMA VÍTIMA – PRIMEIRO FATO ALUGUEL DE VEÍCULO PAGO PARCIALMENTE – CHEQUE CAUÇÃO AUTÊNTICO E NÃO DEPOSITADO PELA VÍTIMA – VEÍCULO NÃO DEVOLVIDO NO MOMENTO OPORTUNO – SEGUNDO FATO – TRANSAÇÃO QUE NÃO IRIA SE CONCRETIZAR – LIGAÇÃO PARA LOCAÇÃO DE VEÍCULO PARA CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – ABSOLVIÇÃO.

Tendo o agente alugado veículo da empresa da vítima, pago parcialmente a locação e não devolvido na data combinada, descaracterizado o delito de estelionato, mormente porque, ao longo do processo, laudo pericial apontou para autenticidade do cheque-caução que não foi depositado pela vítima.

Revela-se atípica o segundo estelionato descrito na denúncia, uma vez que a vítima expressamente declarou que não iria locar veículo ao agente, tendo combinado com o mesmo referida transação para cumprimento de mandado de prisão oriundo de outro processo.

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO – CONDUTA ATÍPICA – TRANSAÇÃO COMERCIAL FRUSTRADA – ATIPICIDADE DA CONDUTA – ABSOLVIÇÃO.

Tendo a vítima declarado expressamente em juízo que vendeu o veículo ao agente, pegou todos os seus dados para confecção do contrato, entregou o automóvel e o mesmo não pagou a quantia combinado e nem assinou o documento, estamos diante de um caso a ser resolvido na esfera cível.

O Direito Penal é subsidiário e somente deve ser acionado quando os demais ramos do Direito não se prestam para resolver a questão, ou seja, "o Direito Penal é a *ultima ratio*, não devendo se ocupar de questões que encontram resposta no âmbito extrapenal (STJ. REsp 1101914/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 06/03/2012, DJe 21/03/2012)".

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO – TRANSAÇÃO COMERCIAL NÃO COMPROVADA – ABSOLVIÇÃO.

Não basta a palavra da vítima de que entabulou negócio com o agente em garagem de veículo, entregando a quantia de doze mil reais, pois qualquer homem médio teria documentação a respeito da referida transação, prevalecendo o princípio *in dubio pro reo*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Ministério Público e, deram parcial provimento ao recurso de Jeferson, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou Jeferson de Gois Medina pela prática de ameaça, tentativa de estelionato, estelionato (por quatro vezes), falsificação de documento público e posse de arma de uso permitido.

A denúncia foi julgada parcialmente procedente sendo Jeferson de Gois Medina condenado à pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, 1 mês de detenção e 46 dias-multa pela prática de tentativa de estelionato, estelionato (por quatro vezes), falsificação de documento público e ameaça e absolvido, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal em relação ao delito de posse de arma de uso permitido (f. 575-597/606), razão do inconformismo de ambas as partes.

A defesa técnica de Jeferson de Gois Medina, às f.618-623, afirma que não há nos autos provas que amparem a condenação. Argumenta que a falsificação da CNH é grosseira e não há provas que a adulterou. Pugna pela condenação pela prática do delito descrito no artigo 386, incido VII, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo improvimento do apelo defensivo (f. 625-637).

O Ministério Público Estadual, às f.650-659, aduz que caracterizado o delito descrito no artigo 12, da Lei 10.826/03, sendo o apelado réu confesso.

Contrarrazões de Jeferson de Gois Medina pelo improvimento do recurso (f. 662-664).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 671-692) pelo improvimento do recurso defensivo e provimento do recurso da acusação.

Por este relator, às f. 694, requisitado o laudo técnico das munições encontradas na residência de Jeferson de Gois Medina.

Laudo Pericial, às f. 696-704.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 711, ratifica seu parecer.

A defesa técnica de Jeferson de Gois Medina não se manifestou (f. 713).

Determinação de degravação dos depoimentos colhidos nos autos (f. 715).

Degravação às f. 716-743.

Ciência das partes, às f. 749/751.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelos interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Jeferson de Gois Medina.

Por ordem de prejudicialidade, passo à análise dos apelos.

Do apelo do Ministério Público Estadual

Insurge-se o Ministério Público Estadual contra absolvição de Jeferson em relação ao delito do artigo 12, da Lei 10.826/03.

De acordo com a denúncia, Jeferson mantinha em sua residência localizada na Rua Jaborandi, nº 08, Bairro Jardim. Aeroporto, em campo Grande-MS, 24 munições intactas, calibre 25, marca águila, de uso permitida, encontradas no dia 19/9/2013 dentro de uma caixa, sob o guarda-roupa.

Conforme sentença, f. 582-583, Jeferson é réu confesso:

> A autoria é patente, mormente pela confissão do acusado nas etapas. policial e processual, aduzindo que cometeu o crime, nos termos da acusação. Em audiência, o acusado asseverou que mantinha a guarda das 24 (vinte e quatro) munições, com a justificativa de que pertenciam a seu pai há 9 anos, vindo parar em sua posse por ocasião de sua mudança para outra cidade, há algum tempo. No Relatório de Investigação (f. 133), os Investigadores de Polícia Judiciária Aluísio Ney Timóteo, Márcio Alexandre da Silva Gualberto, Timóteo F. F. Gonçalves e Rubens Esteves Neto, atestaram que durante as buscas na residência do réu, encontraram, sobre um guarda-roupas, uma caixa contendo as 24 (vinte e quatro) munições apreendidas, e que, na ocasião, a convivente do acusado afirmou que tais objetos a este pertenciam (f. 582-583).

Destaca-se que as munições não terem sido submetidas à teste de eficiência por serem as munições estrangeiras (f. 702-703) não descaracteriza o delito.

Prevê o artigo 12, da Lei 10.826/03: "Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".

Verifica-se que o dispositivo legal em comento não faz qualquer ressalva, acerca da necessidade da munição estar acompanhada de arma de fogo.

Aliás, o tipo penal pune a posse isolada de munição ou de qualquer acessório, sem autorização ou desacordo com determinação legal.

Nesse diapasão, a posse ilegal de munição de uso permitido oferece risco à paz social e à tranquilidade pública, bem como o fato de a munição estar desacompanhada da arma de fogo, mostra-se irrelevante, não afastando a tipicidade do crime e a potencialidade lesividade da conduta.

Por oportuno:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03. OCORRÊNCIA. POSSE DE MUNIÇÃO. TIPICIDADE. INEXIGIBILIDADE DE EXAME PERICIAL. CRIME DE MERA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. É firme o entendimento deste Tribunal Superior de que "eventual apreensão de munições isoladas não descaracteriza o crime previsto no art. 12, caput, do Estatuto do Desarmamento, pois, por ser delito de perigo abstrato e de mera conduta, para o reconhecimento da prática dessa infração penal, basta a simples posse da munição, sem autorização da autoridade competente, independendo da comprovação, por perícia, do efetivo prejuízo ou da lesão ao bem jurídico tutelado. (AgRg no REsp 1.360.271/MG, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 11/02/2014).
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp 1527891/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015)

Passo à dosimetria da pena.

Utilizo os mesmos fundamentos da pena-base confeccionada pelo juiz singular, às f.595.

Na ausência de vetores negativos, fica a mesma fixada em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão, mas deixo de aplicá-la, por já estar a pena no mínimo legal. Sem agravantes.

Na terceira fase, sem causas de aumento e de diminuição de pena, fica a mesma definitivamente fixada em 1 ano de detenção e 10 dias-multa, **à** razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Passo à análise do recurso defensivo.

Do apelo de Jeferson

Jeferson foi condenado pela prática de estelionato, por quatro vezes, ameaça e pelo crime de falsificação de documento público.

Da falsificação de documento público

De acordo com a denúncia que:

> Constatou-se que o denunciado Jefferson de Gois Medina falsificou/adulterou documento público, sendo uma carteira nacional de habilitação em nome de Gesse Domingos da Silva, na qual constava a fotografia do próprio Jefferson (fl. 49). Segundo restou apurado, no momento de sua abordagem, os policiais civis constataram que o denunciado portava cópia de diversos documentos falsos, e ainda, um pen drive no qual continham diversas imagens de documentos públicos, sendo que alguns ainda apresentavam os campos de preenchimento em branco. Consta ainda que, em continuidade às investigações, os policias civis se dirigiram até a residência do denunciado, onde encontraram uma carteira nacional de habilitação em nome de Gesse Domingos da Silva, na qual constava a fotografia do próprio Jefferson e, ainda, uma CTPS com os campos de preenchimento em branco, contendo uma fotografia de Bruno Garcia Pereira, bem como diversos carimbos em nome de autoridade policial e escrivão de polícia. Por ocasião de seu interrogatório (fls. 18-19), Bruno mencionou que, em situação pretérita, havia encomendado de Jefferson a CTPS falsa encontrada na residência deste. Ainda que Jefferson tenha negado a autoria do delito, mencionando que adquiria os documentos de um terceiro de alcunha 'Gordinho', os elementos trazidos no inquérito, demonstram, *à* toda evidencia, que o próprio denunciado era quem produzia os documentos falsos".

Argumenta Jeferson que a falsificação da CNH é grosseira e não há provas que adulterou os documentos.

Conforme constou na sentença*:*

> O Laudo Pericial de Exame Documentoscópico nº. 106.056 (f. 481-494) asseverou que - A Carteira Nacional de Habilitação em nome de Gesse Domingos, foi adulterada através de rasura física com subtração dos dados originalmente apostos e adição dos dados aparentes. - A Carteira Nacional de Habilitação em nome de Gilmar Bieluczyk Rodrigues foi adulterada através de rasura física com subtração da fotografia original, pela aparente impressa na película. - A Carteira de Trabalho e Previdência Social, trata-se de documento que não foi emitido pelo órgão responsável pela emissão do respectivo documento, bem como a fotografia aposta é semelhante com a ilustrada na CNH 366055901. O Laudo Pericial de Exame em Mídias Digitais nº. 106.058 (f. 460- 480), demonstrou que o *Pen Drive*, encontrado pelos investigadores de poícia na residência do acusado, possuía espelhos de documentos públicos em branco, bem como diversos documentos de Identidade, Carteiras Nacionais de Habilitação, Carteiras de Trabalho e Previdência Social, algumas com a fotografia de pessoas desconhecidas, todavia outras com nomes de terceiros, mas com a fotografia do acusado. No entanto, em juízo, o acusado negou ter sido o autor da adulteração dos documentos em sua posse, supracitados, alegando que adquiriu de um terceiro indivíduo, chamado de "Gordo". Por conseguinte, negou saber da existência de espelhos de documentos públicos em seu próprio *Pen Drive*, apreendido às f. 57, bem como a posse dos carimbos em nome de funcionários públicos, os quais também foram encontrados em sua residência. [...] Inconcebível considerar esta conduta normal, mormente porque não é a atitude que se espera do homem de mediana prudência e discernimento, que possua diversos documentos falsificados, bem como outros com diversos nomes e fotos em branco. Assim, durante a fase de inquérito, Bruno relatou que, a sua fotografia presente no documento com ele apreendido, no segundo fato, já estava no computador do acusado, pois, há algum tempo, o corréu havia solicitado a ele uma carteira de trabalho falsa" (f. 593-591).

No laudo pericial, f. 481-494, não constou que referidas falsificações eram grosseiras, sendo necessários diversos testes para se chegar à conclusão que a mesma se tratava de documentos adulterados.

Aliás, a olho nu, o documento colacionado nos laudos parece ser verdadeiro.

Outrossim, o principal interessado na falsificação do documento é Jeferson, que estava na posse do mesmos.

O delito não se realizaria sem a conduta de Jeferson que encomendou o documento falso de 'Gordo", pagando pelo mesmo, fornecendo fotografias ou atuou na produção, tendo em vista os documentos encontrados em seu *pen drive*.

Cumpre consignar que, de acordo com o artigo 29, do Código Penal, "Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Assim, conforme regra do artigo 29, do Código Penal, pouco importa o fato de Jeferson não ter, de fato, falsificado a carteira de identidade, pois todos que contribuem para a prática do delito incidem nas penas a ele cominadas.

Portanto, o apelante responde pela prática do delito descrito no artigo 297, *caput*, do Código Penal, uma vez que contratou a falsificação, e pagou pela mesma, além de prestar a sua direta e efetiva colaboração para que o delito fosse consumado ao fornecer fotografias e material do *pen drive*.

Consigne-se que Alberto Silva Franco[1] aborda que, na ótica da teoria do domínio do fato:

> Autor é 'numa fórmula sintética quem domina o facto, quem dele é senhor , quem toma a execução em suas próprias mãos, de tal modo que dele depende decisamente o se e o como da realização típica; o autor é na expressão de Claus Roxin, a figura central do acontecimento ou, como me parece preferível, quem constitui o centro pessoal do ilícito típico" (Jorge de Figueiredo Dias. Legalidade e Tipo em Direito Penal. *In*: Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 2003, p. 213/225). Se o autor tem tem, portanto, o domínio final da ação, o participante é quem contribui para um direito alheio, sem realizar conduta que se ajusta ao tipo e sem ter condições de decidir sobre a consumação do fato típico. A teoria do domínio do fato modifica o conceito do autor, incluindo nesse conceito, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (idem, p.519) quem pessoalmente realiza e é responsável pelo preenchimento de todos os elementos integradores do tipo; quem 'executa o fato utilizando a outrem como instrumento e quem 'realiza uma parte necessária do plano global (domínio funcional do fato), embora não seja um ato típico, desde que integre a resolução delitiva comum'.

Aliás:

> APELAÇÃO CRIMINAL - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - MATERIALIDADE A AUTORIA INEQUÍVOCAS - CONDENAÇÃO - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PARTICULARES E ESTELIONATO - CONDUTAS NÃO COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - CORRUPÇÃO ATIVA - PROVAS SUFICIENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA - RÉU DIRCEU - ENVOLVIMENTO NÃO DEMONSTRADO - ABSOLVIÇÃO CONFIRMADA. 1. Havendo demonstração inequívoca de que o réu encomendou e adquiriu a carteira de identidade falsificada, inclusive fornecendo sua fotografia para a confecção do documento, concorreu para o crime do art. 297 do CP, devendo responder por tal conduta, na forma do art. 29 do CP. 2. Não havendo provas de que os documentos particulares apreendidos são materialmente

1 FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (coord). **Código Penal e sua Interpretação***:* doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: RT, 2007, f.226-227.

falsos, haja vista que não foram periciados, e não se tendo obtido comprovação de prejuízo causado pelos réus a terceiros, não há que se falar em condenação pelos crimes dos arts. 298 e 171 do CP. 3. Se o acusado admite que pediu aos Policiais para "quebrarem seu galho" e apareceu, em seguida com a quantia aproximada de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), tem-se por inequívoco que ele tentou corrompê-los para não realizarem o ato de ofício (prisão). 4. Não comprovado o envolvimento do corréu Dirceu nos fatos descritos na denúncia, deve ser mantida sua absolvição. 5. Primeiro recurso provido em parte e segundo recurso não provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.13.124602-7/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Brum, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 20/08/2014, publicação da súmula em 26/08/2014)

EMENTA: APELAÇÃO - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELITO CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO MANTIDA. Aquele que fornece seus dados e foto para a falsificação de documento público também incorre no tipo penal previsto no art. 297 do CP. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.07.673284-1/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Cézar Dias , 3ª Câmara Criminal, julgamento em 08/10/2013, publicação da súmula em 11/10/2013) APELAÇÃO - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELITO CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO MANTIDA. Aquele que fornece seus dados e foto para a falsificação de documento público também incorre no tipo penal previsto no art. 297 do CP" (Apelação Criminal 1.0024.07.673284-1/001, Relator(a): Des.(a) Paulo Cézar Dias, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 08/10/2013, publicação da súmula em 11/10/2013).

PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE FOTOGRAFIA. DELITO CARACTERIZADO. 1. Se o agente fornece a sua fotografia e paga determinado valor para receber um documento público falso, concorre ativamente para a configuração do delito previsto no art. 297, do Código Penal, impondo-se, portanto, a sua condenação. 2. Recurso provido" (Apelação Criminal 1.0024.11.303294-0/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 21/05/2013, publicação da súmula em 03/06/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS INSUFICIENTES. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. A prolação de sentença condenatória pressupõe produção de prova firme e robusta, sem o que se impõe a manutenção da absolvição do agente em relação ao crime do artigo 304 do Código Penal. 2. Quem fornece sua fotografia para falsificação da carteira de identidade civil concorre para o crime previsto no artigo 297 do Código Penal, incidindo nas penas a este cominadas. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.12.203482-0/001, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac , 3ª Câmara Criminal, julgamento em 15/07/2014, publicação da súmula em 22/07/2014

Do estelionato e da ameaça

Vítima Ione Bezerra de Lima

Expõe a denúncia que Jefferson de Gois Medina obteve para si vantagem ilícita em prejuízo de Ione Bezerra de Lima, induzindo-a e mantendo-a em erro, mediante ardil e meio fraudulento, consistente em se passar pelo proprietário da garagem de veículos denominada G2 Veículos , e realizar a venda de um veículo VW/Gol, alheio à sua propriedade, recebendo a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) como parte do pagamento do negócio. Segundo restou apurado, a vítima se encontrava seu local de trabalho, ocasião em que o denunciado Jefferson de Gois Medina compareceu naquele recinto com o intuito de adquirir um aparelho de telefonia móvel, tendo informado, durante a realização de seu cadastro, que exercia a profissão

de corretor de veículos e que possuía uma garagem de veículos situada nesta capital, fato que interessou à vítima, uma vez que pretendia adquirir um veículo automotor. Dessa forma, a vítima informou seu número telefônico ao denunciado para que lhe enviasse algumas propostas para eventual aquisição de veículo, sendo que, em determinada data, se interessou em adquirir um veículo VW/Gol ofertado pelo denunciado, de modo que, após prévia negociação entre as partes, entregou primeiramente a quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) ao denunciado. No entanto, o denunciado passou a prolongar a entrega do veículo à vítima, que, mesmo após muita insistência, não obteve a propriedade do veículo, tampouco a restituição da quantia entregue ao denunciado [...] . Consta ainda do incluso Inquérito Policial que, em uma das ocasiões descrita no fato anterior, após a vítima mencionar que iria reportar os fatos à polícia, o denunciado Jefferson de Gois Medina passou a proferir ameaças contra esta com os seguintes dizeres: 'Cuidado minha princesa, você não sabe com que você está se metendo; Você tem seus filhos; Você tem seu trabalho; Se ficar ruim para mim também pode ficar ruim para você' (f. 06-08).

Ione, na fase policial, afirmou que conheceu Jeferson no seu local de trabalho e este informou que era corretor de veículos, tendo se interessado pelo assunto, sendo que o apelante lhe ofereceu um veículo VW/Gol, quatro portas, de cor prata, levando-o à sua residência, iniciando as tratativas, tendo entregue ao apelante a quantia de dois mil reais como entrada, no dia 9/9/2013 e se comprometeu a entregar sua motocicleta ainda como parte de entrada no referido veículo, sendo que Jeferson lhe entregaria o carro no dia 10/9/2013,mas ficou protelando. Disse que não conseguir receber o veículo e Jeferson dizia que já havia entregue o dinheiro para o possuidor do carro e alegou que este é quem lhe deveria fazer a entrega, lhe repassando um número de telefone. Afirmou que referida pessoa lhe disse que estava sem tempo hábil de entregar o veículo e percebeu que Jeferson a "enrolava" e, ao dizer que iria na polícia, foi ameaçada, sentindo-se intimidada (f. 86-87).

Em juízo, Ione confirmou que conheceu Jeferson em, seu local de trabalho e que ele fez propaganda da garagem que ele supostamente tinha. Tinha agenda, cartão, tudo que comprovava que ele tinha essa garagem, ele tinha. Telefone fixo e tal. E foi onde que a gente, ele perguntou se eu tivesse interesse em comprar um carro, poderia estar procurando ele e etc. Quando ele começou a me ligar, entrar em contato, falando que ele tinha uns carros e mandava fotos para mim, falando que tinha um carro, que era financiado. O primeiro carro que ele me falou que era da cunhada dele, que ela estava com problema financeiro, que ele queria muito ajudá-la e se eu não gostaria de estar assumindo as parcelas desse carro, e eu daria uma entrada, porque o carro estava apreendido no Detran, ele iria tirar esse carro, que precisava muito ajudar essa cunhada dele, que não conseguiria mais pagar essas parcelas. Aí ele falou para mim o valor da parcela, e era realmente o que eu estava procurando, foi quando a gente, eu falei para ele que a gente deveria estar acertando isso. Foi quando ele foi ao meu trabalho e falou para mim que ele precisava dessa entrada para ele estar indo até o Detran, estar tirando, para a gente estar finalizando todo o procedimento. Ele estava mexendo, vendo a questão do financiamento, etc. E algumas vezes eu falei com uma pessoa ao celular, que era uma mulher, que dizia ser a cunhada dele, que até então estava tudo certo, que depois que o carro saísse do Detran a gente ai estar se vendo pessoalmente (f. 716-717).

Disse que entregou a quantia de dois mil reais a Jeferson no seu local de trabalho (f. 718) e "Fiquei no prejuízo. Ele ainda, mais os dois mil reais, ele ia pegar um moto bis que eu tenho. Ele só não pegou porque eu tinha levado minha moto para o conserto. Senão, ele teria pego também a moto".

Acresceu Ione que Jeferson, por telefone, " falava assim para mim que ele não tinha medo, que ele sabia da minha vida particular, que questão de morar sozinha, ter os meus filhos, ele falou com essas palavras. E que ele era acostumado com essas coisas, que ele não tinha medo de nada".

Jeferson, em juízo, disse que não fez negócio de veículo com Ione, sendo a mesma sua ex-namorada (f. 735-736).

Narrou que Ione dizia que "queria' um carro, mas que a mesma tinha o "nome sujo" e os pais da mesma não quiseram fazer o financiamento para a mesma. Expôs que Ione não lhe deu dois mil reais, apenas lhe emprestou oitocentos reais e negou qualquer ameaça (f. 737).

Em relação a Ione a absolvição é medida que se impõe por ausência de prova.

Com efeito Ione afirmou que Jeferson se apresentou como garagista, fazia propaganda, lhe entregou um cartão, lhe ofertou um veículo, tendo entregue ao mesmo a quantia de dois mil reais.

A questão é que Jeferson nega tais fatos e não foram juntados nos autos; a) cartão de Jeferson se passando por garagista; b) recibo de que Ione entregou dois mil reais a Jeferson.

Aliás, é improvável que alguém entregue dois mil reais a título de entrada de um veículo e não tenha nenhum documento que comprove tal fato.

Em relação à ameaça, as provas também não são satisfatórias.

Com efeito. De acordo com Ione referidas ameaças foram motivadas pela desavença comercial existente entre as partes, que não foram comprovadas nos autos.

Outrossim, referidos dizeres expostos na denúncia - "Cuidado minha princesa, você não sabe com que você esta se metendo; Você tem seus filhos; Você tem seu trabalho; Se ficar ruim para mim também pode ficar ruim para você" – não configuram o delito de ameaça, pois não passam de simples bravatas, pois não há referência a mal injusto e concreto.

A ameaça deve ser factível, concreta, o que não se apura na referida bravata.

Portanto, em relação à vítima Ione, a absolvição é medida que se impõe.

Do delito de estelionato

Vítima Andrei Camargo da Silva

Narra a denúncia que*:*

> No dia 08 de agosto de 2013, no estabelecimento comercial denominado 'Flash Tecnologies (locadora de veículos), localizado na Rua Rocha Pombo, nº 668, Bairro Caiçara, nesta cidade, o denunciado Jefferson de Gois Medina obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo de Andrei Camargo da Silva, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante ardil e meio fraudulento, consistente em realizar um contrato de locação com o objetivo de se apropriar do veículo FIAT/Uno, placa NSB 9068. Segundo restou apurado, no dia acima mencionado, o denunciado se dirigiu até a referida locadora de veículos de propriedade da vítima Andrei Camargo da Silva, tendo locado o veículo FIAT/Uno, placa NSB 9068, sendo que, findo o prazo estipulado para a devolução do veículo, o denunciado não o restituiu à locadora, bem como deixou de efetuar o pagamento das diárias ultrapassadas.
>
> Consta ainda que, no ato da locação do referido veículo, o denunciado entregou à vítima uma lâmina de cheque falsa nº UA-000299, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), conta nº 19445-8, agência 6492-5, Banco Itaú, de titularidade de Samuel Otavio de Santana, a título de garantia de pagamento da locação do referido veículo. Posteriormente, no dia 13 de setembro de 2013, na intenção de aplicar outro golpe na vítima, o denunciado foi preso em flagrante, ocasião em que confessou aos policiais que, de fato, possuía a intenção de se apropriar do veículo, mencionando, inclusive, que já o havia repassado a terceiro a título de garantia de pagamento de uma dívida que possuía com este.

> [...]
>
> Consta, ainda que, no dia 13 de setembro de 2013, por volta das 18:00hs, na residência localizada na Rua Rocha Pombo, nº 668 B, Bairro Caiçara, nesta cidade, os denunciados Jefferson de Gois Medina e Bruno Garcia Pereira, agindo em conluio e com identidade de desígnios, tentaram obter para eles, vantagem ilícita, em prejuízo de Andrei Camargo da Silva, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante ardil e meio fraudulento, a fim de locarem outro veículo da vítima com o objetivo de se apropriarem deste.
>
> Segundo restou apurado, no dia acima mencionado, o denunciado Jefferson entrou em contato com a vítima Andrei Camargo da Silva, ocasião em que solicitou a substituição do veículo anteriormente locado FIAT/Uno, placa NSB 9068, por outro veículo, se dispondo a comparecer na residência da vítima para efetuar a troca.
>
> No entanto, a vítima, desconfiando da índole de Jefferson, comunicou os fatos à polícia civil, que se comprometeu a comparecer no local a fim de averiguar os fatos e deter Jefferson, uma vez que constava mandado de prisão em seu desfavor pelo delito de estelionato.
>
> Ocorre que, Jefferson solicitou ao denunciado Bruno Garcia Pereira que comparecesse no local e apenas retirasse o segundo veículo que seria fornecido a titulo de substituição daquele primeiro, tendo ainda, entregue a este uma CNH falsa em nome de Gilmar Bieluczyke Rodrigues a fim de ludibriarem o proprietário da locadora e subtrair o veículo.
>
> Ato contínuo, os policiais civis abordaram o denunciado Bruno na residência da vítima, ocasião em constataram a que este fazia o uso de documento falso como meio de consumar seu intento, e posteriormente abordaram o denunciado Jefferson que aguardava nas imediações do local o retorno de seu cúmplice, realizando suas prisões em flagrante.

Jeferson, na fase judicial, expôs que "eu estava com um carro locado, né, do Andrei, já fazia um tempo, não lembro o tempo certo, acho que não tinha nem uns vinte dias. E eu fiz um pacote, que ele me pagava por semana, porque eu tinha vendido o meu carro, por uma dívida, e eu pagava ele toda semana. Toda sexta-feira eu combinava de pagar ele. E teve uma semana que eu me atrasei, na sexta-feira eu joguei para outra semana, mas sempre falando com ele, sempre ligando para ele e falando com ele. Aí ele ligou pra mim, nessa sexta-feira ele ligou para mim e falou assim: "ó, tem como você trazer pelo menos a metade do dinheiro? Que eu estou precisando". Eu falei assim: "Andrei, eu não tenho todo o dinheiro, você pode me dar o número da conta, que eu posso depositar para você", eu falei para ele. Aí ele falou assim: "não, traz para mim no final da tarde, que eu estou precisando do dinheiro aqui". Aí eu falei assim para ele: "não, tudo bem então", eu fui na casa dele, já tinha ido várias vezes na casa dele, levar o dinheiro para ele lá. Eu peguei e fui na casa dele, levar o dinheiro para ele lá. Aí na hora que eu cheguei lá, a polícia estava esperando já. Os policias" (f. 730).

Jeferson negou ter entregue o cheque em nome de terceiros a Andrei, afirmando que assinou uma nota promissória no valor de mil reais (f. 730).

Em relação ao fato do veículo de Andrei estar com terceira pessoa Jeferson contou, em juízo, que:

> Eu peguei um dinheiro emprestado com um rapaz, né. E ele me deu um prazo para pagar o dinheiro, para pagar essa dívida, entendeu? Ele me deu seis meses para eu pagar 12% por mês, essa dívida. Só que, na verdade, no segundo mês, senhor, ele chegou já pedindo o dinheiro pra mim, precisava, pelo menos, da metade do dinheiro. E ele me encontrou com o carro. Eu fui na casa dele, ele mora no Jaci, o senhor entendeu? Eu fui lá e ele falou assim: "ó, eu vou ficar com o... Faz assim, deixa o carro", eu falei: "Não, não

> posso deixar o carro aqui, que o carro não é meu, o carro é locado, está no meu nome, não vou deixar o carro aqui com você", ele falou assim: "mas que garantia que vai me pagar? Que você vai me pagar?" falei: "você sempre foi na minha loja, você sempre foi comigo lá, a gente sempre tomou tereré juntos, agora você vai me cobrar dessa forma?", eu falei para ele. Aí ele insistiu que (ininteligível), não tinha três dias que eu tinha deixado o carro com ele. Tinha três dias.

Andrei, em juízo, confirmou que locou o veículo para o apelante, sendo que o mesmo pagou a primeira semana e passou a atrasar os demais pagamentos. Narrou que como Jeferson insistia em pegar outro veículo, pediu sua checagem na Defurv e descobri que o mesmo tinha um mandado de prisão em aberto. Contou que os policiais disseram que Jeferson havia vendido o veículo locado, sendo o mesmo recuperado no sábado. Expôs que o cheque caução entregue por Jeferson não foi depositado. Disse que Jeferson não pagava há duas semanas.

O delito de estelionato ficou afastado pelo depoimento de Andrei em juízo, no sentido de que nunca depositou o cheque caução entregue por Jeferson e sequer sabia se o mesmo tinha fundos, pois o apelante pagava, de forma atrasada, mas vinha acertando os valores com Andrei.

Na realidade, no caso concreto, houve mera apropriação indébita, pois não comprovado meio fraudulento ou ardil utilizado por Jeferson para obter o veículo na locadora de Andrei.

Se tal não bastasse, conforme laudo pericial f.205-212, o cheque caução repassado por Jeferson a Andrei não era falso, pois atestada por prova pericial a sua autenticidade.

Em relação ao segundo fato, note-se que Andrei, em juízo afirmou que já estava com os policiais esperando Jeferson, ou seja, de fato não seria enganado pelo mesmo, pois não iria locar veículo ao apelante, tratando-se de fato atípico.

Note-se que Jeferson pediu o segundo veículo a Andrei e o mesmo não queria efetivar a locação, chamando ao local a pedido dos policiais.

Estelionato

Vítima Cláudio Salvador Gavilam

Expõe a denúncia que:

> No dia 10 de fevereiro de 2013, nesta cidade, o denunciado Jefferson de Gois Medina obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo de Claudio Salvador Gavilam, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante ardil e meio fraudulento, consistente em simular interesse em comprar o veículo RENAULT/Scenic, placa HSH 0509, de propriedade da vítima, tendo requisitado o veículo para levar a um mecânico de sua confiança a fim de averiguar as condições em que se encontrava, e posteriormente se apropriado do veículo e não manter mais em contato com a vítima. Segundo restou apurado, a vítima anunciou a venda de seu veículo RENAULT/Scenic, placa HSH 0509, em um jornal de circulação, tendo posteriormente recebido uma ligação do denunciado Jefferson de Gois Medina, que demonstrou interesse na aquisição do veículo. Posteriormente, após prévias estipulações acerca do negócio entre as partes, a vítima confiou seu veículo ao denunciado que informou que pretendia, previamente, apresentar o automóvel a um mecânico de sua confiança para verificar a situação deste. No entanto, na posse do veículo, o denunciado desapareceu, de modo que todas as diligências realizadas pela vítima a fim de localizá-lo restaram infrutíferas, só tendo resgatado seu veículo em 17 de setembro de 2013, que foi apreendido por policiais na posse de um terceiro, conforme Auto de Entrega de fl. 63.

Prevê o artigo 171, *caput*, do Código Penal:"Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa".

Esclarece Luiz Regis Prado que "O atual artigo 171 do Código Penal, que define o crime de estelionato, representa um sensível aperfeiçoamento do tipo legal em relação à legislação anterior. Nos termos da próprio Exposição de Motivos , corrige-se em três pontos a fórmula genérica do artigo 388 do Código de 1890: ao contemplar a captação de vantagem para terceiro, frisar que a vantagem deve ser lícita e 'que a fraude elementar do estelionato não é somente empregada para induzir alguém em erro, mas também a que serve para manter (fazer subsistir, entreter) um erro preexistente' " [2].

Cláudio, em juízo, declarou que vendeu seu veículo para Jeferson e o mesmo "sumiu". Narrou que o veículo era financiado, sendo que Jeferson lhe daria quatro mil reais e assumiria as demais parcelas, tendo entregue o veículo para Jeferson para levá-lo ao mecânico e viajado , sendo que não houve depósito do dinheiro. Disse que anunciou o veículo para venda e Jeferson ligou , mostrou interesse, foi à sua casa, houve a negociação, foi à casa de Jeferson para buscar o documento e redigir o contrato, sendo que , por boa-fé, deixou o apelante levar o veículo para levar o veículo para levar à oficina, sem assinar o contrato e efetivar pagamento. Expôs que quando voltou de viagem Jeferson havia mudado de endereço. Esclareceu que mesmo que o apelante "sumisse" com o carro tinha os dados dele.

Jeferson, em juízo, disse que:

> Eu comprei o carro dele, um Scenic, não cheguei a fazer (ininteligível) porque ele não foi comigo. Ele trabalha em uma pedreira, ele viaja muito para o Mato Grosso. Ele deixou a esposa dele responsável para ir no cartório comigo e levar dois mil para a esposa dele, para poder pegar e ele já tinha deixado o carro comigo lá na minha vó. Lá no Bonanza, onde eu residia anteriormente.[...] ele falou para mim assim: "Jefferson, o carro tem umas coisinhas para fazer", né. E essas coisinhas ficou mais ou menos em torno de mil e quatrocentos reais, para arrumar. Eu mandei arrumar (ininteligível). Aí passou um tempo, eu ligava para ele, meu sogro ligou para ele várias vezes para ele poder vir para a gente reconhecer firma, porque você não pode comprar uma coisa sem reconhecer firma, né, como é que eu ia passar o dinheiro para ele? Só que ele tinha deixado o carro na (ininteligível), que ele tinha que viajar. Ele já tinha deixado o carro lá, ele deixou a chave e o carro lá em casa, e documento. Inclusive o carro tinha documento atrasado e tinha duas parcelas em atraso.[...] , eu não passeie o carro para o meu cunhado, senhor. O carro estava na Julia de Castilho, na mecânica, no bairro Santo Amaro, tá? Meu cunhado saiu de lá, foi para a casa dele com o carro, teve um acidente na rua da, na esquina da Julia de Castilho, chegando na rotatória do bairro Jardim Aeroporto, ele estava passando lá, caiu em uma blitz, os policiais da moto puxaram a placa do carro, o carro estava com busca e apreensão (f. 734-735).

É evidente que não há estelionato no caso concreto, porque ambas as partes, em juízo, afirmaram que houve uma negociação de veículo, ou seja, Jeferson comprou o veículo de Cláudio, o que ele não nega, e não pagou.

Para comprar referido veículo Jeferson não utilizou de nenhum ardil e nem manteve Cláudio em erro, pois este admitiu que pegou todos os dados dos apelante para elaboração do contrato e, por tal razão, entregou o veículo , sendo que Jeferson não depositou o dinheiro e nem assinou o contrato.

O prejuízo, no caso concreto, ficou deve ser resolvido na área cível.

2 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2014, p.225, v.5.

Frise-se que o Direito Penal é subsidiário e somente deve ser acionado quando os demais ramos do Direito não se prestam para resolver a questão, ou seja, "o Direito Penal é a *ultima ratio*, não devendo se ocupar de questões que encontram resposta no âmbito extrapenal (STJ. REsp 1101914/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 21/03/2012)".

Finalizo citando o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto vista no RHC 80362, uma vez que é:

> Notória impotência do Judiciário para atender à demanda multiplicada de jurisdição e, de outro, à também notória impotência do Direito Penal para atender aos que pretendem transformá-lo em mirífica, mas ilusória, solução de todos os males de vida em sociedade -, tendo, cada vez mais, aplaudir a reserva à sanção e ao processo penal do papel de *ultima ratio*, e, sempre que possível, a sua substituição por medidas civis ou administrativas, menos estigmatizantes e de aplicabilidade mais efetiva. Mais que tradução de uma simples tendência de política criminal, o princípio da intervenção mínima se me afigura derivado do *substantive process of law*, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição e que traz consigo, segundo já tem assinalado o Tribunal, o princípio da proporcionalidade: certo que a pena - como corretamente observou Roxin - é 'a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado', segue-se - como é do subprincípio da necessidade, que o apelo à criminalização só se legitima na medida em que seja a sanção penal 'a medida restritiva indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental a que não possa ser substituído por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa'. Cumpre em nome da intervenção mínima - contra a doença, sempre tendente às recidivas, que Carrara chamou de 'nomomania ou nomorréia' penal - a esquecida primeira parte do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: '*La Loi ne doit pas établir que des peines strictement e évidemment* nécessaires...' (STF. RHC 80362, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2001, DJ 04-10-2002 PP-00095 ement vol-02085-02 PP-00368).

Estelionato

Vítima França Júnior Ribeiro Dos Santos

De acordo com a denúncia que:

> No mês de junho de 2013, nesta cidade, o denunciado Jefferson de Gois Medina obteve para si vantagem ilícita, em prejuízo de França Junior Ribeiro dos Santos, induzindo-o e mantendo-o em erro, mediante ardil e meio fraudulento, consistente em se passar por proprietário de uma garagem de veículos e realizar a venda de um veículo CHEVROLET/ Vectra, alheio a sua propriedade, recebendo a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) como parte do pagamento do automóvel. Segundo restou apurado, a vítima, com a intenção de adquirir um veículo automotor, compareceu em uma garagem de veículos localizada na Rua Ceará, nesta cidade, ocasião em que o denunciado Jefferson de Gois Medina, se passando pelo proprietário do estabelecimento, realizou a venda do veículo CHEVROLET/ Vectra à vítima que efetuou o pagamento do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e se comprometeu a assumir o restante das parcelas do financiamento do veículo. No entanto, o denunciado não entregou o veículo à vítima conforme estipulado, sendo que sempre apresentava sucessivas desculpas quanto à entrega do automóvel e de sua documentação, tendo a vítima experimentado o prejuízo integral do valor repassado ao denunciado.

França, em juízo, narrou que queria comprar um veículo Vectra e Jeferson comercializava carros, sendo que:

> Ele foi lá em casa dizendo que ele fazia negociação com o carro, que eu podia financiar um carro mesmo que meu nome estivesse sujo, ele conseguiria um carro para mim no valor de doze mil. [...] E eu peguei, passei o dinheiro para ele. Fui lá na garagem,

> até o rapaz dono do Vectra, na época, era um Vectra quitado, (ininteligível) comerciante lá na (ininteligível). Eu fui lá, vi o Vectra, gostei do carro, fui com o dono do carro em um xerox, tirei o xerox do documento, precisaria desse documento, da xerox, para levar para o banco, para o banco fazer o financiamento do carro. E eu tinha que entrar com os doze mil de entrada, para poder pagar as parcelas do carro. O Jefferson pegaria o carro, levaria para o banco e o banco financiaria (f. 720).

Ressaltou que conheceu Jeferson na garagem, localizada na Rua Ceará, onde comercializava veículos, sendo vendedor , com contatos no banco (f. 720-721), tendo entregue doze mil reais para o mesmo (f. 721), sendo que não pegou o veículo devido aos trâmites burocráticos dos bancos (f. 722) e "Aí eu fui atrás dele. Aí ele desligou o celular. Fui atrás dele, consegui achar ele em outra garagem ali, perto do bairro Monte Líbano lá. [...] Falei: "Jefferson, o que está acontecendo, cara? Que eu fiquei, o carro até agora...", aí o que eu fiz? Descobri o telefone do dono do carro, e falei: "Oh", como chamava o nome do cara? Esqueci o nome do proprietário. Falei: "ó, o seguinte, esse carro foi financiado já ou não foi? Porque eu já paguei para aquele rapaz lá, e até agora nada do dinheiro, nada do carro", ele falou: "assim que o banco me ligar, eu ligo para você então", mas até então o Jefferson não sabia que eu peguei o telefone, fui lá na loja do rapaz [...] Aí eu fui atrás dele, falei: "Ó Jefferson, o negócio é o seguinte, cara, porque está enrolando demais", ele falou: "Não, França, aquele Vectra lá recusou, eu vou pegar e vou atrás de outro Vectra pra você". Aí pegou, passou lá em casa, pegou uma moto, passou lá em casa e me levou em uma garagem lá perto do shopping. Tem um shopping Campo Grande, uma garagem lá atrás do shopping, não sei como chama aquela rua que sai lá na...[...] Aí chegou lá tinha um Vectra igualzinho, lá (ininteligível), falou: "ó, esse aqui serve pra você?", falei: "ó, cara, se é o mesmo carro, dá pra fazer, eu quero". Aí de novo falei: "Jefferson, e aí? O que está acontecendo cara? Está enrolando demais, até agora esse carro não apareceu! Você fica falando que o carro não financiou...". Aí no dia que eu fui cobrar ele lá na garagem que ele estava, no Monte Líbano, ele pegou e falou: "ah, eu vou ligar para a mulher do banco lá", aí ligou na minha frente para a mulher do banco, falou; "olha, fulana, cadê o Vectra? O rapaz está comigo aqui, não sei oque, eu quero que você resolva para mim o negócio do banco aí", a mulher falou: "ah, falta a assinatura do rapaz do carro, do recibo, não sei o que"... Que tinha que o rapaz, acho que Valdomiro que ele chamava, lá da autopeça lá. E aí ficou nesse rolo todo. Aí falei: "Jefferson, o negócio é o seguinte cara, eu estou já preocupado, já está me irritando, porque faz um bom tempo esse negócio", aí o que aconteceu? Ele apareceu lá em casa com um Uno, um Uno branco. Falou: "França, fica com esse carro aqui como garantia que eu vou tirar seu carro, o Vectra que você quer. Vou tirar para você esse Vectra", e eu fiquei com esse uno lá em casa, lá. Aí um dia eu estava lá em casa lá e ele falou: "França, o negócio é o seguinte, eu vou tirar um Pálio numa garagem lá na rua (ininteligível) vende esse carro para mim, cara. Eu não vou mentir, não, eu usei o seu dinheiro para pagar minhas contas, só que eu preciso vender esse carro, esse uno, para poder pegar e tirar o dinheiro para poder pagar o seu vectra que está na garagem lá, tenho que dar entrada na garagem lá", e eu com boa vontade, fui lá, aí o que eu fiz? Fui lá na garagem e vendi o carro para o Jefferson, para outro rapaz" (f.723).

Narrou que vendeu o veículo Fiat/Pálio pelo valor de sete mil reais, financiado e não recuperou seu dinheiro (f. 724).

Jeferson, em juízo, disse o seguinte:

> Ele é o agiota, ele me emprestou o dinheiro. Foi ele que me emprestou o dinheiro. Aí como o senhor conversou na questão do uno, né, na verdade tudo começou mais ou menos em março do ano passado. Eu montei uma sociedade de veículos lá na Ceará, com o Hudson, aí o Hudson teve uma proposta para ele ir para Rio Branco, eu acabei ficando com o prédio e com o trabalho lá, né. Só que eu me endividei. E como o França já era cliente, sempre comprava um carro, sempre estava negociando, eu peguei um dinheiro emprestado com ele. Eu não peguei dez mil, eu peguei treze mil emprestado com ele. E eu comecei, ele falou assim: "eu te empresto o dinheiro, só que você me pega em seis meses, você me paga 12% ao mês", eu falei: "não, sem problema. Para mim está ótimo", falei para ele. Só que

> aí, de repente ele foi, um dia ele chegou e falou comigo assim: "você não consegue tirar um carro pra mim?", né? Eu falei assim: "você quer tirar em carro para você me pagar? Estou precisando de dinheiro. Tira o carro, que eu pego o carro e repasso o carro". Aí eu falei assim, falei: "Ó, França, eu posso tentar", falei para ele, "vou ver o que eu posso fazer, consigo para fazer". Aí ele foi e falou que queria um Vectra. Ele queria um vectra, que era para uso dele, seria para uso dele, que talvez ia passar o dele para a esposa dele e ficaria com o vectra, até para ele pagar as prestações, ele falou. Inclusive ele chegou a ir ver o vectra, realmente ele foi ver o vectra lá, mas eu não prometi, falar para ele que eu ia tirar o carro para poder pegar e, ele pediu para tirar o carro para pagar a dívida, mas ele já tinha emprestado o dinheiro pra mim, senhor. Já tinha um bom tempo atrás que ele tinha emprestado esse dinheiro, eu já tinha pago uma parte do dinheiro também.

Aqui a absolvição de Jeferson se impõe pela ausência de provas e inconsistência no depoimento da vítima França Júnior.

Na fase policial (f. 101) disse que o apelante era o dono da garagem na Avenida Ceará, local onde o conheceu, fato que de início afirmou em juízo, para depois dizer que, na realidade, era apenas vendedor.

Inicialmente, disse que pagou dez mil a Jeferson (f. 101), não tendo recebido o veículo Vectra e, em juízo, que pagou doze mil reais (f. 721).

Ora, nenhum homem médio entrega a quantia de R$ 12.000,00 para pessoa que acabou de conhecer em garagem de automóvel sem exigir recibo ou firmar contrato.

No mínimo deveria o Ministério Público Estadual ter, em relação ao presente delito, exigido maiores cautelas no inquérito policial para se apurar a prova documental e a veracidade da existência das garagens relatadas pela vítima, uma vez que disse que firmou o negócio dentro do respectivo comércio.

Ressalte-se que o ônus da prova, a teor do artigo 156, do Código de Processo Penal pertence ao Ministério Público.

A esse respeito, Aury Lopes Júnior[3], consigna que:

> A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o reú (e muito menos o juiz) tenha qualquer deve de contribuir nessa desconstrução [...]. FERRAJOLI esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (não dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas [...] É importante recordar que no processo penal, não distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente na mão do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência. [...] Devemos destacar que a primeira parte do art.156 do cpp deve ser lida à luz da garantia constitucional da inocência. O dispositivo determina que 'a prova da alegação incumbirá a quem fizer'. Mas a primeira (e principal) alegação feita é a que consta na denúncia e aponta a autoria e materialidade/ logo, incumbe ao MP o ônus total e instransferível de provar a existência do delito.

No caso concreto, somente a palavra da vítima não basta para amparar uma condenação contra o apelante, pois o que temos é um negócio mal sucedido e não comprovado por prova documental.

Do Concurso Material

3 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, 9ed,, p.551.

Assim, resta Jeferson condenado pelo delito de posse de munição (1 ano de detenção e 10 dias-multa) e falsificação de documento público (2 anos de reclusão e 10 dias-multa) à pena total de 2 anos de reclusão, 1 ano de detenção, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, e 20 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal, fica substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

Ante o exposto:

Com o parecer, dou provimento ao apelo do Ministério Público Estadual para condenar Jeferson de Gois Medina pela prática do delito descrito no artigo 12, da Lei 10.826/03 (3º fato), à pena de 1 ano de detenção, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto e 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Contra o parecer, dou provimento parcial ao apelo de Jeferson de Gois Medina para absolvê-lo da imputação da prática de estelionato, tendo como vítimas Andrei Camargo da Silva (1º e 2º fatos), França Junior Ribeiro dos Santos (4º fato), Claudio Salvador Gavilam (5º fato) e Ione Bezerra de Lima (6º fato), nos termos dos artigos 386, incisos III e VIII, do Código de Processo Penal e para absolvê-lo da imputação da prática de ameaça, tendo como vítima Ione Bezerra de Lima (7º fato), nos termos dos artigos 386, incisos III, do Código de Processo Penal.

Em consequência, fica Jeferson de Gois Medina condenado pelo delito de posse de munição (1 ano de detenção e 10 dias-multa) e falsificação de documento público (2 anos de reclusão e 10 dias-multa) à pena total de 2 anos de reclusão, 1 ano de detenção, a ser cumprida no regime prisional inicial aberto, e 20 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Preenchidos os requisitos do artigo 44, do Código Penal, fica substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso do Ministério Público e, deram parcial provimento ao recurso de Jeferson, 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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0044737-22.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – INDEFERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE CARTEIRA DE VISITAÇÃO – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA E SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – RECURSO IMPROVIDO.

O direito do preso a visitação não é absoluto nem ilimitado, devendo o magistrado, considerar as particularidades do caso concreto e medir os interesses envolvidos.

No caso em apreço, o indeferimento do pedido de autorização para a expedição da carteira de visita, não importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, pois foi lhe dada oportunidade para apresentar nova declaração de união estável em conformidade com os requisitos exigidos na Portaria- normativa da AGEPEN nº 01, de 30 de novembro de 2010, no entanto a agravante quedou-se inerte, deixando escoar o aduzido prazo para sanar eventuais irregularidades apontadas pelo magistrado, não havendo o que se falar transgressão do direito previsto no art. 41, X, da LEP, visto que a negativa foi emitida especificamente nessa situação em concreto.

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, 6 de junho de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Priscila Greyce dos Santos Russo contra a decisão monocrática, às f. 21, que indeferiu seu pedido de expedição da carteira de visitação.

Relata em síntese, que foi indeferido seu pedido de expedição da carteira de visitação, tendo em vista que o seu convivente Lucas Figueiredo não possui documentos de identificação, pois teve seus documentos extraviados na delegacia quando de sua prisão, o que impediu que pudessem reconhecer a firma em sua assinatura.

Aduz que o pedido referente a autorização para expedição de carteira foi indeferido novamente tendo em vista o decurso do prazo sem a comprovação da união estável.

Alega que não conseguiu cumprir o que fora determinado pelo despacho tendo em vista que o convivente Lucas não possui documentos de identificação, pois teve seus documentos extraviados na delegacia quando de sua prisão, o que impediu que pudessem reconhecer a firma em sua assinatura.

Requer ao final que:

> Seja tornada sem efeito a decisão atacada e sendo atendido o pleito da agravante, para a finalidade de autorizar a expedição de sua carteira de visitante para que possa visitar seu companheiro Lucas Figueiredo no Presídio de Segurança Máxima Jair Ferreira de Carvalho, aceitando a declaração de união estável com a certificação do diretor do presídio onde Lucas cumpre sua pena, como é feito pelo Patronato Penitenciário, ou, que seja concedido prazo maior para se possa sanar o problema da falta de RG do interno Lucas Figueiredo, juntando nova declaração posteriormente, objetivando assim a reinserção social do interno através do convívio familiar.

Contrarrazões pelo improvimento do presente recurso.

A decisão foi mantida às f. 49 por suas próprias razões.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 57-60 pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Priscila Greyce dos Santos Russo contra a decisão monocrática, às f. 21, que indeferiu seu pedido de expedição da carteira de visitação.

Em que pesem os argumentos da Defesa, o recurso não merece prosperar, motivo pelo qual a decisão deve ser mantida por suas próprias razões e fundamentos, acrescidos dos demais ora agregados.

Em consulta ao SAJ, autos: 0042299-91.2014.8.12.0001, às f. 200-201, consta que:

> Trata-se de pedido de autorização de visitas instaurado por Priscila Freyce dos Santos Russo no intuito de solicitar autorização para que esta possa visitar seu convivente atualmente recolhido no Instituto Penal de Campo Grande, Lucas Figueiredo, ante a negativa do Conselho de Classificação e Tratamento em confeccionar sua carteira de visitantes.
>
> Pois bem, o § 1º do art. 2º da Portaria-Normativa da AGEPEN nº 01, de 30 de novembro de 2010, assim dispõe: "Considera-se companheira aquela que comprovar união estável como o interno exigindo-se para tanto o reconhecimento da sociedade conjugal através de declaração com firma reconhecida, assinada por ambas as partes, ou por decisão judicial". Compulsando os autos, verifica-se que o documento apresentado à f. 195 pela requerente não atende à exigência do mencionado decreto, eis que não houve o reconhecimento de firma em nome do apenado. Assim, intime-se a autora para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar a declaração de união estável, de acordo com o que dispõe a Portaria-Normativa da AGEPEN nº 01, de 30 de novembro de 2010. (...) Mário José Esbalqueiro Júnior Juiz de Direito em substituição legal.

A decisão agravada é a seguinte (f. 21):

> Tendo em vista o decurso do prazo sem a comprovação da união estável (fl. 207), com fundamento no artigo 2º, § 1º, da Portaria Normativa da AGEPEN nº 01/2010, indefiro o pedido para expedição de carteira de visitante à interessada Priscila Greyce dos Santos Russo (f. 190-193). Comunique-se ao Patronato Penitenciário. No mais, aguarde-se o cumprimento da pena, adotando a serventia - de ofício - as providências de impulso processual pertinentes. Intimem-se. Cumpra-se.
>
> Campo Grande, 26 de outubro de 2016.
>
> Mário José Esbalqueiro Júnior
>
> Juiz de Direito em substituição legal

O artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal prevê como direito dos presos a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.

O parágrafo único, dispõe que "Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do direito do estabelecimento".

Nos estabelecimentos penais administrados pela AGEPEN, existe a Portaria n. 01/2010 da AGEPEN que disciplina o direito de visita, no qual dispõe:

> Art. 5º. Para a emissão da carteira de visitante, as pessoas previstas no artigo 2º deverão apresentar os seguintes documentos:
>
> (...) III comprovante de residência recente;
>
> (...)
>
> V - na condição de companheira, deverá apresentar a declaração de união estável com firma reconhecida por ambas as partes ou cópia autenticada de decisão judicial que reconheça a sociedade familiar de fato, nos termos da Legislação Civil (...)

Por seu turno, art. 1723 do Código Civil, disciplina o instituto denominado de união estável, preconizando:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Com efeito, o direito de visitação, não é absoluto, podendo sofrer restrições quando em confronto com outros interesses de maior relevância, como explicitado no parecer de lavra da Procuradoria de (f. 57-60), que faço de razões de decidir, adotando a técnica da motivação *per relationem*[1]*:*

> (...) Cinge-se dos autos que a ora agravante apresentou declaração de união estável (fl. 29), mas como não se enquadrava nas normas de segurança, ou seja, na portaria do estabelecimento prisional em que se encontra o reeducando, o douto magistrado concedeu lhe novo prazo para que a mesma regularizasse tal declaração (fls. 30-31). Vejamos:

1 STJ. Informativo nº 0517, Período: 2 de maio de 2013.Segunda Turma. Direito processual civil. Fundamentação *per relationem*.é legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial (per relationem), consistente na alusão e incorporação formal, em ato jurisdicional, de decisão anterior ou parecer do Ministério Público. Precedente citado: REsp 1.194.768-PR, Segunda Turma, DJe 10/11/2011. EDcl no AgRg no AREsp 94.942-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 5/2/2013.

> (...) Compulsando os autos, verifica-se que o documento apresentado à f.195 pela requerente não atende à exigência do mencionado decreto, eis que não houve o reconhecimento de firma em nome do apenado. Assim, intime-se a autora para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar a declaração de união estável, de acordo com o que dispõe a Portaria-Normativa da AGEPEN nº 01, de 30 de novembro de 2010. - enfatizamos.
>
> Assim, a nosso sentir, ao contrário do entendimento da defesa, o indeferimento do pedido de autorização para a expedição da carteira de visita, não importa em ofensa à dignidade da pessoa humana, pois foi lhe dada oportunidade para apresentar nova declaração de união estável em conformidade com os requisitos exigidos na Portaria-Normativa da AGEPEN nº 01, de 30 de novembro de 2010, no entanto a agravante quedou-se inerte, deixando escoar o aduzido prazo para sanar eventuais irregularidades apontadas pelo douto magistrado, não havendo o que se falar transgressão do direito previsto no art. 41, X, da LEP, visto que a negativa foi emitida especificamente neste caso concreto.
>
> Com efeito, a requerente tinha a faculdade de se acaso não conseguisse a regularização conforme determinação do juiz, poderia ter solicitado a dilação do prazo ou mesmo buscar o reconhecimento da assinatura do reeducando junto ao Direito da Unidade Prisional, mas quedou-se inerte.

A propósito:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DIREITO A VISITA DE NETA MENOR A AVÔ PRESO POR TRÁFICO DE DROGAS. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E EM PORTARIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMS. 126 DO STJ E 280 DO STF. DIREITO À VISITAÇÃO QUE NÃO É ABSOLUTO.
>
> (...)
>
> 3. O direito de visita não é absoluto, devendo ser ponderado diante das peculiaridades do caso concreto.
>
> 4. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1371182/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 19/08/2014)
>
> (...) IV - Embora assegurado expressamente pela Lei de Execução Penal (art. 41, inciso X, da Lei n. 7.210/84), o direito de visitação não possui caráter absoluto, sendo indevida sua sobreposição à disciplina interna garantidora da ordem nos presídios, devendo o interesse privado ceder espaço à primazia do interesse público.
>
> V - Ressalte-se que as visitas prosseguem, estando restrito apenas o contato físico entre os pacientes, o que assegura, de modo proporcional, o direito à visitação do preso e a segurança interna do estabelecimento prisional. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 317.535/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016).

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de ter sido amplamente debatida.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 06 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0047418-62.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PRETENSÃO DE RESTABELECIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR – CÂNCER DE MAMA DIAGNOSTICADO EM 2014 – PERÍODO DE CINCO ANOS – REESTABELECIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECURSO PROVIDO.

Considerando o quadro global da agravante, portadora de doença grave (câncer de mama) em estágio de acompanhamento médico pós retirada de parte da mama direita em 2014, reestabelecida a prisão domiciliar com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

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, 13 de junho de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de agravo de execução penal interposta por Solange Ferreira de Moraes contra a decisão do juízo da Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS de f. 95-96 que revogou a prisão em regime domiciliar e determinou seu retorno ao cárcere aberto.

Narra que passou a cumprir pena no regime aberto em 14 de dezembro de 2010 quando foi diagnosticada com câncer de mama, sendo concedida prisão domiciliar pelo TJMS.

Afirma que em razão de seu quadro clínico, encontra-se limitada para o trabalho, necessitando de tratamento médico especializado, com manutenção do regime prisional domiciliar.

Ao final, requer o provimento de seu agravo para mantê-la em regime domiciliar. Documentos de f. 36-135/144-158.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f. 140-143) pelo improvimento do recurso.

Decisão mantida em juízo de retratação (f. 159),

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 166-170) pelo n improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposta por Solange Ferreira de Moraes contra a decisão do juízo da Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS de f. 95-96 que revogou a prisão em regime domiciliar e determinou seu retorno ao cárcere aberto.

Consta o seguinte na Execução Penal nº 0010444-07.2008.8.12.0001:

Solange cumpre pena de 18 anos de reclusão pela prática de homicídio qualificado, fato ocorrido em 11/9/2006.

Em 9 de junho de 2009 a agravante obteve a progressão ao regime semiaberto.

Em 8/12/2014, requerida a prisão domiciliar devido ao diagnóstico de câncer de mama.

Realizada a perícia, foi constatado o seguinte:

> Analisando os autos encontramos as páginas 340, 384 e 411 documentos que comprovam internações na Santa Casa de Campo Grande. No dia 14 de novembro de 2014 foi submetida a quadrantectomia da mama direita (retirada de parte da mama) e o exame anátomo-patológico do material retirado (página 384) mostrou tratar-se de carcinoma ductal invasivo grau 3. Em decorrência deste resultado foi realizada outra cirurgia, linfadenectomia (retirada de linfonodos) da região axilar direita, na internação de 26 a 28 de novembro de 2014. O exame anátomo-patológico do material retirado nesta última cirurgia a periciada receberá na consulta do dia 19 de fevereiro de 2015. O câncer de mama invasivo grau 3 é uma doença de prognóstico desfavorável, assim as próximas etapas do tratamento poderão ser mastectomia total, quimioterapia e radioterapia. A periciada tem câncer de mama, considerando as peculiaridades da doença e as possíveis complicações da terapêutica que podem ser potencializadas se a mesma for mantida em ambiente insalubre e/ou estressante entendo que deverá permanecer fora do sistema prisional enquanto perdurar o tratamento. A periciada tem hipertensão arterial, não é possível avaliar a eficácia terapêutica baseado em uma aferição isolada da pressão arterial. Os exames apensados as páginas 387 a 393 dos autos mostram avaliação cardiológica dentro da normalidade.

Pelo juízo singular indeferido o pedido de prisão domiciliar, sendo o mesmo obtido em 12 de maio de 2015, por ocasião do julgamento do Agravo nº 0010561-51.2015.8.12.0001 - Campo Grande, de minha relatoria, assim ementado:

> EMENTA - AGRAVO CRIMINAL - PRISÃO DOMICILIAR - REEDUCANDA COM DOENÇA GRAVE E CUMPRINDO PENA EM REGIME ABERTO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 107, II DA LEP - RECURSO PROVIDO.
>
> Deve ser concedido o benefício da prisão domiciliar à condenada que cumpre pena em regime aberto, quando devidamente comprovado que é portadora de doença grave e que não é possível a prestação da devida assistência médica no estabelecimento penal em que cumpre a reprimenda.

Em 26 de abril de 2016 determinada nova perícia.

Constou no novo laudo pericial:

> A periciada teve câncer de mama diagnosticado em novembro de 2014, após avaliação médica especializada o tratamento indicado foi radioterapia que foi realizada no período de 8 de julho de 2015 a 3 de setembro de 2015.
>
> Desde seu término mantém acompanhamento periódico com médico mastologista/oncologista no ambulatório da Santa Casa.
>
> A periciada apresenta nódulo em mama direita, avaliado com ultrassom e biopsiado em 05/02/2016 não se observou evidência de recidiva do câncer.
>
> A mamografia realizada em 25/04/2016 não apresentou alterações sugestivas de malignidade.
>
> Os exames descritos nos itens 5 e 6 foram realizados em laboratórios diferentes mas no mesmo material, apesar de terem resultados conflitantes o oncologista que a acompanha manteve a conduta atual de consultas e exames periódicos.
>
> Até o momento não há evidência de recidiva da doença.
>
> A periciada refere dor frequente em mama direita, recentemente esteve em uma Unidade Básica de Saúde e foi encaminhada para consulta com mastologista, orientei que isto é desnecessário pois o médico que a acompanha no ambulatório da Santa Casa é oncologista e mastologista, além disso a última consulta com ele ocorreu este mês (julho/2016).
>
> Na situação atual entendo que a periciada pode retornar a Unidade Prisional desde que lhe seja garantido comparecimento a todas as consultas e a pronta realização de todos os exames solicitados.

Pelo juízo da Execução Penal prolatada a decisão, ora agravada:

> Decido.
>
> Em detida análise ao laudo pericial de f. 628/631, concluiu o Sr. Perito que a sentenciada não mais apresenta incapacidade para o cumprimento da pena.
>
> Com efeito, nada obstante foi a sentenciada acometida, no ano de 2015, de câncer de mama, devido ao sucesso do tratamento que manteve em quase 2 anos, "até o momento não há evidência de recidiva do câncer de mama", relata o Perito do Juízo às f. 629.
>
> Ademais disso, também concluiu a Perícia Oficial que o atual estágio do tratamento da doença consiste em "acompanhamento médico periódico".
>
> Vejamos (f. 629):
>
> "(...) Na situação atual entendo que a periciada pode retornar a Unidade Prisional desde que lhe seja garantido comparecimento a todas as consultas e a pronta realização de todos os exames solicitados".
>
> Portanto, definitivamente, inexiste óbice para o retorno da sentenciada ao cumprimento da pena, pois o atual tratamento médico pode, perfeitamente, ser realizado concomitante ao cumprimento da pena, uma vez que a sentenciada, em regime aberto, pode

ausentar-se a fim de submeter-se ao dito acompanhamento médico periódico, inclusive sem prévia autorização judicial (cf. art. 120 da LEP).

No tocante a documentação apresentada pela Defesa às f. 659/681, é de se registrar que nenhum dos documentos é capaz de reverter a conclusão da perícia médica oficial. Pelo contrário, confirmam que o atual estágio da doença exige acompanhamento médico periódico.

Nesses termos, considerando que o laudo pericial é categórico em afirmar que inexiste incapacidade para o cumprimento da pena, determino seja a sentenciada intimada por meio de seu patrono para que, em até 48 horas, se apresente à Direção do Presídio Feminino de Regime aberto, sob pena de suspensão do regime e decretação da prisão.

Determino, ainda, seja oficiado à AGEPEN para que forneça à sentenciada o tratamento médico de que venha necessitar, inclusive extramuros.

Juntamente com o ofício deverá seguir cópia da presente e do laudo pericial de f. 628/631.

Em que pesem as considerações expostas na decisão agravada, tenho que é o caso de concessão da prisão domiciliar.

É que "os médicos sabem, porém, que se um câncer não voltar em três anos, as chances de recidivas serão muito pequenas — e, depois de cinco anos, poderá se falar em cura. Esse período costuma ser vivido de maneira estressante[1].

No caso concreto, verifica-se no primeiro laudo que o diagnóstico ocorreu em 2014, ou seja, há menos de 5 anos.

No primeiro laudo constou expressamente "A periciada tem câncer de mama, considerando as peculiaridades da doença e as possíveis complicações da terapêutica que podem ser potencializadas se a mesma for mantida em ambiente insalubre e/ou estressante entendo que deverá permanecer fora do sistema prisional enquanto perdurar o tratamento"

O fato é que Solange não obteve a cura da doença, estando ainda em tratamento.

Outrossim, é temerário que a agravante aguarde referido decurso de tempo no cárcere, mesmo que a aberto, submetida a stress e, ainda, não podendo ter atendimento médico/medicamentos a seu dispor de forma imediata.

Atende-se aqui o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao agravo de execução penal interposto por Solange Ferreira de Moraes para reestabelecer a prisão domiciliar, com as mesmas condições impostas anteriormente pelo juízo da Execução Penal, com reavaliação no prazo de 1 (um)ano.

Comunique-se de imediato o Juízo da Execução Penal para as providências cabíveis.

1 http://super.abril.com.br/saude/a-vida-depois-do-cancer-o-comportamento-das-pessoas-curadas/. Acesso em 6/6/2017, às 13h19.

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. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 13 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0061038-83.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA E DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA – ALEGADA AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE DO CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – IMPROCEDENTE – REGISTRO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL – RECURSO IMPROVIDO – COM O PARECER.

Não se aplica o princípio da insignificância se a reprovabilidade da conduta da apelante foi deveras elevada, posto que apropriou-se de numerário pertencente à vítima e destinado a auxiliar no custeio do tratamento de saúde desta; bem como maculou o registro criminal (honra criminal) de outrem, visando ocultar o primeiro crime (apropriação indébita).

O boletim de ocorrência, registrado e firmado pela apelante e pelas autoridades policiais, imputando a outrem crime do qual sabia ser inocente, materializa o crime de denunciação caluniosa.

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, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de maio de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Cicera Alves de Souza Roque foi condenada a 02 anos e 04 meses de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 13 dias-multa, pelos crimes de apropriação indébita e denunciação caluniosa, previstos nos arts. 168 e 339, ambos do CP; que for substituída por duas restritivas de direito.

Inconformada, recorre pleiteando sua absolvição por falta de provas.

O *Parquet* contra-arrazoa, às f. 288-294, para se manter a sentença.

O parecer ministerial opina, às f. 301-308, pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Consta na denúncia que:

> (...) DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA
>
> 1. No dia 03.02.2012, às 12h, na sede da Caixa Econômica Federal, agência 1108 Avenida Bandeirantes, na rua Bandeirantes, bairro Vila Bandeirante, nesta cidade de Campo Grande, MS, a denunciada Cicera Alves de Souza Roque apropriou-se indevidamente da quantia de R$ 200,00, de cujo valor tinha a posse e que deveria ser repassado para a vítima Elsa Roque de Paula Chaves.
>
> 2. Na ocasião dos fatos, a denunciada Cicera Alves de Souza Roque foi na referida agência bancária, a pedido da vítima Elsa Roque de Paula Chaves, que por problemas de saúde estava de cama, sacar a quantia de R$ 200,00, para que comprasse os medicamentos necessários para o tratamento da vítima.
>
> 3. Ocorre que, após sacar o dinheiro, a denunciada retornou para a casa da vítima, dizendo-lhe que o dinheiro já havia sido sacado pela proprietária/titular da conta bancária Luzia Portilho Ribeiro (conta n.013.00.062.286-0 - f.05), e, por isso, tinha utilizado R$ 100,00 de seu próprio dinheiro para comprar os medicamentos da vítima, quantia a qual foi ressarcida por ela posteriormente.
>
> DO CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA
>
> 4. No dia 10.02.2012, às 16h50min, na sede da Delegacia Polícia de Atendimento Comunitário - DEPAC, rua Padre João Crippa, 1581, bairro Centro, de Campo Grande, MS, a denunciada Cicera Alves de Souza Roque por meio de Boletim de Ocorrência n. 2621/2012 (f. 03), deu causa a instauração de Investigação Policial, imputando à vítima Luzia Portilho Ribeiro, o crime de apropriação indébita (art.168, CP), sabendo ser esta inocente.
>
> 5. Consta no B.O. n. 2621/2012 (f. 03) registrado pela denunciada Cicera Alves de Souza Roque, que a vítima Luzia Portilho Ribeiro se apropriou da quantia de R$ 200,00, pertencente a pessoa de Elsa Roque de Paula Chaves.
>
> 6. Ocorre que, no decorrer das investigações, a denunciada Cicera Alves de Souza Roque confessou a autoria do crime de apropriação indébita, sendo que ele mesma havia se apropriado do referido valor e que para tentar acobertar o crime e justificar-se perante os familiares da origem do dinheiro, resolveu registrar o B.O. n. 2621/2012 (f. 03), apontando como autora do crime a pessoa de Luzia Portilho Ribeiro (...)

Em relação ao crime de apropriação indébita:

As razões defensivas pleiteiam a aplicação da causa supralegal de exclusão da tipicidade consubstanciada no princípio da insignificância.

Inicialmente registro que a aplicação do princípio da insignificância deve ser criteriosa e cautelosa, norteada por um exame de requisitos de ordem objetiva e subjetiva, segundo as circunstâncias do caso.

O entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores é de que o valor total da *res furtiva* ou o efetivo prejuízo da vítima não devem ser os únicos parâmetros para a análise da lesividade da conduta.

Para a configuração do indiferente penal, é preciso também verificar a presença de "certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (STF, HC 84412, relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004).

No caso em tela, o valor subtraído da vítima Elsa não foi elevado, porém a reprovabilidade da conduta foi elevada, pois apoderou-se de dinheiro enviado para auxiliar a custear o tratamento de saúde da vítima, bem como promoveu denunciação caluniosa contra outra pessoa para encobrir esse delito.

Portanto, não se deve aplicar ao caso o princípio da insignificância.

Quanto ao crime de denunciação caluniosa:

As razões recursais registram que embora a recorrente tenha noticiado o falso crimes às autoridades policiais, nada foi formalizado nesse sentido.

Diversamente do sustentado, consta às f.06-07 o Boletim de Ocorrência nº 2621/2012, firmado pela recorrente Cícera, e também por autoridades policiais, no qual imputa o crime de apropriação indébita à Luiza, nesses termos:

> (...) Relata a comunicante que sua cunhada Elsa, ora vítima, se submeteu a um procedimento cirúrgico recentemente e precisou de auxílio financeiro, razão pela qual a filha da mesma, Elaine, lhe enviara a quantia de R$: 200,00 (duzentos reais); Ocorre que por não possuírem contas bancárias, a comunicante e a vítima pediram para a autora Luiza que autorizasse a utilização de sua conta na Caixa Econômica Federal, agência 1106 conta 013.00.062.286-0, para o depósito, devendo a mesma repassar o dinheiro imediatamente para a vítima, que Luiza aceitou o pedido da vítima, porém, no dia 03/02/2012, quando o dinheiro foi depositado em sua conta, a mesma sacou a referida quantia e até o presente momento não entregou para a vítima; Que a comunicante ainda questionou a autora sobre o dinheiro, tendo a mesma dado acesso ao extrato de sua conta onde verifica-se a movimentação financeira citada, mas não fornece qualquer satisfação sobre o destino do dinheiro. Diante dos fatos, registra-se a presente ocorrência (...)

Inclusive, a apelante Cícera ainda junta a prova material do alegado, apresentando, às f.08-10 dos autos, o extrato bancário fornecido por Luiza.

Portanto, restou cabalmente provado o crime de denunciação caluniosa.

Nesse passo, embora as razões recursais não sejam claras, percebe-se que também é invocado o princípio da insignificância em relação a este delito.

Nesse ponto, registro que, embora não haja valor econômico definido, há de se ponderar que a vítima Luiza foi afetada em sua honra, pois acusada de delinquir e possuindo registros desabonadores perante as autoridades policiais, objeto do crime de denunciação caluniosa, fato que pode gerar à vítima profundos incômodos, devendo ser mantida a condenação da apelante tal como lançada na sentença.

Ante o exposto, 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. Paschoal Carmello Leandro

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 23 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000635-84.2014.8.12.0032 - Deodápolis
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – PRELIMINAR DE NULIDADE – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (ART. 129, § 9º, CP), AMEAÇA (ART. 147, CP) E CRIME DE "TORTURA-CASTIGO" (ART. 1º, II, DA LEI N.º 9.455/97) – PRELIMINAR DE NULIDADE QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA PELA AUSÊNCIA DA AUDIÊNCIA DESCRITA NO ART. 16, DA LEI Nº 11.340/06 – ACOLHIDA – MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA VÍTIMA QUANTO AO DESINTERESSE NA AÇÃO PENAL – CASAL VOLTOU A CONVIVER EM HARMONIA – DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DEVIDA – NULIDADE DA DENÚNCIA QUANTO AO CRIME DE AMEAÇA.

A audiência prevista no art. 16 da Lei n.º 11.340/06, deve, obrigatoriamente, ser designada pelo magistrado quando houver a manifestação da vítima da intenção de retratar-se, se o crime é de ameaça e permite a retratação da representação.

Se a vítima declarou perante a autoridade policial que não tinha mais interesse no prosseguimento da ação penal, alegando, inclusive, que o companheiro retornou à casa da família e atualmente vivem em harmonia, deveria ter sido designada audiência antes da denúncia, para ouvir da vítima se pretendia a retratação.

A ausência da referida audiência, não oportunizando à vítima a possibilidade de manifestar-se em juízo para possível retratação antes do oferecimento da denúncia, torna nulo o processo quanto ao crime de ameaça.

Contra o parecer, preliminar de nulidade parcial da denúncia acolhida.

MÉRITO

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (ART. 129, § 9º, CP), AMEAÇA (ART. 147, CP) E CRIME DE TORTURA (ART. 1º, II, DA LEI N.º 9.455/97) – PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 1º, II (CRIME DE "TORTURA-CASTIGO"), DA LEI N.º 9.455/97, PARA A CONDUTA DESCRITA NO ART. 129, § 9º (LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR), DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA – READEQUAÇÃO DA PENA COM VALORAÇÃO DE MODULADORAS DESFAVORÁVEIS (MOTIVO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME) - RECURSO PROVIDO.

A desclassificação do crime do art. art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, para o crime do art. 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), do Código Penal, é medida impositiva, eis que a conduta não reuniu os requisitos legais do crime de tortura.

O crime de "tortura castigo" é crime próprio em que, obrigatoriamente, devem estar presentes os elementos típicos de que a vítima esteja em "poder, guarda ou autoridade" do agressor, e deve restar comprovado o "intenso sofrimento físico ou mental" da vítima.

Se a vítima é companheira do agressor, não é de plano demonstrado que esteja na condição de estar sob o "poder, guarda ou autoridade" do agressor e ademais, o próprio laudo pericial atesta de forma genérica e abstrata as agressões sofridas pela vítima mas não permite concluir que houve "intenso sofrimento físico ou mental" (constatadas apenas escoriações leves na região torácica concluindo-se que se tratou de leões leves), pelo que é incabível neste caso a condenação pelo crime tipificado no art. 1º, II, da Lei n.º 9.455/97.

Conduta desclassificada para lesão corporal, com moduladoras desfavoráveis (motivo e circunstâncias do crime) , já que o intuito era de "corrigir e reprimir" a vítima, que ademais estava fragilizada pela situação de cólica renal.

Recurso defensivo ao qual, contra o parecer, dá-se provimento.

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 da relatora.

Campo Grande, 18 de abril de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

N. L. dos S. interpôs recurso de apelação em face da sentença (f. 119/128), que o condenou à pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, e ainda, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, pela prática dos crimes dos artigos 129, §9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), e 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Irresignado, aduz que a vítima, ainda na delegacia, manifestou expressamente seu desinteresse na ação penal, retratando-se da representação anteriormente manifestada (f. 28) e que, mesmo assim, a audiência descrita no art. 16, da Lei n.º 11.340/06 não fora designada. Destarte, preliminarmente, quanto ao crime de ameaça, requer seja decretada a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, determinando-se a realização da referida audiência.

No mérito, busca a reforma da decisão para que o crime de tortura seja desclassificado para aquele previsto no art. 129, § 9º, do CP, de modo que subsista a condenação do apelante apenas quanto ao crime de lesão corporal (f. 147/150).

Contrarrazões pelo parcial provimento do apelo (f. 152/161).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não provimento (f. 169/176).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação interposto por N. L. dos S., contra sentença (f. 119/128), que o condenou à pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, e ainda, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, pela prática dos crimes dos artigos 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), e 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Consta da Denúncia (f. 01/04):

> (...) Consta dos inclusos autos que, no dia 19 de fevereiro de 2014, por volta das 22h30min, na Rua S. n. Conjunto Habitacional, neste Município de D., o indiciado N. L. dos S., ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, de forma livre e voluntária, prevalecendo-se das relações domésticas e de coabitação, ofendeu a integridade corporal e a saúde de sua companheira, senhora Lidia dos Santos, causando-lhe lesões corporais, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito - Lesão Corporal Dolosa , fl.12-verso.
>
> Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar o denunciando submeteu sua companheira, mediante violência física, por meio de uso de uma mangueira, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de aplicar-lhe castigo pessoal, causando-lhe lesões corporais.
>
> Consta, também que, nas mesmas circunstâncias acima, logo após as agressões, N. L. dos S., consciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, de forma livre e voluntária, ameaçou, por palavras, sua companheira acima citada, de causar-lhe mal injusto e grave.
>
> Segundo restou apurado, o autor dos fatos é pessoa bastante ciumenta e, há alguns dias antes do ocorrido, o casal já vinha se desentendendo. Na data do fato, por motivos de somenos importância, o acusado, não gostando do fato de sua companheira ter ido buscar um remédio na casa de sua mãe, quando aquela retornou ao lar conjugal, passou a ser agredida com socos e chutes, tendo o denunciando a agarrado pelo pescoço.
>
> A vítima, após ter conseguido escapar, foi novamente agredida, por meio do uso de uma mangueira, como forma de castigo, tendo o denunciado desferido vários golpes pelo seu corpo, causando-lhe diversos hematomas e um corte na perna, o que ocasionou grande sofrimento físico e mental.
>
> Como se não bastasse, após a cessação da agressão física, N. ameaçou L. dizendo que iria sair de casa e, quando retornasse, a coisa seria muito pior e, na sequência, tomou rumo ignorado.

O apelante foi condenado às penas de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime do art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, e ainda, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, pela prática dos crimes dos artigos 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), e 147 (ameaça), ambos do Código Penal.

Irresignado, aduz que a vítima, ainda na delegacia, manifestou expressamente seu desinteresse na ação penal, retratando-se da representação anteriormente manifestada (f. 28). Destarte, preliminarmente, quanto ao crime de ameaça, requer seja decretada a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, determinando-se a realização da audiência descrita no art. 16, da Lei n.º 11.340/06.

No mérito, busca a reforma da decisão para que o crime de tortura seja desclassificado para aquele previsto no art. 129, § 9º, do CP, de modo que subsista a condenação do apelante apenas quanto ao crime de lesão corporal (f. 147/150).

Da preliminar de nulidade ante a ausência da audiência prevista no art. 16, da Lei n.º 11.340/06.

Tal pretensão merece acolhimento.

O apelante, em preliminar, arguiu a nulidade do feito por ausência da realização de audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06, visto que, em sede policial, a vítima manifestou expressamente seu desinteresse na ação penal, retratando-se da representação anteriormente manifestada (f. 28). Preliminarmente, quanto ao crime de ameaça, requer seja decretada a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, determinando-se a realização da audiência descrita no art. 16, da Lei nº 11.340/06.

A vítima, no termo de declaração complementar, declarou (f. 28):

> Apesar de ter representado criminalmente em desfavor de seu companheiro Nelson Luiz dos Santos, o qual, em data de 19 de fevereiro do corrente ano a agrediu fisicamente e ameaçou-a seriamente, motivado por ciúmes, causando-lhe lesões corporais, a declarante alega que Nelson lhe pediu perdão pelos atos de violência que praticou e se comprometeu a não repeti-los, tendo dito que estava muito arrependido, restabelecendo dessa forma a união conjugal de fato de 17 anos, sendo que o autor retornou para casa, motivo pelo qual se retrata da representação pelos crimes de Lesão Corporal Dolosa e Ameaça, eis que não tem mais interesse no prosseguimento do feito apuratório.

Disciplina o art. 16, da Lei nº 11.340/06:

> (...) Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

A intenção do legislador com o citado artigo foi possibilitar a realização de tal audiência, antes do oferecimento da denúncia, àqueles casos em que o magistrado julga necessário averiguar quais são as verdadeiras intenções da vítima, já que há fundadas dúvidas acerca do arrependimento desta quanto à ocorrência registrada.

A designação da audiência no caso de violência contra a mulher, não pode ser entendida como etapa do rito no processo penal, cabendo ao Juiz a iniciativa de designá-la quando julgar conveniente ou quando a própria vítima assim solicitar.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu a ordem do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (autos n.º 34607) ao Ministério Público deste Estado para que a audiência prevista no art. 16, da Lei Maria da Penha só ocorra quando a vítima manifeste, antecipada, espontânea e livremente, o interesse de se retratar. Vejamos:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. AUDIÊNCIA DO ART. 16, DA LEI MARIA DA PENHA. REALIZAÇÃO EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DA OFENDIDA NO SENTIDO DE RETRATAR-SE DA REPRESENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

> 1. Conforme entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a ação penal, nos casos de lesão corporal de natureza leve em violência doméstica e familiar contra a mulher, é de natureza pública condicionada à representação. REsp 1.097.042/DF.
>
> 2. Acerca da representação apresentada pela vítima para a condição de procedibilidade da *persecutio criminis*, tem-se que tal ato prescinde de formalidades, bastando o registro da notícia-crime perante a autoridade policial. Precedente.
>
> 3. A audiência de que trata o art. 16, da Lei n.º 11.340/06, não deve ser realizada *ex officio*, como condição da abertura da ação penal, sob pena de constrangimento ilegal à mulher, vítima de violência doméstica e familiar, pois configuraria ato de 'ratificação' da representação, inadmissível na espécie.
>
> 4. A realização da referida audiência deve ser precedida de manifestação de vontade da ofendida, se assim ela o desejar, em retratar-se da representação anteriormente registrada, cabendo ao magistrado verificar a espontaneidade e a liberdade na prática do referido ato. Precedentes.
>
> 5. Recurso provido para conceder a ordem. (STJ. RMS 34607 / MS. Rel. Min. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ). Quinta Turma. Julgado em 13/09/2011).

Portanto, a audiência a que refere o artigo em análise somente se realizará caso a ofendida expresse previamente a vontade de retratar-se da representação ofertada em desfavor do agressor, como o ocorrido *in casu* (f. 28).

Assim, deveria o magistrado, obrigatoriamente, ter designado a audiência prévia prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, para que, antes do recebimento da denúncia, a vítima tivesse a oportunidade de renunciar à representação, sob pena de nulidade do feito.

Diante da ausência de designação da referida audiência, impõe-se a nulidade do processo, com relação ao crime de ameaça, desde o recebimento da denúncia, concluindo-se como necessária a realização da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06, com fulcro no artigo 564, IV do Código de Processo Penal.

Desta forma, acolho a preliminar de nulidade suscitada quanto ao crime de ameaça, por falta de condição de procedibilidade da ação penal.

Da desclassificação do crime de tortura para o crime de lesão corporal leve.

No mérito, busca a reforma da decisão para que o crime de tortura seja desclassificado para aquele previsto no art. 129, § 9º, do CP, de modo que subsista a condenação do apelante apenas quanto ao crime de lesão corporal (f. 147/150).

Novamente, assiste razão ao apelante.

O magistrado sentenciante, ao justificar a condenação pelo crime de tortura, ponderou (f. 121/122):

> No que se refere ao crime de tortura, tenho este restou evidenciado, uma vez que a finalidade de torturar é o desejo de impingir dor e sofrimento intensos à vítima por prazer ou outro motivo injustificado - elemento subjetivo específico do crime de tortura.
>
> Consoante depoimento da vítima e da testemunha P. dos S., o acusado havia ameaçado anteriormente a vítima, relatando para seu cunhado Paulinho, que iria fazer uma "besteira", caso a vítima não mudasse seu comportamento.

> A vítima, na fase policial, relatou que o acusado havia ficado insatisfeito pelo fato desta ter ido até a casa de sua mãe buscar um remédio, e, posteriormente em razão dela ter conversado com um homem no caminho de volta para casa.
>
> Ora, resta evidente que o acusado agrediu, violentamente a vítima, com vários golpes de mangueira, por motivo injustificado, e, ainda como forma de possível castigo por esta não ter "mudado seu comportamento".
>
> Consoante depoimento da testemunha P. dos S., irmão da vítima, esta gritava muito no dia dos fatos, sendo que tais gritos foram ouvidos até mesmo por ele e sua esposa, os quais residem nas proximidades da residência da vítima.

Convém transcrever a definição do crime de tortura pelo qual o apelante fora denunciado e condenado, tipificado no art. 1º, II, da Lei n.º 9.455/1997:

> Submeter alguém, **sob sua guarda, poder ou autoridade**, com emprego de violência ou grave ameaça, a **intenso sofrimento físico ou mental**, como forma de aplicar **castigo pessoal ou medida de caráter preventivo**.
>
> Pena – reclusão, de 02 (dois) a 08 (oito) anos. grifo nosso

Há assim vários requisitos na conduta incriminada e todos eles devem estar presentes para a tipificação penal.

A meu ver, a conduta praticada pelo apelante não se enquadra na definição acima.

A uma, porque não se pode dizer - em pleno século XXI - que a mulher que está convivendo em uma união conjugal de fato de 17 (dezessete) anos (conforme Declaração f, 28), com filhos, esteja necessariamente "sob a guarda, poder ou autoridade" do homem.

No máximo pode-se dizer que a mulher apresenta sim, uma condição de hipossuficiência, com relação à força física, e também eventual constrangimento psíquico em razão da coabitação e relação de poder ou supremacia masculinos (que se trata de um dado sociocultural), porém, haveria de averiguar-se caso a caso essa condição, que não é automática.

Isto porque há décadas as mulheres vêm conquistando uma relação de igualdade nos direitos e obrigações conjugais, sendo que, atualmente, muitas delas possuem, inclusive, o domínio e autoridade dentro do lar. Considerar de plano que a vítima, pela simples condição de "ser mulher", estaria "sob a guarda, poder ou autoridade" do companheiro, seria presunção que não prescinde de uma prova mais aprofundada, mas decididamente considerá-la necessariamente nessa condição (sob poder ou autoridade do homem) seria exagerado, representando consagrar um entendimento retrógrado, perante a igualdade de direitos de que ela desfruta perante a lei.

A duas, o tipo penal traz ainda a necessidade de que o crime tenha sido praticado com o emprego de violência ou grave ameaça – o que, de fato, aconteceu no caso em testilha, porém há ainda necessidade de outros requisitos, que são: tais agressões, necessariamente, devem ter submetido a vítima a "intenso sofrimento físico ou mental", e devem ter sido forma de aplicar "castigo pessoal ou medida de caráter preventivo".

Ora, a sentença reconheceu que a vítima sofreu "vários golpes de mangueira", porém o Laudo Pericial em momento algum discrimina sobre isso ou mesmo a quantidade dos golpes de mangueira sofridos pela vítima, e, do mesmo modo, não há discriminação pormenorizada que extrapole a conclusão de se tratar de "lesão corporal de natureza leve" (que foi a conclusão do laudo).

Nos quesitos foi afirmado pelo perito que "houve ofensa à integridade corporal ou à saúde da examinada", e que o instrumento, agente ou meio que produziu seria "contundente", e o perito concluiu que as lesões foram "escoriações leves na região torácica"

O laudo supracitado tampouco atesta o "intenso sofrimento físico ou mental", sofrido pela vítima, ao contrário, o perito respondeu negativamente à maioria dos quesitos que buscavam saber de maior gravidade das lesões, e acabou concluindo que se tratou de "lesão corporal de natureza leve".

O referido Laudo, acostado às f. 18/19 apenas descreve que a examinada L. dos S. fora vítima de lesão corporal dolosa (agressão física), ocasião em que foi atingida com socos, pontapés, e ainda, com um pedaço de mangueira, sofrendo lesões pelo corpo, tendo atestado, por fim, que a vítima apresenta escoriações leves na região torácica, logo, concluiu-se tratar de "lesão corporal de natureza leve".

Não vejo reunidos os requisitos para caracterizar a conduta do apelante como crime de tortura, até porque, infere-se que, na mesma data, e no mesmo momento a suposta tortura e lesão corporal teriam ocorrido, em momentos imediatamente sucessivos.

Outrossim, provou-se que, ato contínuo às agressões, o apelante deixou a residência do casal, o que demonstra que a ação não persistiu por tempo suficiente que pudesse gerar a exaustão e sofrimento ainda maior da vítima, para que se pudesse, então, supor - ainda que minimamente - o crime de tortura mental.

Do *bis in idem* da condenação

A condenação nos moldes da sentença apelada a meu ver incorreu em *bis in idem*, eis que a mesma conduta gerou duas condenações por crimes distintos.

Registrou-se apenas uma única conduta do agente, ou seja, as agressões físicas - socos, pontapés e golpes com a mangueira - ocorreram no mesmo contexto fático, e no mesmo momento. A única diferença entre as ações foi o instrumento agressor, porém as ações se sucederam em continuidade, uma em seguida imediata à outra, e produziram lesões leves.

Porém esta conduta gerou duas condenações, em distintos tipos penais, quais sejam: art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, e ainda, art. 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), do Código Penal.

Para melhor compreensão, assim dispõe o art. 129, § 9º, do Código Penal:

> **Art. 129 – ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem**:
>
> (...)
>
> § 9º 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 03 (três) meses a 03 (três) anos. grifo nosso

Assim, entendo ser mais adequada a condenação apenas pelo crime de lesão corporal leve, sendo devida a desclassificação do crime do art. art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, para o crime do art. 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), do Código Penal, que já fora inserido no comando condenatório.

Isto porque o próprio laudo pericial apenas declara, de forma genérica e abstrata as agressões sofridas pela vítima, sendo impossível afirmar que houve "intenso sofrimento físico ou mental", e isso obsta a condenação pelo crime tipificado no art. 1º, II, da Lei n.º 9.455/97.

No mesmo sentido, colhe-se a jurisprudência do TJ/DFT, no Acórdão n.º 834468, publicado aos 02/12/14, extraindo-se:

> PENAL. RÉU CONDENADO PELO CRIME DE TORTURA-CASTIGO (ARTIGO 1º, INCISO II, DA LEI 9.455/97). VOTO MINORITÁRIO RECLASSIFICANDO A CONDUTA PARA A DE EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES CUMULADA COM LESÃO CORPORAL GRAVE (ARTIGOS 345 E 129, §1º, DO CÓDIGO PENAL). PREVALECÊNCIA DO VOTO VENCIDO. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS.
>
> 1 A defesa propugna o prevalecimento do voto minoritário que desclassificava a conduta de tortura-castigo (Artigo 1º, Inciso II, da Lei 9.455/97) para exercício arbitrário das próprias razões mais lesão corporal grave (artigo 345 combinado com 129, § 1º, do Código Penal. A vítima contratou com o réu instalar equipamento de ar condicionado num salão de beleza e recebeu um adiantamento em dinheiro, mas nada fez para cumprir o trato, deixando, ainda, de atender os seus telefonemas pedindo a restituição do que foi pago. Diante disso, o réu pediu a um casal amigo que fingisse interesse num orçamento para instalação de ar-condicionado doméstico. A vítima foi ao endereço indicado, sendo ali subjugada, amarrada, desapossada dos cartões bancários e obrigada, mediante violência e grave ameaça, a revelar as senhas. O saque se frustrou por falta de dinheiro na conta, sendo por isso torturada com pimenta nos olhos e thinner jogado nos órgãos genitais, sofrendo lesões corporais que a deixaram incapacitada para as ocupações habituais por mais de trinta dias. Desesperada, a vítima ofereceu o televisor da mãe para pagar o prejuízo e foi à casa dela, suplicando-lhe que o entregasse aos seus algozes. A mulher, vendo as condições deploráveis do filho, gritou e fez um escarcéu que chamou a atenção dos vizinhos, provocando a fuga dos réus, que deixaram a vítima, ainda amarrada, nos braços da mãe.
>
> 2 A teoria finalista da ação de Hans Welzel, adotada pelo Código Penal Brasileiro, determina que a finalidade da ação é o que define sua tipicidade. A prova dos autos provou que a violência empregada pelos réus tinha por finalidade única obrigar a vítima a devolver o que recebera indevidamente, e não a de obter uma informação, declaração ou confissão sobre fato juridicamente relevante. **Não se cogita de tortura-castigo, que configura crime próprio e só pode ser cometido por agente que tenha a vítima "sob sua guarda, poder ou autoridade".**
>
> 3 Inaplicável o princípio da consunção porque o tipo exercício arbitrário das próprias razões, no preceito secundário, expressamente prevê a dupla punição do agente em caso de violência.
>
> 4 Embargos providos. (Acórdão n.º 834468, 20110710130336EIR, Relator: Mario Machado, Relator Designado: George Lopes Leite, Revisor: George Lopes Leite, Câmara Criminal, Data de Julgamento: 17/11/2014, Publicado no DJE: 02/12/2014. Pág.: 173.).

Em suma, o crime de lesão corporal é crime comum e plurissubsistente, enquanto que o chamado crime de "tortura-castigo" (art. 1º, II, da Lei n.º 9.455/97) é crime próprio.

Para Damásio de Jesus:

> Este crime constitui delito consuntivo (princípio da consunção no conflito aparente de normas), integrando o delito de maior gravidade, que a absorve. É o que ocorre no homicídio, que necessariamente passa pela ofensa à integridade corporal ou à saúde da

> vítima. Em relação ao crime de tortura, o crime de lesões corporais é consuntivo, ou seja, é absorvido pelo crime de tortura que, muito mais complexo e com mais elementos objetivo e subjetivo, incorpora os elementos objetivos. (JESUS: 1992, p. 111).
>
> (...) Diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando, por isso, um *minius* ou um *plus* de severidade. A norma especial, ou seja, a que acresce elemento próprio à descrição legal do crime previsto na geral, prefere esta: *lex specialis derogat generali, semper specialia generalibus insunt, generi per speciem derogantur* (JESUS: 1999, p. 109).

Em relação ao crime de lesões corporais que, prescrito no Código Penal brasileiro nos termos do art. 129, é crime "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", o crime de tortura é crime especial, pois o tipo penal previsto tem mais elementos típicos, objetivos e subjetivos que esta. Ou seja: sempre que o juiz se deparar com um caso em que reste comprovado que houve ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, mas que contenha outros elementos (ou a severidade do sofrimento, ou cometido por agente público, ou por pessoa que detinha "poder, guarda ou autoridade", entre outros elementos típicos do tipo penal tortura), o juiz deve enquadrar a conduta dentro do tipo penal de tortura, pois este crime abrange o crime de "lesões corporais", de acordo com o princípio da consunção (*lex consumens derogat legi consumptae*).[1]

No caso presente, se houvesse requisitos para configurar-se o crime de tortura, este deveria abranger as lesões, produzidas no mesmo contexto fático, pela consunção.

Não estando presentes os requisitos para se configurar a tortura, é devida a desclassificação do crime do art. 1º, II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, para a conduta descrita no art. 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), do Código Penal, contudo, agregando a este crime a valoração de elementos desfavoráveis, como será exposto abaixo, na dosimetria.

Passa-se à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, entendo desfavorável a motivação do delito, face ao intuito de "reprimir e corrigir" a mulher, com intenção de impedi-la de relacionar-se com outras pessoas, assim como as circunstâncias (já que provado que ela se encontrava fragilizada em situação de cólica de rim, merecendo apoio conjugal em vez de maltrato físico) então, à luz do art. 59, do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal, qual seja 04 (quatro) meses de detenção.

No âmbito da segunda fase do método trifásico de apenamento, inexistem circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, restando inalterada a reprimenda.

Por fim, na 3ª etapa de dosimetria penal, inexistem causas de aumento e/ou diminuição, restando, portanto, a pena definitiva fixada em 04 (quatro) meses de detenção.

Mantido o regime aberto imposto na sentença.

Inviável a substituição da pena, eis não restaram preenchidos os requisitos do art. 44, I, do CP.

Conclusão:

Ante o exposto, contra o Parecer, dou provimento ao recurso interposto por N. L. dos S., para acolher a preliminar de nulidade quanto ao crime de ameaça, e desclassificar o crime do art. do crime do art. art. 1º,

1 L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità - http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/latina/dias/cap6.htm

II (crime de tortura), da Lei n.º 9.455/97, para o crime do art. 129, § 9º (lesão corporal no âmbito doméstico e familiar), do Código Penal, restando o apelante definitivamente condenado à pena de: 04 (quatro) meses de detenção, em regime aberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 18 de abril de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1403617-80.2017.8.12.0000 - Dourados
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME DE HOMICÍDIO (ART. 121, § 2º, II E IV, DO CP) – ABSOLVIÇÃO COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO – ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL PELA FALTA DE VAGA EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO OU ESTABELECIMENTO ADEQUADO – PACIENTE ENCONTRA-SE EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.

O inimputável submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico não pode permanecer em estabelecimento prisional comum, ainda que sob a justificativa de ausência de vagas ou falta de recursos estatais.

Evidenciado o constrangimento ilegal, a ordem deve ser concedida para permitir que o paciente em tratamento ambulatorial o surgimento de vaga em hospital psiquiátrico.

HC concedido para determinar a internação do paciente em hospital psiquiátrico, e, na inexistência de vaga e enquanto não surgir a vaga, autorizar que permaneça em tratamento ambulatorial até surgir tal vaga.

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, contra o parecer, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Omar Zakaria Suleiman impetra ordem de *habeas corpus*, em favor do paciente Paulo Roberto Ferreira da Silva apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

O impetrante argumenta que, autos nº 0011111-19.2010.8.12.0002, o paciente foi absolvido pelo crime de homicídio que lhe foi imputado (121, § 2º, incisos II e IV, do CP), sendo-lhe aplicada medida de segurança de 03 anos de internação em hospital de tratamento psiquiátrico ou em estabelecimento adequado.

Afirma que "desde sua absolvição o paciente encontra-se preso em estabelecimento penal, ao invés de estar sob tratamento médico, pois como é sabido, a medida de segurança tem caráter curativo,

terapêutico e não repressivo (...) o paciente encontra-se há vários meses sob constrangimento ilegal preso em estabelecimento totalmente inadequado. Ao caso não há que se falar do princípio da razoabilidade, eis que a razoabilidade deve ser vista ao caso em prol do paciente, que há 04 meses encontra-se sob constrangimento ilegal".

Assim, pugna pela concessão da ordem para ordenar a soltura do paciente reconhecendo o constrangimento ilegal que se materializa na sua manutenção em regime prisional diverso de internação em hospital de tratamento psiquiátrico ou em estabelecimento adequado e, alternativamente, requer a determinação de realização do Laudo Médico Pericial para atestar a cessação da periculosidade do agente.

Em cognição sumaríssima, o pedido de liminar foi indeferido pelas razões de f. 120/123.

A autoridade coatora prestou informações apontando que o fato de não haver estabelecimento penal adequado para cumprimento da medida de internação não implica na conversão em tratamento ambulatorial ou prisão domiciliar (f. 127/137).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 141/146, opina pela denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Omar Zakaria Suleiman em favor do paciente Paulo Roberto Ferreira da Silva apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados que indeferiu os pedidos de substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial ou prisão domiciliar e de realização de exame para atestar a cessação da periculosidade do agente antes do transcurso do prazo mínimo.

Referida decisão restou assim fundamentada:

> (...) I) Da substituição da medida de internação:
>
> Na sentença absolutória constou que o reeducando deverá cumprir medida de internação e o v. Acórdão manteve a decisão nos seguintes termos:
>
> EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL- HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - RECURSO DEFENSIVO - INSURGÊNCIA CONTRA A MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO APLICADA- ART. 97 DO CP - MEDIDA NECESSÁRIA - RISCO À SEGURANÇA PESSOAL E DA SOCIEDADE - RECURSO IMPRÓVIDO. Sendo o crime apenado com reclusão, bem como apresentando o agente periculosidade para sociedade, necessária a manutenção da medida de segurança de internação aplicada, sendo insuficiente no caso o tratamento ambulatorial. (...) A conclusão do laudo pericial foi a seguinte (f. 341-342): Resulta, de modo inconcusso, que Paulo Roberto tem diagnóstico de CID-10: F29 Psicose não orgânica não especificada. Feito o relatório desse exame, reúne-se os principais elementos apurados para que, ao final justifique-se a conclusão com segurança: 1) Paulo Roberto *é* alienado mental; 2) Paulo Roberto à época dos fatos tinha prejuízo da capacidade de entendimento (cognição) globalmente, devido à transtorno psicótico. 3) Paulo Roberto à época dos fatos tinha prejuízo da capacidade de autodeterminação (afetividade-psicomotricidade) globalmente, devido à transtorno psicótico. 4) Do ponto de vista psicopatológico pode-se afirmar que associado à psicose de Paulo Roberto há leves sinais neurológicos e/ou síndrome cerebral orgânica associada. Sabe-se que alguns preditores de comportamento violento diferem de acordo com o tipo de

> transtorno mental, situação e o tipo de conduta violenta. Por exemplo, estudos realizados com pacientes hospitalizados encontraram maior chance de conduta violenta entre portadores de Síndrome Cerebral Orgânica, Retardo Mental e Psicoses com Neurológicos (TELES, L.E.B., 209). A conclusão médico-legal é pela inimputabilidade. (.) b) Possui ou possuía enfermidade, doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado? Caso positivo especificar se esta é capaz de retirar ou reduzir o discernimento para a prática dos atos; RESPOSTA: Sim. Retirou totalmente seu discernimento á época dos fatos.' (f. 341-2). Ressalte-se que, contrariamente ao aduzido pela defesa, há sim risco de o apelante ter novos episódios de conduta violenta, conforme laudo consignado no laudo pericial ante a patologia que possui, o que se constitui em risco para a sociedade (...). Grifei (f. 21-5).

Anoto que o delito praticado pelo agente é grave, pois Paulo Roberto Ferreira da Silva efetuou disparos de arma de fogo contra Adriano Amâncio de Souza, que faleceu, por acreditar que este pretendia furtar seu animal e mediante recurso que dificultou a defesa, ataque enquanto a vítima estava caída, como constou na sentença:

> Assim, é possível se afirmar, como uma versão apresentada e plausível, pelos elementos contidos nos autos, que no dia 6.6.2010, por volta das 16h, Corredor 8, Chácara Califórnia, n.º 165, Jardim Canaã II, em Dourados-MS, o denunciado desferiu disparos de arma de fogo contra Adriano Amâncio de Souza, que não veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade do acusado. O motivo do crime foi fútil, por acreditar que o ofendido queria furtar sua égua, além do recurso que dificultou a defesa, ataque enquanto a vítima estava caída As qualificadoras também devem ser reconhecidas, pois o réu praticou o delito após uma discussão com o ofendido por acreditar que o mesmo queria furtar seu animal, uma égua, conforme narrado pelas testemunhas (f. 191-225 e 241-5), além do recurso que dificultou a defesa, isto é, ataque enquanto a vítima estava no solo. As testemunhas foram firmes neste sentido (f. 175-213 e 243). (f. 10-9).

O fato de não haver estabelecimento penal adequado para cumprimento da medida de internação não implica na conversão em tratamento ambulatorial ou prisão domiciliar, principalmente quando demonstrada a periculosidade do agente, como exposta nos parágrafos anteriores. Neste sentido já decidiu o TJMG:

> EMENTA - *HABEAS CORPUS* - INIMPUTABILIDADE - MEDIDA DE INTERNAÇÃO - AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO - PERICULOSIDADE DO AGENTE - SEGREGAÇÃO EM CADEIA PÚBLICA, EM REGIME FECHADO - MANUTENÇÃO ATÉ O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO - POSSIBILIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. Mantém-se a segregação do paciente cuja periculosidade é evidente, ainda que em estabelecimento prisional comum, no caso de não haver vaga para o cumprimento da medida de internação em estabelecimento adequado. (TJMG, *habeas corpus* n.º 10000160039046000 MG, 2.ª Câmara Criminal, relatora Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, Julgado em 18.2.2016, Publicado em 29.2.2016).

Assim, ante periculosidade do agente, necessária a internação do sentenciado. Desse modo, o pedido de substituição da medida por tratamento ambulatorial ou prisão domiciliar, deve ser indeferido.

Da realização de exame antes do prazo mínimo de internação:

> O artigo 175, da Lei de Execução Penal, determina que será realizado exame de cessação da periculosidade após transcurso do prazo mínimo estabelecido para a internação do agente, *in verbis*: "Art. 175. A cessação da periculosidade será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte (...).

A regra estabelecida pela Lei é que o exame de cessação da periculosidade será realizado após o término do prazo mínimo estabelecido.

No entanto, o artigo 176, da LEP, faz uma ressalva e possibilita, em casos especiais, a realização da perícia antes do término do prazo. Para isso, deve o interessado apresentar elementos indicativos de que provavelmente cessou a periculosidade. Sobre o assunto leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

> Expressamente, permite a lei que o exame seja efetuado ainda antes do término do prazo mínimo ou a qualquer tempo após a realização do exame obrigatório. Podem requerer a realização do exame extraordinário o Ministério Público, o interessado, seu procurador ou defensor, desde que o façam fundamentadamente. É indispensável, portanto, que se apresentem elementos indicativos de que ***é*** provável ter cessado a periculosidade do internado, o que poderá ser confirmado pelos peritos. A decisão também deve ser fundamentada, cabendo dela o recurso de agravo em execução. Negritei (MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei n.º 7.210, de 11.7.84. 12.º ed. Revista e atualizada - São Paulo: Atlas, 2014, p. 863).
>
> No caso em tela, a defesa não trouxe elemento novo capaz de demonstrar possível cessação da periculosidade, somente embasou seu pedido no fato do reeducando não praticar outro delito enquanto esteve solto e supostamente agir em legítima defesa, tese esta não elencada na ação penal (f. 10-9). Ademais, Paulo Roberto Ferreira da Silva está somente há quatro meses em tratamento (f. 65).
>
> Logo, sem o transcurso do prazo mínimo e dada a ausência de elementos indicativos da provável cessação da periculosidade, indefiro o pedido de perícia.
>
> Diante do exposto, a) indefiro o pedido de substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial ou prisão domiciliar, dada a periculosidade do agente; e, b) indefiro o pedido de realização de exame, pois sem o transcurso do prazo mínimo e dada a ausência de elementos indicativos da provável cessação da periculosidade. (...)".

O impetrante afirma que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por sua manutenção em regime prisional diverso de internação em hospital de tratamento psiquiátrico ou em estabelecimento adequado.

Assim, pugna pela concessão da ordem para ordenar a soltura do paciente e, alternativamente, requer a determinação de realização do Laudo Médico Pericial para atestar a cessação da periculosidade do agente.

Pois bem, o paciente foi denunciado pela pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, do CP, pois, no dia 06/06/2010, atirou contra a vítima Adriano Amâncio de Souza produzindo-lhe o ferimento que lhe causou a morte (f. 13/16).

Ao final da instrução processual concluiu-se que o acusado era inimputável, sendo incapaz de entender o caráter ilícito do fato, então, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do CPP, julgou-se improcedente a denúncia para absolver Paulo Roberto Ferreira da Silva da imputação do artigo 121, § 2º, II e IV, do CP com aplicação de medida de segurança de internação em hospital de tratamento psiquiátrico ou em estabelecimento adequado, conforme previsto nos artigos 96, inciso I e 97, ambos do Código Penal, pelo período de 3 anos ou enquanto durar a periculosidade do acusado (sentença de f. 21/30, que foi mantida pelo acórdão de f. 32/36 e no agravo regimental em recurso especial de f. 58/64).

Em consulta ao SAJ 1º grau Dourados é possível constatar que se expediu mandado de prisão em desfavor do paciente em 31/11/2016, sendo este cumprido em 16/12/2016, desde então, Paulo Roberto

encontra-se recolhido no setor de saúde da Cadeia Pública de Dourados/MS, ante a escassez de vagas em hospital para tratamento psiquiátrico.

Em que pese a gravidade da conduta praticada pelo Paciente (homicídio qualificado por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima) e a escassez de vagas em estabelecimentos adequados para cumprimento da medida de segurança de internação, fato é que o constrangimento ilegal está latente, eis que foi absolvido sendo considerando inimputável, todavia, encontra-se em local inapropriado ao que lhe foi imposto pela sentença.

O paciente é alienado mental, sendo diagnosticado tem diagnóstico com psicose não-orgânica não especificada (CID-10: F29), apresentando prejuízo de autodeterminação, apresentado sinais leves sinais neurológicos e/ou síndrome cerebral orgânica associadas à psicose. Então, por certo, necessita de tratamento médico e medicamentoso específico, e o presídio de segurança máxima não é local adequado para o paciente receber esse tipo de tratamento.

Assim, ainda que não exista vaga em hospital psiquiátrico, ideal para o tratamento do paciente, é incontroverso que o paciente não pode ficar *ad eternum* em local inapropriado esperando a benevolência do Estado para lhe dar um tratamento digno, respeitoso e adequado para a sua enfermidade.

É ilegal a prisão de inimputável sujeito a medidas de segurança de internação, mesmo quando a razão da manutenção da custódia seja a ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento.

No mesmo sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. INIMPUTABILIDADE. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. ENCARCERAMENTO EM PRESÍDIO COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. Esta Corte Superior tem posicionamento pacífico no sentido de ser inadmissível a segregação de inimputável submetido à medida de segurança de internação em estabelecimento prisional comum, enquanto aguarda o surgimento de vaga em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico. Precedentes. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar a imediata transferência do paciente para Hospital Psiquiátrico ou, na ausência de vaga, que o mesmo seja incluído em tratamento ambulatorial, até o surgimento da respectiva vaga. (STJ. HC 324885 / SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. Julgado em 04/08/2016).
>
> *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. AUSÊNCIA DE VAGAS. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. IMPOSSIBILIDADE. TERATOLOGIA EVIDENTE. 3. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal. 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a inércia do Estado em disponibilizar estabelecimento adequado ao cumprimento da medida de segurança de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico autoriza a transferência do sentenciado a regime de tratamento ambulatorial até o surgimento de vaga. Precedentes. 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, acolhido o parecer ministerial e ratificada a liminar, determinar a imediata transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, na impossibilidade, seja ele submetido a regime de tratamento ambulatorial até o surgimento de vaga. (STJ. HC 283049 / SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Quinta Turma. Julgado em 24/04/2014)

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PACIENTE SUBMETIDO À MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA EM PRESÍDIO COMUM. FALTA DE VAGA EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*. 2. Constitui constrangimento ilegal a prisão de inimputável sujeito à medida de segurança de internação, diante da ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento, porque a manutenção desses estabelecimentos especializados é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas. 3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, tornando definitivos os efeitos da liminar anteriormente deferida, determinar a transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, na sua falta, a tratamento ambulatorial até o surgimento de vaga. (STJ. HC 284520. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 03/04/2014)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE VAGA EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO.ESTABELECIMENTOPRISIONALCOMUM.CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

I. Imposta medida de segurança de internação, configura constrangimento ilegal a submissão do réu ao cumprimento de pena em presídio comum por mais de 01 ano, em razão da falta de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado.

II. A insuficiência de recursos do Estado e a gravidade do delito praticado não servem como fundamentação idônea a ensejar a manutenção do paciente em regime prisional comum, quando lhe foi imposta medida de segurança.

> III. Ordem concedida para determinar a transferência do paciente para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, devendo, na falta de vaga, ser submetido a regime de tratamento ambulatorial, até que surja vaga em estabelecimento adequado à sua condição. (STJ. HC 207019/SP. Rel. Min. Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgado em 18/08/2011).

Este Tribunal também já apreciou a matéria, oportunidade em que assim decidiu:

> *HABEAS CORPUS* – APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO – FALTA DE VAGA EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO – ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMUM – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.
>
> Medida de segurança de internação aplicada ao paciente, configura constrangimento ilegal sua manutenção em prisão comum por falta de vaga em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado.
>
> Ordem concedida para permitir que o paciente aguarde em sua residência o surgimento de vaga em hospital psiquiátrico. (TJMS. HC 4000684-90.2013.8.12.0000. Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 04/03/2013).
>
> *HABEAS CORPUS* - HOMICIDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA - ABSOLVIÇÃO - ACOLHIDA A TESE DE INIMPUTABILIDADE DO PACIENTE - APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO - DETERMINAÇÃO AINDA NÃO CUMPRIDA - PACIENTE QUE AGUARDA TRANSFERÊNCIA PARA O HOSPITAL PSIQUIÁTRICO NA DELEGACIA DE POLÍCIA DA COMARCA SEM TRATAMENTO ALGUM - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - ORDEM CONCEDIDA PARA CONVERTER A MEDIDA DE INTERNAÇÃO EM TRATAMENTO AMBULATORIAL ATÉ QUE EXISTA VAGA PARA O PACIENTE EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO.'
>
> Se ao paciente, considerado inimputável pelo conselho de sentença, foi aplicada a medida de segurança de internação em hospital psiquiátrico, caracteriza constrangimento ilegal aguardar, por prazo indeterminado, na cela da Delegacia de Polícia, sem tratamento algum, o surgimento de vaga em local adequado. Ordem concedida para converter a medida de internação em tratamento ambulatorial até que exista vaga para o paciente em hospital psiquiátrico. (TJMS. *Habeas Corpus* n. 0028351-90.2011.8.12.0000. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 03/10/2011)

Oportuno destacar que, em consulta ao SAJ 1º grau, não há notícia de que o paciente tenha voltado a delinquir ou registrado histórico de violência após a pratica do homicídio (ocorrido em 06/06/2010).

Assim, o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente é inquestionável, não podendo ser ele mantido em prisão comum sob o argumento de inexistência de vaga para cumprimento da medida de segurança.

A ordem deve ser concedida para permitir que o paciente aguarde o surgimento de vaga em tratamento ambulatorial.

Ante ao exposto, contra o parecer, concedo a ordem deste *habeas corpus* para determinar para determinar a internação do paciente em hospital psiquiátrico, e., na inexistência de vaga e enquanto não surgir a vaga, autorizar a conversão da medida de internação em tratamento ambulatorial, até que exista vaga para o paciente Paulo Roberto em hospital psiquiátrico, momento em que deverá ser imediatamente transferido para tratamento em hospital psiquiátrico.

Comunique-se a autoridade coatora para providências.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 16 de maio de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001640-22.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RECONCILIAÇÃO E PERDÃO DA VÍTIMA AO RÉU – IRRELEVANTE – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – IMPOSSIBILIDADE QUANTO AO DELITO DE LESÃO CORPORAL – OUTROS INDÍCIOS COMPROVAM O DELITO – DEPOIMENTO DA VÍTIMA E CONFISSÃO DO RÉU – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – VIOLÊNCIA PRESENTE – CONDENAÇÃO NECESSÁRIA – SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO DA PENA – CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – POSSIBILIDADE – *SURSIS* CONCEDIDO – DELITO DE AMEAÇA – NÃO CARACTERIZADO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A agressão na violência doméstica deve vir acompanhada de provas irrefutáveis de sua ocorrência. A palavra da vítima deve ser analisada no contexto dos fatos, principalmente se corroborada por outras provas. Se a materialidade e autoria de lesão corporal restam comprovadas, não há que se falar em absolvição. A condenação se faz necessária se o conjunto probatório comprova que o réu agrediu a vítima. Agressão confirmada pelo próprio réu, circunstâncias que validam a necessária condenação do agressor. Incabível a substituição da pena, mas presentes as condições para a suspensão condicional da pena. *Sursis* concedido pelo prazo de dois anos, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal. Delito de ameaça não comprovado, absolvição mantida nesse caso. O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de junho de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor do réu Luiz Carlos Dias da Silva (24 anos).

Segundo a denúncia (fls 01-03), em 14/06/2014, por volta das 18:00hs, na rua São João, 940, Vila Pernambuco, em Cassilândia/MS, o denunciado Luiz Carlos Dias da Silva teria ofendido a integridade corporal de sua genitora, sra. Sandra Aparecida Tiago Dias, causando-lhe lesões corporais de natureza leve, incurso nas penas do artigo 129, **§** 9º em concurso material com o artigo 147 c/c artigo 61, inciso II, alínea "e" do Código Penal, nos moldes da Lei nº 11.340/2006.

O réu foi preso em flagrante delito na data dos fatos (15/06/2014), sendo posto em liberdade, sem fiança, em 19/07/2014 (fls 77-82).

Não há nos autos elementos que comprovem o pedido/concessão de medidas protetivas.

A denúncia foi recebida no dia 10/07/2014 (fls 53-54), tendo o réu apresentado defesa preliminar em 04/08/2014 (fls 73-74).

Foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 25/11/2014 (fls 83).

Instruída a ação penal, com o depoimento da vítima, interrogatório do réu e oitiva de duas testemunhas, todos em audiovisual (fls 96 e 114), foi proferida sentença absolutória pela D. Magistrada da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, que reconheceu que as alegadas ameaças sequer foram comprovadas e as agressões não poderiam ser caracterizadas como crime, inexistindo conflito a ser pacificado pelo Poder Judiciário, tudo com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Irresignado com a absolvição, o Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal (fls 147-159), pugnando pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença para condenar o réu nos delitos nominados na denúncia, assim como apresentou prequestionamento quanto aos artigos que cita.

Em contrarrazões de recurso, o réu pugnou pela manutenção da sentença absolutória, com o improvimento da apelação (fls 161-167).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls 176-181, requer o conhecimento e provimento do recurso para a condenação do apelado nos termos da denúncia, bem como pelo acolhimento do prequestionamento suscitado nas razões recursais.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

A denúncia informa que:

> No dia 14 de junho de 2014, por volta das 18 horas, na residência localizada na Rua São João, nº 940, Vila Pernambuco, nesta cidade, Luiz Carlos Dias da Silva ofendeu a integridade corporal de sua genitora Sandra Aparecida Tiago Dias, causando-lhe lesão corporal de natureza leve. ... No dia dos fatos, denunciado e vítima desentenderam-se, tendo aquele arremessado uma garrafa de vidro contra a cabeça desta, causando-lhe ferida puntiforme de couro cabeludo (f. 14 e laudo de exame de corpo de delito em anexo). ... No mesmo dia e local, por volta das 22h, Luiz Carlos Dias da Silva ameaçou por palavra de causar mal injusto e grave à sua genitora Sandra Aparecida Tiago Dias. ... Após ser agredida, a vítima foi encaminhada à Santa Casa local para atendimento médico e acionou a Polícia Militar. Ao retornar para casa, o denunciado ameaçou de causar-lhe mal injusto e grave, na presença dos policiais militares. (...)

Pelo delito, o apelado foi incurso nas penas do artigo 129, § 9º em concurso material com o artigo 147 c/c artigo 61, inciso II, alínea "e" do Código Penal, nos moldes da Lei nº 11.340/2006.

O réu foi preso em flagrante delito na data dos fatos (15/06/2014), sendo posto em liberdade, sem fiança, em 19/07/2014 (fls 77-82), tendo cumprido 35 (trinta e cinco) dias de segregação.

A denúncia foi recebida no dia 10/07/2014 (fls 53-54), tendo o réu apresentado defesa preliminar em 04/08/2014 (fls 73-74), sendo designada audiência de instrução e julgamento para o dia 25/11/2014 (fls 83).

Instruída a ação penal, com o depoimento da vítima, interrogatório do réu e oitiva de duas testemunhas, todos em audiovisual (fls 96 e 114), este fora absolvido por decisão proferida pela D. Magistrada da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS, fundamentada no fato que a vítima teria manifestado interesse em encerrar o processo, havendo, portanto, uma renúncia a proteção penal de seu bem. Que mãe e filho continuariam a residir juntos, restando pacificado o conflito, estando ambos vivendo harmoniosamente desde então. Entendeu também a D. Magistrada, que as alegadas ameaças não restaram comprovadas nos autos, e por essa razão, ante a falta de provas do delito de ameaça e a inexistência de conflito a ser pacificado quanto a alegada lesão corporal, houve por bem em absolver o réu, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Inconformado com a decisão, o Ministério Público propõe apelação criminal pugnando pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença, para condenar o réu nos delitos nominados. Ressalta que, em que pese a vítima ter perdoado o réu, tal atitude não afastaria a tipicidade da conduta, pois o delito de lesão corporal é de ação penal pública incondicionada. Além disso, também afirma que o entendimento da Magistrada contraria frontalmente a Lei Maria da Penha, que se dedica a proteção das mulheres, não podendo o estado deixar de punir as condutas criminosas pelo fato dos agressores e vítimas se entenderem, com perdão e desculpas recíprocas.

Por fim, apresenta prequestionamento quanto aos artigos que cita.

Após detida análise dos autos, conheço do recurso, já que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes questões preliminares, passo ao exame do mérito do recurso.

Inicialmente, cumpre salientar, com a devida vênia do entendimento encampado pela D. Magistrada sentenciante, que a Jurisprudência das Cortes Superiores é no sentido de que a eventual reconciliação entre réu e vítima é irrelevante para o desfecho da ação penal. Ressalvando o meu posicionamento pessoal relativamente ao tema, não se justifica arrostar as decisões das Cortes Superiores, sob pena de ofensa aos princípios da economia e da celeridade processual.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.424/DF, deu interpretação, conforme a Constituição, aos artigos 12, I, 16 e 41, todos da Lei nº 11.340/2006, estabelecendo que, nos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, seja leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, a ação penal é sempre pública incondicionada.

Neste caso, a persecução penal e o seu resultado escapam à esfera de interesse pessoal dos envolvidos. A legitimidade ativa da ação penal pública incondicionada é privativa do Ministério Público e o princípio fundamental que a informa é o da obrigatoriedade, do qual decorrem, dentre outras, as regras da indisponibilidade e da oficialidade, afigurando-se irrelevante para o desfecho do processo, portanto, a vontade manifestada pelas partes, no sentido da absolvição ou condenação.

De se assinalar, ainda, que o legislador considerou indispensável para a proteção da mulher, no âmbito doméstico, a efetiva intervenção do direto penal, editando a Lei nº 11.340/2006. Assim, não há como se admitir que o intérprete do direito deixe de proceder à operação de tipicidade, na espécie, invocando o princípio da intervenção mínima, quando seguramente demonstradas a autoria e a materialidade de delito abrangido pelo referido diploma legal.

A amplitude da proteção conferida pela mencionada Lei Especial está retratada na redação dos seus artigos 5º, 6º e 7º:

> Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o 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 por 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.
>
> Art. 6º. A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.
>
> 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, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Quanto ao princípio da insignificância, mesmo aqueles que o entendem passível de aplicação em nosso ordenamento, orientação de que não compartilho, repudiam a sua incidência na hipótese de violência doméstica.

Neste sentido, colaciono os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO. NÃO APLICAÇÃO. 1. Não têm aplicação aos delitos com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, tanto o princípio da insignificância como o da bagatela imprópria, sendo pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido da relevância penal de tais condutas. 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp 1464335/MS, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015).

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÕES CORPORAIS. ÂMBITO FAMILIAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1 LESÕES CORPORAIS. ANÁLISE DE PROVAS E DE FATOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Como já referido na decisão agravada, não é possível a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de que decorre violência física, ainda mais se ele é praticado no âmbito familiar, e, como dito, ainda que assim não fosse, a apuração da dimensão das lesões corporais provocadas na vítima demandaria, de modo inafastável, a apreciação de matéria fático-probatória, a esbarrar na proibição contida na Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp 19.042/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 01/03/2012).

Feitas estas considerações, verifico que assiste razão em parte ao Ministério Público ao pleitear a condenação de Luiz Carlos Dias da Silva como incurso nas sanções apenas do artigo 129, § 9º do Código Penal, nos moldes da Lei nº 11.340/2006.

De fato, em relação ao delito de lesão corporal, está provado nos autos que o recorrido ofendeu a integridade física de sua genitora, provocando-lhe a lesão leve descrita nos autos.

A materialidade restou devidamente positivada através do inquérito policial juntado às fls 04-51, notadamente do Boletim de Ocorrências (fls 28-29), da ficha de atendimento ambulatorial (fls 17) e laudo de exame de corpo de delito (parte - fls 51), tudo em perfeita sintonia com a prova oral produzida.

A autoria, também se encontra incontroversa nos autos. O próprio réu, em seu depoimento em juízo (em audiovisual), afirmou, em relação aos fatos narrados na denúncia, que após uma discussão com a ofendida, praticou a agressão física descrita, negando apenas a prática das alegadas ameaças.

A vítima, por sua vez, também em depoimento em juízo (em audiovisual), apesar de suas evasivas e nítido interesse em amenizar a gravidade dos fatos em benefício do réu, também confirmou a agressão descrita.

Como regra, a palavra da vítima se reveste de especial relevância nos crimes praticados no âmbito doméstico, normalmente cometidos longe do olhar de terceiro e, notadamente, quando corroborada com outras evidências de prova. Confira-se, neste sentido, o seguinte julgado:

> PENAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - DELITO DE AMEAÇA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. - Nos crimes praticados dentro

> do ambiente domiciliar tipificados pela Lei Maria da Penha a palavra da vítima assume extrema importância, ainda mais quando confirmada por outros indícios veementes, se apresentando suficiente ao decreto condenatório, independente da negativa de autoria do acusado, especialmente porque praticados normalmente na clandestinidade, ausentes quaisquer testemunhas presenciais. (TJMG - Relator: Desembargador Pedro Vergara - Processo n. 0076670-55.2007.8.13.0177 - Data do Julgamento: 15/12/2009 - Data da Publicação: 03/02/2010).

Ademais, a presunção é sempre de que as pessoas agem de boa-fé. Não se pode, então, desconsiderar as palavras da vítima, a não ser diante de evidências concretas de que ela opera com o detestável propósito de prejudicar o réu, ou que tenta utilizar o Judiciário como instrumento para promover injustiças. No presente caso, não recai sobre a ofendida qualquer suspeita de falsa imputação, pelo contrário, como mãe até tenta favorecer o réu. Mesmo assim, a ofendida demonstrou coerência e segurança em suas declarações.

Todavia, ressalve-se que a imputação quanto ao delito de ameaça não restou comprovada.

A denúncia sequer individualiza qual teria sido a ameaça proferida pelo réu, tampouco comprova na instrução, que tais ameaças teriam ocorrido e em que grau, passível de impor temeridade à vítima.

Tanto é assim, que vítima e réu continuaram a dividir a mesma casa até os dias de hoje, havendo, inclusive, expresso perdão por parte da ofendida quanto a agressão sofrida.

Para configuração do crime de ameaça é necessário o preenchimento dos requisitos do artigo 147 do Código Penal e que o mal seja injusto e grave, apto a intimidar substancialmente a vítima, causando-lhe o necessário temor.

No presente caso, restou claro que mãe e filho tinham uma convivência considerada normal e, no dia dos fatos, alterados pela bebida, desentenderam-se de forma mais grave e que culminou com o desfecho objeto desta ação penal. Mas depois, recompostos, voltaram a conviver em harmonia. No dia dos fatos, quando essa discussão foi um pouco mais intensa, fez com que os ânimos ficassem exaltados e a suposta ameaça, certamente, se proferida, foi de forma impulsiva, em tom de bravata, sem a seriedade e idoneidade que caracterizam referido delito. A conduta, no caso, é atípica.

A condenação, nesse caso, exige certeza absoluta do ocorrido, de forma indiscutível, que demonstrem a efetividade do delito e a autoria, não bastando a probabilidade de terem ocorrido.

Nesse sentido é a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

> (...) somente se pune a ameaça quando praticada dolosamente. Não existe a forma culposa e não se exige qualquer elemento subjetivo específico, embora seja necessário que o sujeito, ao proferir a ameaça, esteja consciente do que está fazendo. Em uma discussão, quando os ânimos estão alterados, é possível que as pessoas troquem ameaças sem qualquer concretude, isto é, são palavras lançadas a esmo, como forma de desabafo ou bravata, que não correspondem à vontade de preencher o tipo penal. Por isso, ainda que não se exija do agente estar calmo e tranquilo, para que o crime possa se configurar, também não se pode considerar uma intimidação penalmente relevante qualquer afronta comumente utilizada em contendas. ... *In* Código Penal Comentado, Editora Forense, 17ª edição, pág. 878.

Dessa forma, entendo ausentes as circunstâncias necessárias a um decreto condenatório quanto ao delito de ameaça.

Segundo Celso Delmanto:

> Vale ainda lembrar que predomina na doutrina o entendimento de que a ameaça, para configurar o tipo penal, precisa ser marcada pela seriedade e idoneidade, razão pela qual são encontráveis diversas decisões jurisprudenciais apontando a não configuração de crime quando a ameaça é produto de ato impensado, "em momento de cólera, revolta ou ira"; estando o autor ébrio; ou quando a vítima não lhe confere maior relevância. (DELMANTO, Celso, Código Penal Comentado, 6ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 316.

Veja-se a jurisprudência (grifei):

> APELAÇÃO PENAL. AMEAÇA E DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AMEAÇA DURANTE DISCUSSÃO ACALORADA. INCERTEZA DO DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO DOLO DE IMPUTAR CRIME A QUEM SABE INOCENTE. 1. Se as circunstâncias indicam que a ameaça proferida pela acusada aconteceu em momento de descontrole emocional, carecendo de seriedade e reflexão, afasta-se o dolo e, consequentemente, a tipicidade da conduta. 2. Não comprovada, de forma satisfatória, a existência de dolo direto, elementar nos delitos de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal), imperiosa a absolvição por insuficiência de provas para a condenação. 3. Recurso desprovido. (TJDF; APR 2014.05.1.004276-9; Ac. 958.179; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. João Timóteo de Oliveira; Julg. 28/07/2016; DJDFTE 09/08/2016)

Também, o entendimento majoritário deste Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO - PROCESSO PENAL - VIAS DE FATO - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - VERSÕES ANTAGÔNICAS SEM SUSTENTAÇÃO - *IN DUBIO PRO REO* - NÃO PROVIMENTO. Em se tratando de delito de ameaça em que há apenas as versões do acusado e da ofendida, deve-se reconhecer a fragilidade do conjunto probatório, em respeito ao princípio *in dubio pro reo*. Apelação ministerial a que se nega provimento, face a debilidade do conjunto probatório. (Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 25/09/2016; Data de registro: 29/09/2016)

Assim, diante do quadro acima exposto, de rigor a absolvição do acusado no que tange ao imputado delito de ameaça.

Ante todo o exposto, no presente caso, ante as evidências da prática do delito de lesão corporal por parte do réu, sua condenação é medida que se impõe, razão pela qual deve a sentença ser modificada para o fim de condenar o réu nas penas do artigo 129, § 9º do Código Penal, nos moldes da Lei nº 11.340/2006, mantendo-se sua absolvição quanto ao delito de ameaça (artigo 147 do Código Penal).

Por consequência, passo a dosimetria da pena do crime de lesão corporal (artigo 129, do Código Penal), nos termos dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal, considerando:

Culpabilidade: não há nos autos qualquer evidência que justifique a exasperação da pena-base pela conduta do réu, sendo que sua culpabilidade foi própria do tipo e sem relevância que possa justificar o aumento da pena base.

Antecedentes: o réu não apresenta antecedentes criminais (fls 68).

Conduta social: não há nos autos elementos que justifiquem o aumento da pena em virtude da conduta social do réu.

Personalidade do agente: inexistem informações significativas quanto a personalidade negativa do réu, capazes de influir na fixação da pena.

Motivos: os motivos são próprios do tipo, não justificando qualquer elevação da pena.

Circunstâncias: não há nos autos circunstâncias que possam repercutir na pena.

Consequências do crime: são as normais à espécie, não justificam a elevação da pena.

Comportamento da vítima: o comportamento da vítima não contribuiu diretamente para a ocorrência do delito.

Dessa forma, fixo a pena-base para o delito de lesão corporal (artigo 129, § 9º do Código Penal), em 03 (três) meses de detenção, já observada a forma qualificada no âmbito da violência doméstica.

Na segunda fase, inexistem agravantes. A atenuante da confissão é reconhecida, mas tendo em vista a aplicação da pena mínima, não há como valorizar essa circunstância, uma vez que não seria possível a redução da pena já fixada no mínimo legal.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição de pena, a qual torno definitiva em 03 (três) meses de detenção.

Fundada nas razões expendidas nesta decisão e, em consonância com o disposto pelo artigo 33, caput, parágrafo 2º, alínea "c", do Código Penal, e considerando as condições pessoais do réu e as circunstâncias concretas do fato, estabeleço o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

Em observância ao disposto no artigo 387, § 2º, inserido no Código de Processo Penal pela Lei 12.736/2012, verifico que o sentenciado permaneceu custodiado no curso deste processo, não havendo qualquer alteração no regime ora estabelecido para cumprimento inicial da pena, devendo, todavia, ser considerado o tempo de custódia para efeito de detração penal.

Quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, verifico que, mesmo observados os limites impostos nas disposições legais insertas no artigo 17 da Lei 11.340/2006, tal substituição não poderá ser feita, tendo em vista o que dispõem os incisos I, II e III do artigo 44, do Código Penal, uma vez que a violência é elemento do tipo penal ora em questão, não estando, pois, preenchido tal requisito objetivo, prejudicial à análise de qualquer outra circunstância relacionada à personalidade do agente.

Em análise quanto ao cabimento da suspensão condicional da pena, entendo ser ela cabível, uma vez que foram reconhecidas circunstâncias judiciais em favoráveis ao acusado, concedendo-se o *sursis*, visto que o réu não é reincidente em crime doloso, conforme certidão de antecedentes criminais juntada aos autos (fls 68); as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal lhe são favoráveis e não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, razão pela qual concedo-lhe o referido benefício, previsto no artigo 77 do Código Penal, pelo prazo de dois anos, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo da execução.

Para fins do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, deixo de arbitrar valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, em razão de não terem sido requeridos e não haver elementos de prova para se apurar eventual dano material ou moral.

Tendo em vista que o réu é defendido pela Defensoria Pública Estadual, isento-o do pagamento das custas processuais.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, conheço e dou provimento parcial ao recurso de apelação criminal interposto, para condenar Luiz Carlos Dias da Silva, qualificado nos autos, à pena de 03 (três) meses de detenção, no regime aberto, pela prática do fato tipificado no artigo 129, § 9º, do Código Penal, concedendo-lhe, contudo, a suspensão condicional da pena pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante condições a serem fixadas pelo Juízo da execução, mantendo sua absolvição quanto ao delito previsto no artigo 147 do Código Penal (ameaça).

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. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 06 de junho de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0006071-20.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIAS DE FATO – ALEGAÇÃO DE ABSOLVIÇÃO – CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS SUFICIENTE PARA COMPROVAR OS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICÁVEL – CONDENAÇÃO MANTIDA – INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – ART. 387, IV, CPP – PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA – LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE – DANO MORAL CONFIGURADO – DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA EXTENSÃO DO PREJUÍZO MORAL – JUROS DE MORA – SÚMULA 54 DO STJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – SÚMULA 362 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

Quando a autoria e a materialidade restarem suficientemente demonstradas nos autos, especialmente em face da palavra da vítima, colhida em juízo com a observância do contraditório e ampla defesa, mantém-se a condenação pela contravenção de vias de fato em âmbito doméstico ou familiar.

Não há falar em aplicação do princípio da bagatela imprópria nos crimes ou contravenções cometidos contra a mulher em situação de violência doméstica, dada à relevância penal da conduta.

Conforme entendimento manifestado pelo STJ, "Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que refere-se ao dano moral." (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, sexta turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso (artigo 398 do CC e Súmula 54 do STJ), ao passo que a correção monetária conta-se da data do arbitramento (Sumula 362 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, em parte.

Campo Grande, 28 de março de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Rodrigo Menezes dos Santos recorre da sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-o à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime aberto, a qual fora substituída pela suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, bem como o condenou ao pagamento de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a título de reparação mínima pelos danos morais sofridos pela vítima, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir da data do arbitramento, com juros de mora de 1% ao mês, a partir da data dos fatos, ficando a critério da vítima a execução no juízo cível competente, pela prática da contravenção prevista no artigo 21, da Lei das Contravenções Penais.

Sustenta, em síntese, pela absolvição da infração penal que lhe fora imputado, ao argumento de que seja aplicado o princípio da bagatela imprópria. Alega, outrossim, pela exclusão da indenização mínima fixada a título de danos morais, na forma do art. 387, IV, do CPP. Caso contrário, requer a alteração do termo inicial de incidência da correção monetária e juros de mora para a data da sentença. Prequestiona "o artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/41 e princípio da bagatela imprópria; artigo 387, IV do CPP c/c art. 91, I do CP, Súmula 54 STJ e Súmula 362, STJ".

O Ministério Público apresentou contrarrazões, às f. 148-167, pugnando pelo parcial provimento do recurso, apenas para incidir os juros e a correção a partir do arbitramento. Prequestionando o artigo 4º, da Lei nº 11.340/06; 21, da LCP; 386, III e 387, IV, CPP; 1º, III, 5º, XLI, § 2º e 226, § 8º, da CF.

À Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 180-185, manifestou pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Rodrigo Menezes dos Santos contra a sentença que o condenou à pena de 20 (vinte) dias de prisão simples, em regime aberto, a qual fora substituída pela suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, bem como o condenou ao pagamento de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a título de reparação mínima pelos danos morais sofridos pela vítima, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir da data do arbitramento, com juros de mora de 1% ao mês, a partir da data dos fatos, ficando a critério da vítima a execução no juízo cível competente, pela prática da contravenção prevista no artigo 21, da Lei das Contravenções Penais.

Narra à denúncia:

> Consta do Inquérito Policial incluso que, na data de 19 de fevereiro de 2013, por volta das 20h, na Rua Nelson Hungria, nº 52, Bairro Jardim Parati, nesta capital, o denunciado agrediu fisicamente Jackeline Ferreira Gonzales, sua convivente, com socos e pontapés.

O recorrente sustenta, em resumo, pela absolvição da infração penal que lhe fora imputado, ao argumento de que seja aplicado o princípio da bagatela imprópria. Alega, outrossim, pela exclusão da indenização mínima fixada a título de danos morais, na forma do art. 387, IV, do CPP. Caso contrário, requer a alteração do termo inicial de incidência da correção monetária e juros de mora para a data da

sentença. Prequestiona "o artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/41 e principio da bagatela imprópria; artigo 387, IV do CPP c/c art. 91, I do CP, Súmula 54 STJ e Súmula 362, STJ".

Da absolvição

Tenho que não assiste razão à defesa, uma vez que há nos autos elementos probatórios suficientes de que o acusado, ora apelante, praticou à contravenção de vias de fato descrita na denúncia.

Com efeito, a vítima Jackeline Ferreira Gonzalez, em seu depoimento na fase judicial, às f. 104-107, confirmou os fatos relatados na peça exordial, dizendo que o acusado a agrediu fisicamente com um soco no nariz.

Corroborando, o policial militar Juarez Carrilho Arantes, declarou que a vítima lhe disse ter sido agredida pelo réu, sendo que apresentava "vermelhidão" pelo corpo.

No tocante a validade do depoimento da vítima, como prova para a condenação, não há nada que desacreditasse suas declarações. Logo, devem ser utilizadas para embasar um decreto condenatório, mesmo porque ela não teria nenhum motivo para incriminar o apelante injustamente.

Por oportuno, é importante ressaltar que, nos delitos do âmbito doméstico ou familiar, a palavra da vítima é de suma importância na busca da verdade real, uma vez que geralmente são fatos ocorridos no interior da residência, longe das testemunhas presenciais.

A respeito, trago à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA NA VIA ELEITA. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DAS VÍTIMAS NO SENTIDO DE QUE O RECORRENTE E O CORRÉU AFIRMARAM QUE AS "ANIQUILARIAM". INDICAÇÃO DE GESTOS NO SENTIDO DE QUE AS OFENDIDAS SERIAM "DEGOLADAS". ELEMENTOS QUE SERÃO MELHOR ANALISADOS NO DECORRER DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRETENSÃO QUE DEMANDA EXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. PALAVRAS DAS VÍTIMAS QUE POSSUEM ESPECIAL RELEVÂNCIA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PARA PROCESSAR E JULGAR O RECORRENTE. CONTINÊNCIA POR CUMULAÇÃO SUBJETIVA VERIFICADA. PRETENSÃO QUE DEMANDA O RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE VÍNCULO FAMILIAR DO CORRÉU COM AS VÍTIMAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS.
>
> 1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é cabível apenas quando manifesta a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.
>
> 2. No caso, além de não se verificar a manifesta ausência de indícios de autoria da prática do crime por parte do recorrente, o acolhimento da pretensão demandaria reexame de provas, inviável na via eleita.
>
> 3. Na fase inquisitorial, as vítimas foram uníssonas em asseverar que o recorrente e o corréu afirmaram que as "aniquilariam", bem como fizeram gestos no sentido de que "degolariam" as ofendidas.
>
> 4. Não estando patente nos autos a manifesta ausência de justa causa para a ação penal, se os acusados praticaram, ou não, palavras ou gestos com o intuito de afirmarem que

ceifariam a vida das vítimas, é questão que deverá ser examinada no decorrer da instrução criminal.

5. Este Superior Tribunal possui entendimento de que, nos crimes de ameaça, especialmente praticados no âmbito doméstico ou familiar, a palavra da vítima possui fundamental relevância.

6. Evidenciado que a hipótese se amolda à prevista no art. 77, I, do Código de Processo Penal, que trata da continência por cumulação subjetiva, quando duas ou mais pessoas são acusadas da mesma infração, encontra-se justificada a manutenção da ação penal contra o recorrente no Juizado de Violência Doméstica.

7. Para alcançar conclusão no sentido da incompetência do Juizado de Violência Doméstica para processar e julgar os acusados, seria necessário reconhecer que não haveria vínculo familiar entre o corréu e as vítimas, pretensão que demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita.

8. Recurso em *habeas corpus* improvido." (RHC 51145 / DF – Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior – J. 11/11/2014). [grifei]

Outro não é o posicionamento desse Egrégio Tribunal de Justiça. Vejamos:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA E LESÃO CORPORAL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DE REQUISITO – ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DESPROVIDO.

I – Confirma-se a condenação quando a sentença bem analisou a prova produzida nos autos. **Em delitos relativos a violência doméstica contra a mulher a palavra da vítima assume valor relevante, posto que na maioria das vezes praticado no recôndito do lar, sem testemunhas presenciais.** Sobreleva-se tal importância quando o caderno processual contém outros elementos de prova coerentes com as declarações da vítima, como a confissão parcial do acusado e laudo pericial atestando a agressão.

II – Em infrações penais praticadas no âmbito da violência doméstica é impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando o fato foi praticado mediante violência ou grave ameaça a pessoa.

III – Com o parecer. Recurso desprovido. (Apelação - Nº 0006650-28.2015.8.12.0002 – Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – J. 16/02/2017). [destaquei]

No tocante a alegação do reconhecimento dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria, o Superior Tribunal de Justiça é pacífico no sentido de que não deve incidir os supracitados princípios aos crimes e às contravenções praticados mediante violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta.

Nesse mesmo diapasão, vejamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. VIAS DE FATO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior não admite a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela imprópria no que se refere aos crimes ou às contravenções

> penais praticados contra mulher no âmbito das relações domésticas, haja vista o bem jurídico tutelado.
>
> 2. Agravo regimental não provido. (AgInt no HC 369673 / MS – Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz – J. 14/02/2017)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA. INSIGNIFICÂNCIA. BAGATELA IMPRÓPRIA. RECONCILIAÇÃO DO CASAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de não se aplicar o Princípio da Insignificância - ou Bagatela – nos delitos praticados em situações abrangidas pelo art. 5º da Lei n. 11.340/06, sendo irrelevante o perdão ou a reconciliação posterior por parte da vítima.
>
> Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 319872 / MS – Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik – J. 01/12/2016)

Nesse contexto, verifica-se que o conjunto probatório presente nos autos mostra-se idôneo e firme no sentido de esclarecer a autoria da contravenção de vias de fato descrita na denúncia, portanto, não há falar em absolvição por aplicação ao Princípio da Bagatela Imprópria, devendo ser confirmada a sentença que bem analisou a prova produzida e o direito aplicável à espécie.

Da condenação em reparação mínima por dano moral

De fato, a questão ora debatida é bastante controvertida na jurisprudência desta Corte, contudo, respeitado entendimentos contrários, filio-me à corrente segundo a qual admite a fixação de indenização mínima por danos morais em caso de condenação em crimes relacionados à violência doméstica, como é o caso dos autos.

Ao que se extrai das razões recursais, o motivo da exclusão da condenação seria porque, apesar de haver pedido expresso na peça exordial, não se especificou que o dano sofrido em decorrência do ato praticado pelo recorrente seria o moral e que nessas condições, a condenação do réu ao pagamento de indenização, sem pedido delimitado e instrução processual específica, implicaria em cerceamento de sua defesa.

Nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08: "O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido."

A toda evidência, o principal objetivo da inovação legislativa foi simplificar e acelerar a reparação patrimonial da vítima, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição judicial do crime – mesmo fato gerador da pretensão punitiva e da indenização civil –, para implementar a satisfação patrimonial e a reprimenda penal, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação, de modo a obter a tão almejada economia processual, reduzindo-se também o número de processos.

O requisito da existência de pedido expresso na denúncia encontra-se devidamente atendido quando se verifica que esta formula, claramente, pedido de condenação ao pagamento de valor mínimo a título de reparação de danos, nos seguintes termos (f. 02):

> Requer o Ministério Público, após a autuação e recebimento da presente exordial, a citação do denunciado para apresentar resposta preliminar, nos termos dos artigos 396 e 396-A do CPP, com redação dada pela Lei 11.719/2008, prosseguindo-se a ação penal,

> superada a fase do art. 397 da citada lei, até final decisão e condenação, inclusive, sendo o caso, fixando-se valor mínimo para reparação de danos, conforme previsão estabelecida pelo artigo 387, IV, do CPP, também com redação da Lei 11.719/2008.

Em relação à suposta inobservância ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, observo que o réu, ora recorrente, foi validamente citado, obrigando-se a responder a todos os termos da denúncia, inclusive, por óbvio, ao pedido de indenização, cujo valor mínimo também consta, claramente, da inicial acusatória.

Como bem destacou o ilustre Des. Carlos Eduardo Contar, ao analisar questão idêntica nos autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002405-11.2014.8.12.0001/50001:

> Não pode alegar, portanto, qualquer surpresa. Ainda que não lhe seja imposto o ônus da impugnação específica, cabe-lhe, desde a fase prevista pelo artigo 396 do CPP (apresentação de defesa escrita), alegar tudo aquilo que interesse a sua defesa, inclusive apresentar provas e arrolar testemunhas (art. 396-A, do mesmo Código). Além do disposto pelo inciso IV do artigo 387 do CPP, a reparação dos danos é um efeito da condenação (inciso I do artigo 91 do Código Penal), e diante da natureza do dano moral (como abaixo será melhor disposto), presente pedido expresso na denúncia, obrigatoriedade de fixação de valor mínimo e citação válida, o contraditório perfectibiliza-se com a profunda análise da prova relativa à culpabilidade, autoria e materialidade da conduta.
>
> Confirmada a condenação, nada, absolutamente, além disso, seria possível conceder ao embargante neste campo. E isto é assim porque, sem nenhuma dúvida, como abaixo vai esclarecido, a conduta praticada pelo apelante caracteriza o dano moral.

Confirma este entendimento o seguinte precedente do E. STJ, julgado recentemente:

> RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO PENAL. ART. 129, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. VIAS DE FATO. VIOLAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPARAÇÃO DE DANO MORAL. PEDIDO EXPRESSO DO *QUANTUM* NA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. DEFESA TÉCNICA. POSSIBILITADA DE EXERCER AMPLA DEFESA. PRECEDENTE DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. Recursos especiais providos. (REsp 1635839, Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior, Data da Publicação 03/02/2017).

Em outro aspecto, verifica-se que a Corte Superior possui entendimento sedimentado no sentido do cabimento da inclusão do dano moral no valor de indenização mínima devido à vítima, conforme previsão do dispositivo em comento.

Neste sentido, valho-me dos seguintes fundamentos de decisão monocrática proferida pela douta Min. Maria Thereza De Assis Moura, ao analisar a questão *sub judice* no REsp 1.641.257/DF, julgado em 16/12/2016:

> (...)
>
> No entanto, considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, creio que o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de o fazer.

In casu, verifico que a magistrada de primeiro grau, ao analisar o caso concreto, fixou um valor mínimo de indenização, considerando o dano moral sofrido pela vítima (fl. 139):

'Nos termos do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, condeno os réus ao pagamento de R$ 500,00 (quinhentos reais), cada um, a título de danos morais causados à vítima, corrigidos pelos índices oficiais a partir desta sentença (Súmula 362 do STJ), acrescido, ainda de juros de 1%, do Código Tributário Nacional, a partir da citação.'

Trata-se de valor mínimo indenizável, o que não afasta a possibilidade de ação na área cível com apresentação de outras provas.

A indenização ex delito não se restringe tão-somente aos danos patrimoniais, considerando que a norma legal supra, de forma genérica, prevê a fixação de indenização a título de "reparação de danos". Assim, entendo que não há óbice legal para a fixação de danos materiais e morais pelo juízo criminal, somente devendo-se restringir ao valor mínimo de reparação de danos.

A fixação de um valor pecuniário mínimo para reparação dos danos morais causados pela violência doméstica, mais do que regatar os prejuízos e sofrimentos ocasionados pelo delito à ofendida, atende diretamente aos anseios de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil, servindo de desestímulo à perpetração desta violação aos direitos humanos.

Deixar de se fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal, nestes casos, é premiar o agressor doméstico e, em última análise, fomentar a cultura do ideologismo patriarcal, os quais induzem relações violentas entre os sexos, já que calcados em uma hierarquia de poder.

No mesmo sentido, os seguintes julgados daquele Superior Tribunal:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de faze-lo (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016). 2. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1612912/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 21/10/2016).

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que refere-se ao dano moral. 3. Recurso especial improvido". (REsp 1585684/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

Por outro lado, sabe-se que para a caracterização do dano moral basta a simples ocorrência do ato ilícito, independentemente de repercussão na esfera material da vítima, estando este incluído dentre os denominado bens imateriais, isto é, aqueles inerentes à honra, à intimidade, à vida privada, bem como à integridade corporal (físico-psicológica), insculpidos nos direitos da personalidade, cuja reparação é assegurada, inclusive, pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X).

Em se tratando de dano *in re ipsa*, entendo que a simples prática de ilícito penal é suficiente para atingir atributos da personalidade da vítima, configurando o dano moral.

Desta feita, diante do pedido expresso na denúncia e comando legal impositivo para o magistrado fixar valor mínimo, além da citação válida, o contraditório perfectibiliza-se, esgota-se, exaure-se, com a profunda análise da prova relativa à culpabilidade, autoria e materialidade da conduta. Se após tudo isto restar confirmada a condenação, impossível falar-se em ausência de contraditório ou de instrução, e principalmente em lesão ao princípio da ampla defesa.

Por fim, no que se refere ao *quantum* indenizatório, é certo que não há em nosso ordenamento jurídico parâmetros legais para a mensuração do dano moral, vez que esta passa necessariamente por critérios de caráter eminentemente subjetivo diante do fato de que os direitos da personalidade não são tarifados, deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em ponderação com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Diante dessa peculiaridade, tem-se que a livre apreciação pelo magistrado, dentro dos parâmetros estabelecidos, é a única forma de mensurar a extensão do prejuízo moral sofrido por vítima de lesão a direitos da personalidade, não se havendo falar em instrução específica acerca do valor por ser absolutamente impossível.

Ademais, não se pode olvidar que o valor fixado pelo Juízo criminal trata-se de um mínimo, cabendo ao interessado, eventualmente descontente com o mesmo, buscar na esfera civil sua complementação, aí sim, devendo produzir prova no sentido de que deva ser elevado.

Nesta esteira, há inúmeros precedentes desta Egrégia Corte, valendo citar o seguinte:

> APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ABSOLVIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. DELITO CONFIGURADO. PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. INAPLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CP. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO. ART. 387, IV, DO CPP. SENTENÇA CONFIRMADA. DESPROVIDO, EM PARTE COM O PARECER. (…). O art. 387, IV, do CPP, dispõe que ao proferir a sentença condenatória o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, sejam de natureza moral e/ou material**. O comando legal permite ao Juízo Criminal que decida, além da pretensão punitiva ajuizada pelo Ministério Público, eventual reparação civil à vítima, ainda que exposto pelo dispositivo que a indenização será em valor mínimo, o que não impede que esta busque na esfera cível eventual complementação da indenização fixada em âmbito criminal**. A fixação de indenização por danos morais na sentença penal condenatória não caracteriza cerceamento de defesa, na medida em que se trata de um efeito automático do pronunciamento criminal, ainda mais na hipótese, em que houve pedido expresso na denúncia. Nos termos da Súmula nº 54 do STJ "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual". (TJMS; APL 0006404-06.2013.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 01/07/2016; Pág. 54). (destaquei).

Assentadas essas premissas, e respeitados entendimentos contrários, entendo que o improvimento do recurso é medida que se impõe, ante a possibilidade de que a sentença penal condenatória fixe valor mínimo a título de indenização à vítima, bem assim que tal indenização deve abarcar especialmente o prejuízo de natureza moral, posto que, na espécie, houve lesão aos direitos da personalidade, e ao recorrente foram concedidas todas as garantias necessárias ao exercício da ampla defesa e ao contraditório.

Juros de mora

No que concerne à incidência dos juros de mora, como se trata de responsabilidade extracontratual, devem estes incidir a partir da data do evento danoso, nos termos do artigo 398 do CC e da Súmula 54 do STJ, senão vejamos:

> 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.** 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).

Correção monetária

Em relação ao termo inicial para contagem da correção monetária, verifica-se que foi fixada na data do arbitramento, o que se mostra correto, de maneira que não há reparos a serem efetuados na decisão quanto a isso.

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento aventado pelo recorrente e Ministério Público, tenho que todas as matérias porventura alegadas foram amplamente debatidas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Conclusão

Pelo exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (1º Vogal)

Ouso discordar do relator em relação aos danos morais.

Muito embora tenha sido pleiteado indenização por danos morais na peça acusatória, não houve contraditório e ampla defesa a este respeito.

Nada foi indagado a respeito de eventual dano moral ou condição socioeconômica das partes envolvidas.

Acerca do tema, esclarece Guilherme de Souza Nucci[1] esclarece que:

> 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 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 o valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado

Saliente-se que mesmo considerado que o dano moral é *in re ipsa,* tal presunção pode ser afastada com prova ao contrário e tal direito foi suprimido nos autos, havendo violação aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Por oportuno:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO. CONTRAVENÇÃO PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DO DANO. FIXAÇÃO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO E INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. VEDAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.
>
> 1. Esta Corte Superior de Justiça já firmou entendimento no sentido de que "A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização" (AgRg no REsp 1483846/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares DA Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016).
>
> 2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.
>
> 3. Agravo a que se nega provimento. (STJ. AgRg no AREsp 952.492/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MAUS TRATOS. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS PROVAS LÍCITAS. FUNDAMENTOS SUFICIENTES INATACADOS INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. DOSIMETRIA. CONFISSÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONTINUIDADE DELITIVA. PERÍODO SUPERIOR A 30 DIAS. NÃO RECONHECIMENTO. VARIAÇÃO DO MODUS OPERANDI. SÚMULA 7/STJ. NECESSIDADE. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO DELITO. PEDIDO EXPRESSO E FORMAL DA ACUSAÇÃO. AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.
>
> [...]

1 NUCCI,, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 16 ed. Rio de Janeiro :Forense, 2017, p. 917-918.

> 6. A fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pelo crime, prevista no art. 387, inciso IV, do CPP, deve ser precedida de pedido expresso e formal da acusação, oportunizando-se a ampla defesa e o contraditório. 7. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial. (STJ. AgRg no AREsp 820.190/GO, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 387, INC. IV, DO CPP. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. I. A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização. II. Na hipótese, embora o Ministério Público tenha pleiteado expressamente na denúncia a fixação de valor para a reparação do dano, nos termos do art. 387, inc. IV, do CPP, não houve a instrução específica com a indicação de valores e provas suficientes a sustentá-lo, proporcionando a ré a possibilidade de se defender e produzir contraprova. III. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no REsp 1483846/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016)

Ante o exposto, dou provimento parcial ao apelo de Rodrigo Menezes dos Santos, apenas para decotar a indenização do artigo 387, inciso IV, do CPP.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (2ª Vogal)

Acompanho o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, em parte.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 28 de março de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003957-88.2013.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA EM CONTINUIDADE DELITIVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA – DESCLASSIFICAÇÃO *EX OFFICIO* DO CRIME PARA OUTRO MENOS GRAVE – ATRIBUIR-SE FALSA IDENTIDADE – RECURSO PREJUDICADO.

A conduta consistente em identificar-se como terceira pessoa perante autoridade policial para evitar registros criminais não caracteriza o delito de falsidade ideológica, mas sim o tipo previsto no artigo 307 do Código Penal ("atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem").

As subsequentes inserções da falsa identidade em peças extrajudiciais e judiciais que compõem o processo penal instaurado em desfavor do réu não configuram crimes autônomos em continuidade, mas sim mero exaurimento do delito precedente, qual seja, falsa identidade. Revelam-se como *post factum* impunível, na medida em que não representam nova violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

De ofício, desclassificaram o delito para outro menos grave, julgando prejudicado o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, desclassificar para outro delito *ex officio*, julgar prejudicado o recurso, unânime.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Bruno César Paulino Árias interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Ponta Porã, nos autos n. 0003957-88.2013.8.12.0019, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 299 c.c.o artigo 71 do CP (falsidade ideológica em continuidade delitiva), apenando-o a 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 100 dias-multa.

Postula, em resumo, a redução da pena-base e o afastamento da majorante do artigo 71 do Código Penal.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Bruno César Paulino Arias contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Ponta Porã, nos autos n. 0003957-88.2013.8.12.0019, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 299 c.c. artigo 71 do CP (falsidade ideológica em continuidade delitiva), apenando-o a 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 100 dias-multa.

Consta da denúncia:

> Entre os anos de 2010 e 2013, nos autos da Ação Penal nº 0005186-88.2010.8.12.0019 e da Execução Penal nº 0000889-04.2011.8.12.0019, o denunciado Bruno Cesar Paulino Arias, por diversas vezes, inseriu e fez inserir informação falsa em documento público, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.
>
> Conforme restou apurado, na data de 14 de julho de 2010, o denunciado foi preso em flagrante delito pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.
>
> Por ocasião de sua prisão, o denunciado se apresentou com o nome de seu irmão Julio Cesar Paulino Arias, fornecendo os dados de Júlio e assinando todas as peças processuais como se fosse Julio Cesar.
>
> No mesmo ano, após o encerramento do IP, o denunciado foi processado e condenado pelo crime retrorreferido (autos n. 0005186-88.2010.8.12.0019), apresentando-se em todos os atos processuais (citações, intimações, audiências, etc) como sendo Julio Cesar Paulino Arias, inclusive assinando esse nome, ex vi das f. 12/15; 49; 64; e 118 dos autos da ação penal.
>
> A conduta do denunciado induziu as autoridades em erro, tanto que, no sistema SIGO da Polícia Civil, foram registrados os dados de Julio Cesar Paulino Arias, vinculados ao crime de roubo, imputado ao denunciado (f. 15/16).
>
> Em 14.02.2011, o denunciado foi condenado pelo crime acima e, mais uma vez, em virtude do seu comportamento consignou-se o nome de Julio Cesar Paulino Arias na sentença, determinando, inclusive, fosse esse nome (Julio Cesar Paulino Arias) lançado no rol de culpados.
>
> Em seguida, formou-se a execução penal n. 0000889-04.2011.8.12.0019, também o nome de Julio Cesar Paulino Arias, sendo que o denunciado, inclusive, cumpriu uma parte da pena lhe foi imposta, assinando os atos da execução também com o nome de Julio Cesar Paulino Arias. Vejam-se as f. 77 e 79 da Execução.
>
> Além disso, com seu comportamento, Bruno também induziu todas as autoridades e servidores que atuaram nos autos da execução penal a inserirem o nome de Julio Cesar Paulino Arias nos documentos que emitiam e sistemas de informações em que faziam lançamentos.
>
> Ocorre que, quando Bruno progredido para o regime semiaberto, empreendeu fuga, dando causa à expedição de mandado de prisão em nome de Julio César.
>
> As falsificações só vieram á lume porque, no dia 01/03/2012, o verdadeiro Julio Cesar Paulino Arias compareceu à Primeira Delegacia de Polícia de Dourados para registrar uma ocorrência de extravio de documentos, ocasião em que se verificou a existência do

> Mandado de Prisão em seu nome. Contudo, ao indicar o cumprimento da ordem de prisão, a autoridade policial constatou, pela foto existente no sistema SIGO, que não se tratava da mesma pessoa que havia sido presa anteriormente.
>
> O verdadeiro Julio Cesar Paulino Arias registrou o Boletim de Ocorrência nº 1360, dando azo a instauração do presente IP, sendo que após realizar diligências, a Autoridade Policial de Ponta Porã logrou identificar o falsário como sendo a pessoa de Bruno César Paulino Árias, ora denunciado, o qual é irmão de Julio Cesar Paulino Arias.
>
> As informações sobre a identidade de Bruno e as falsificações foram confirmadas pelo próprio denunciado, que em seu interrogatório confessou a prática delitiva, bem como por Julio Cesar Paulino Arias, que o reconheceu Bruno por fotografias, afirmando tratar-se de seu irmão.
>
> Assim sendo, durante todos esses anos, o denunciado se apresentou com o nome de terceira pessoa, assinando pedidos, mandados de intimação e certidões judiciais, com o nome de Julio Cesar Paulino Arias, restando evidente que a sua intenção era a de não ter contra si antecedentes criminais positivos.
>
> Ante o exposto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul denuncia Bruno César Paulino Arias como incurso no artigo 299 do Código Penal, em continuidade delitiva.

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de procedência da pretensão punitiva estatal.

Contra o *decisum* recorre apenas a defesa postulando, em resumo, a redução da pena-base e o afastamento da majorante do artigo 71 do Código Penal.

Pois bem, malgrado a pretensão recursal volte-se tão somente contra a dosagem da pena, é necessário desclassificar o crime imputado para tipo penal mais brando.

De acordo com a denúncia, ao ser preso em flagrante pela prática do crime de roubo majorado, o réu identificou-se como terceira pessoa, mais precisamente seu irmão Julio Cesar Paulino Arias, para "não ter contra si antecedentes criminais positivos".

Respeitada a cognição constante da sentença, na minha compreensão o fato acima narrado amolda-se ao disposto no artigo 307 do Código Penal, que tipifica como falsa identidade a conduta consistente em "atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem".

Deveras, ainda que a ação perpetrada pelo réu tenha resultado na inserção de informação falsa em documento público, alterando-se a verdade sobre fato juridicamente relevante, existe tipo específico previsto na lei penal para punir a conduta em questão, precisamente aquele alhures mencionado, que deve ser aplicado em atenção ao princípio da especialidade.

Aliás, inúmeros são os casos em que o réu responde pelo delito do artigo 307 do CP por ter se identificado falsamente perante as autoridade policiais, conforme se infere dos seguintes julgados, mencionados à guisa de ilustração: STF - RE 640139 RG, relator: Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2011, Repercussão Geral; STJ - HC 368.748/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016; HC 250.126/AL, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 21/03/2016, dentre outros). Aliás, a matéria é tão repetida que a discussão a respeito da inexistência de autodefesa

nessas hipóteses já foi sumulada pelo STJ (Súmula 522: "A conduta de atribuir-se **falsa identidade** perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa" - destaquei).

Segundo o representante do Ministério Público Estadual, o réu forneceu à autoridade policial os dados de identificação de seu irmão, os quais foram inseridos em peças extrajudiciais e judiciais que, em seguida, foram assinadas por aquele primeiro. Na ótica ministerial, a hipótese configura falsidade ideológica em continuidade delitiva.

Porém, na realidade os fatos acima descritos não configuram crimes autônomos em continuidade, mas sim mero exaurimento do delito precedente, qual seja, falsa identidade. Vale dizer, revelam-se como *post factum* impunível, na medida em que não representam nova violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Imperiosa, destarte, a desclassificação do crime para a infração prevista no artigo 307 do Código Penal, cuidando-se de medida mais benéfica ao recorrente, que encontra amparo no artigo 617 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli)*, segundo o qual "o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".

Passo à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, observo que a culpabilidade, assim compreendida como maior ou menor censurabilidade do agente, não foi validamente evidenciada na sentença recorrida, pois as provas colhidas não indicam que a conduta perpetrada pelo réu teve como propósito desrespeitar o Poder Judiciário e seus servidores. As circunstâncias não extrapolam a normalidade. Porém, as consequências são desfavoráveis, haja vista que a conduta típica se perpetuou consideravelmente no tempo, repercutindo inclusive na execução penal. As demais circunstâncias do artigo 59 são neutras ou favoráveis. Assim, na primeira fase fixo a pena-base em 05 meses de detenção e 13 dias-multa. Na segunda fase, concorrem a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, que se compensam entre si. Inexistindo causas de aumento ou diminuição, a pena final deve ficar definitivamente ajustada em 05 meses de detenção e 15 dias-multa. Cada dia-multa deverá corresponder à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data da consumação do delito, devendo ser corrigido monetariamente nos termos da lei.

Diante da reincidência e da existência de circunstância judicial desfavorável, deve ser mantido o regime inicial semiaberto. Ademais, não é possível substituição da pena privativa de liberdade por restritivas direitos, inclusive porque a medida não atenderia às finalidades da pena. Por fim, a reincidência em crime doloso obsta o *sursis*.

Deixo de analisar eventual prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, pois a hipótese exige trânsito em julgado para a acusação (artigo 110, § 1º, do Código Penal.

Por fim, muito embora o réu tenha permanecido preso preventivamente nestes autos por certo tempo, deixo de apreciar eventual extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, por existir outra condenação definitiva pesando contra o mesmo.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de desclassificar *ex officio* o crime do artigo 299 c.c. artigo 71 do CP para o do art. 307, ambos do Código Penal, apenando o réu Bruno César Paulino Arias a 05 meses de detenção e 15 dias-multa, em regime inicial semiaberto. Consequentemente, julgo prejudicado o recurso de apelação.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Desclassificaram para outro delito *ex officio*, julgando prejudicado o recurso, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0012948-07.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SERVIR BEBIDA ALCOÓLICA A MENOR DE 18 ANOS E HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – SENTENÇA CONDENATÓRIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA CONTRAVENÇÃO DO ARTIGO 63, I, DO DECRETO-LEI 3.88/1941 – PRESCRIÇÃO RETROATIVA – RECONHECIDA – PLEITO ABSOLUTÓRIO RELATIVAMENTE AO HOMICÍDIO – ACOLHIDO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – RECURSO PROVIDO.

Constatando-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, no tocante à contravenção do artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41, impõe-se declarar extinta a punibilidade do recorrente.

Não havendo prova cabal demonstrando que o resultado morte, como descrito na denúncia, esteja ligado ao comportamento do denunciado, deve-se absolvê-lo por insuficiência de provas.

Recurso 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, prover, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Wagner Bueno Lopes interpõe apelação irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Dourados, nos autos n. 0012948-07.2013.8.12.0002, que o condenou pela prática das infrações previstas no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (homicídio culposo na direção de veículo automotor) e artigo 63, inciso I, do Decreto Lei 3. 688/41 (servir bebida alcoólica a menor de 18 anos).

Postula o reconhecimento da prescrição retroativa em relação à contravenção prevista no artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41 e a absolvição no tocante ao homicídio culposo haja vista que o comportamento da vítima contribuiu para o episódio.

Contrarrazões pelo parcial provimento.

A Procuradoria de Justiça opina no mesmo sentido.

VOTO (EM 08/05/2017)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Wagner Bueno Lopes contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Dourados, nos autos n. 0012948-07.2013.8.12.0002, que o condenou pela prática das infrações previstas no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (homicídio culposo na direção de veículo automotor) e artigo 63, inciso I, do Decreto Lei 3. 688/41 (servir bebida alcoólica a menor de 18 anos).

Conforme os documentos inclusos, o réu foi denunciado com base nas seguintes asserções:

> No dia 30 de junho de 2012, por volta das 06h00m, na Avenida Marcelino Pires, 6315, Jardim Márcia, nesta cidade, o denunciado praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor.
>
> Apurou-se que o denunciado, depois de ingerir grande quantidade de bebida alcoólica, conduzia o veículo GM Corsa Sedan, placas HPU 3513, cor branca, ano/modelo 2004/2005, pelas ruas da cidade.
>
> Enquanto trafegava pela Avenida Marcelino Pires, o denunciado permitia que a passageira T. C. B. sentasse na janela do automóvel, com parte de seu corpo para o lado externo, para que acenasse para transeuntes.
>
> Acontece que, ao se aproximar da Empresa Agricase, T. assustou-se com uma ultrapassagem feita pelo denunciado e pegou no volante do veículo.
>
> O denunciado, que estava com os reflexos lentos por conta da ingestão de bebida alcoólica, puxou a direção para o lado contrário, quando perdeu o controle do automóvel, que bateu em uma guia de calçada e capotou.
>
> Em decorrência do acidente, T., que não utilizava cinto de segurança, veio a óbito, por traumatismo de crânio e pescoço, já que foi parcialmente lançada para fora do automóvel, justamente por não utilizar o referido aparato de proteção.
>
> O denunciado contribuiu decisivamente para o evento morte, pois não respeitou as normas de trânsito, já que não exigiu que a passageira utilizasse o cinto de segurança, peça de uso obrigatório e cuja utilização deve ser fiscalizada pelo motorista do veículo.
>
> E mais, o denunciado negligenciou ao permitir que T. ficasse sentada imprudentemente na porta do automóvel.
>
> Mas não é só, o denunciado, ao conduzir o veículo sob o efeito de *whisky*, agiu de forma manifestamente imprudente, pois tinha seus reflexos e coordenações totalmente prejudicados em razão da ingestão de álcool.
>
> Em suma, o denunciado, na condição de motorista, praticou homicídio culposo no trânsito.
>
> Cumpre ressaltar que o denunciado, durante toda a madrugada, serviu bebidas alcoólicas, especialmente *whisky*, a T. C. B., que era uma adolescente, nascida no dia 28/10/19975.
>
> E mais, o denunciado também forneceu narguilé à adolescente T., ou seja, forneceu gratuitamente produto cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica.

> Ante o exposto, o Ministério Público denuncia Wagner Bueno Lopes como incurso no art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro; no art. 63, inciso I, do Decreto-Lei 3.688/41 (servir bebida alcoólica para adolescente); e, no art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fornecer narguile).

Encerrada a fase instrutória, sobreveio a sentença de parcial procedência da pretensão punitiva estatal arrimada nos seguintes fundamentos:

> Ao manusear os autos, denoto que a materialidade do crime de homicídio culposo e da contravenção penal de servir bebida alcoólica à menor de 18 anos restou configurada por meio do boletim de ocorrência (f. 17-8, 22-3 e 67); do auto de apreensão (f. 21); do termo de constatação de embriaguez (f. 24); do exame em mídia - cartão de memória (f. 35-46); do laudo de exame no local do acidente de tráfego (f. 72-80); e do esclarecimento do núcleo de perícias (f. 165-7).
>
> Adiante, a autoria também está demonstrada, uma vez que o conjunto probatório colhido apontou que o réu ofereceu bebida alcoólica para as adolescentes, e praticou homicídio culposo ao volante.
>
> Em juízo (f. 200/áudio), o réu negou ingerir bebida alcoólica. Conduzia o veículo na companhia da vítima. A vítima não sentou na janela do automóvel. Não sabe qual a velocidade que trafegava. Contudo, era rápido. A vítima puxou o volante do carro. Perdeu o controle do carro e capotou. Não usava o cinto de segurança. Tampouco pediu para a vítima usá-lo. A vítima morreu no local do acidente. Acreditava que a vítima tinha 17 anos. No carro também estava a testemunha Nadine, que não se machucou. Não forneceu bebida alcoólica à vítima.
>
> A testemunha Nadine Alves Cabreira asseverou, judicialmente (f. 144/áudio), que no dia dos fatos ingeriu bebida alcoólica com o réu e a vítima. Bebiam whisky com refrigerante. Foram até o monumento do Colono para ver o sol nascer. O réu dirigiu o veículo. A vítima estava no banco da frente, do lado do passageiro. A vítima acenava da janela do carro. Não viu a vítima sentar na janela do automóvel. O réu e a vítima não usavam cinto de segurança. Não lembra porque o veículo capotou. Não teve lesões. A vítima morreu na hora do acidente. O réu machucou a cabeça. Tinha 16 anos na época dos fatos e vítima 14 anos. O réu sabia das suas idades. Tirou fotos do réu e da vítima, que posavam ao beber o *whisky*. A polícia apreendeu sua máquina fotográfica. Depois teve o objeto restituído.
>
> O policial militar Márcio Ferreira de Melo (f. 125/áudio) atendeu o acidente. Sabe que o réu perdeu o controle do veículo e capotou. A vítima morreu ali mesmo. O veículo prensou seu corpo contra o asfalto. O réu ingeriu bebida alcoólica. Apreenderam uma máquina fotográfica no veículo do réu. A vítima não usava cinto de segurança. Acredita que o réu estava em alta velocidade.
>
> O policial militar Deivis Ferri expôs, em juízo (f. 125/áudio), que o veículo circulava pela avenida Marcelino Pires, no sentidobairro-centro. Depois, o réu bateu o automóvel no meio-fio e capotou. A vítima foi arremessada para fora e o veículo, que caiu em cima dela. Soube por meio de populares que a vítima estava sentada na janela do carro. Contudo, eram informações informais. Acha que o réu transitava em velocidade acima do permitido, pois do impacto inicial até o carro, havia uma distância considerável. A polícia civil apreendeu a máquina fotográfica da adolescente Nadine. Não viu as fotos. O réu, a vítima, e a testemunha Nadine ocupavam o veículo na hora do acidente. A vítima não usava cinto de segurança. A testemunha Nadine contou que o acidente ocorreu porque o réu se distraiu em razão de brincadeiras.

Pois bem, apesar da negativa do réu, as provas dos autos são firmes no sentido de oferecer bebida alcoólica às adolescentes e provocar o acidente que culminou com a morte da vítima. Tal assertiva se faz, porquanto o termo de constatação de embriaguez (f. 24), exame em mídia - cartão de memória (f. 35-46) e depoimento das testemunhas (f. 125/áudio e 144/áudio) demonstram que o réu ingeriu bebida alcoólica na companhia da vítima e da testemunha Nadine, o qual sabia serem menores de 18 anos. Depois conduziu o veículo embriagado e praticou o homicídio culposo ao volante.

Note-se que o exame realizado no local do acidente atribuiu à imprudência do réu como causa determinante do acidente de tráfego (f. 80). Isso porque as condições da via, do clima e da velocidade eram favoráveis no momento do acidente. Logo, em razão da embriaguez, o réu teve sua capacidade psicomotora alterada para conduzir o veículo.

Nesse pensar, o fato da vítima puxar o volante do veículo, não exclui a imprudência (prática de ato perigoso) e negligência (falta de precaução) do réu, pois dirigia alcoolizado. Tanto é, que ao retomar a direção do veículo não teve condições de controlá-lo e, assim, bateu no meio-fio.

Desse modo, o réu praticou dois fatos típicos, antijurídicos e culpáveis, a saber: oferecer bebida alcoólica para menores de 18 anos; e provocar o homicídio culposo, por não observar o dever de diligência necessário (ausência de cuidado objetivo) ao conduzir o veículo.

Destarte, no homicídio culposo ao volante houve o preenchimento dos requisitos do crime culposo, quais sejam: conduta humana voluntária (dirigir embriagado); inobservância do cuidado objetivo necessário manifestado por meio da negligência (ausência de cautela); resultado involuntário (acidente); e nexo de causalidade (morte).

Adiante, necessário se faz lembrar que o réu serviu bebida alcoólica à menor de 18 anos antes da vigência da Lei 13.106/2015 de 17 de março de 2015, que alterou a redação do artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e revogou o inciso I do artigo 63, inciso I, do Decreto Lei 3.688/41.

Ocorre que a redação do artigo 243 da Lei 8.069/90 elevou a pena de servir bebida alcoólica à menor de 18 anos.

Nessa trilha, o juízo deve aplicar o princípio *tempus regit actum*, ou seja, se ancorar nas penas do revogado artigo 63, inciso I, da Lei de Contravenções Penais, por ser mais benéfica ao réu.

Em marcha, esclareço que da condenação deve ser afastada a conduta tipificada no artigo 243 (fornecer narguilé) do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois inexistem provas nos autos apontando o uso pelas adolescentes de narguilé fornecido pelo réu. Isso porque a testemunha Nadine afirmou, em juízo (f. 144/áudio), ingerir bebida alcoólica na companhia do réu. Contudo, não fez menção ao uso de qualquer outro tipo de substância que pudesse causar dependência física ou psíquica.

Aliás, a fotografia encontrada na máquina apreendida (f. 42), por si só, não altera o posicionamento esboçado por este juízo, uma vez que não há outros elementos capazes de atestar que o réu forneceu o tabaco às adolescentes.

Nesse diapasão, considerando a fragilidade das provas, resta evidente que o juízo condenatório, por óbvio, não pode se fundar em meras suposições. Assim, quanto ao delito do artigo 243 da Lei 8.069/90, vige o brocardo *in dubio pro reo*. Sobre o tema: (...)

Somente a defesa recorreu pedindo o reconhecimento da prescrição retroativa em relação à contravenção prevista no artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41 e a absolvição no tocante ao homicídio culposo haja vista que o comportamento da vítima contribuiu para o episódio.

Assiste razão à defesa ao suscitar a extinção da punibilidade no tocante à contravenção do artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41.

Com efeito, a pena corporal imposta ao réu, em razão da referida infração, não ultrapassou 01 ano. Ademais, o réu era menor de 21 anos à época do fato, o que determina a redução do prazo prescricional à metade, nos termos do artigo 115 do CP. Observadas tais premissas e considerando-se transcorreram mais de dois anos entre a data do recebimento da denúncia (24.10.2013) e publicação da sentença (03.03.2016), resulta caracterizada a prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal, a qual ora reconheço.

Relativamente ao crime do artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (homicídio culposo na direção de veículo automotor), a pretensão recursal absolutória também deve ser acolhida.

Como é cediço, para configuração do crime de homicídio culposo impende estejam presentes os seguintes elementos: comportamento humano voluntário, positivo ou negativo; descumprimento do cuidado objetivo necessário, manifestado pela imprudência, negligência ou imperícia; previsibilidade do resultado; morte involuntária.

No presente caso, a denúncia descreve que o réu e a vítima, após consumirem bebida alcoólica, saíram a bordo do veículo GM Cora Sedan, placas HPU 3513, trafegando pelas vias de Dourados (MS), o primeiro na condução e a segunda como passageira. Em certo momento, a vítima resolveu sentar-se na janela do veículo para acenar para transeuntes. Subsequentemente, após assustar-se com uma ultrapassagem realizada pelo réu, "pegou no volante do veículo". Em reação, o réu, que "estava com os reflexos lentos por conta da ingestão de bebida alcoólica, puxou a direção para o lado contrário", perdendo o controle do automóvel, que colidiu com a guia de calçada e capotou. A vítima faleceu ao ser lançada para fora do carro, porque não utilizava cinto de segurança.

Na minha compreensão, o teor da denúncia por si só afasta a certeza quanto à causa determinante do acidente, pois confere dúvida se o acidente foi causado por ato culposo do réu ou, ao contrário, teve como causa determinante o comportamento da vítima. Vale destacar, aliás, que o laudo pericial de f. 72-80 aponta que o réu desenvolvia velocidade compatível com a pista.

Assim, não é possível prestigiar a imputação contida na denúncia, lembrando que o fato de o réu ter dirigido sob efeito de substância alcoólica e transportado a vítima sem a utilização de equipamentos de segurança, não resulta necessariamente em responsabilização criminal, em consonância com a teoria da *conditio sine qua non*, prevista no art. 13, *caput*, do Código Penal.

Aliás, o princípio da responsabilidade penal subjetiva, que preconiza a máxima do *nullum crimen sine culpa*, afasta a possibilidade de atribuir-se a prática de crime ao réu em razão do óbito noticiado nestes autos.

Enfim, não há prova cabal de que o resultado morte, como descrito na denúncia, esteja ligado ao comportamento do denunciado.

Sob ótica da teoria funcionalista da imputação objetiva, é possível afirmar que o perigo foi provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, que, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação e sabendo que o réu havia consumido bebida alcoólica, resolveu sentar-se sobre janela do veículo para acenar para transeuntes, dispensar o uso de cinto de segurança e puxar o volante de direção quando sentiu-se assustada.

Nada indica que a vítima foi induzida, instigada ou coagida a agir de tal forma. As circunstâncias do evento, na realidade, denotam o contrário. Ou seja, a prática da ação perigosa ocorreu sob a esfera de domínio da vítima.

Em casos tais, sob o prisma da imputação objetiva, ocorre a exclusão da responsabilidade, pois se trata de autocolocação em risco.

Já tive a oportunidade de refletir sobre o tema da exclusão da tipicidade em casos desse jaez e compartilho com os Pares as minhas conclusões, lançadas na obra "Teoria da Imputação Objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro":

> Outra hipótese em que pode ocorrer a exclusão da imputação dá-se quando o perigo é provocado pela vítima e proveniente de sua vontade, mesmo conhecendo o risco existente em sua ação.
>
> A razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha político-criminal assumida pela teoria da imputação objetiva, focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como *ultima ratio*, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam.
>
> Por isso, em regra, a vítima, com capacidade de discernimento, conhecendo o perigo da posição em que se autocoloca, age diante do direito por risco próprio, ainda que a sua decisão tenha, por exemplo, origem em instigação de terceiro.
>
> A instigação, na maior parte das vezes, não pode ser punida, por não encontrar respaldo em nenhuma função do Direito Penal, que deve permanecer limitado ao necessário controle social. Ressalta-se que, apesar da instigação, a decisão deve ser sobre a prática da ação perigosa continua sob a esfera de domínio da vítima.
>
> Mesmo em sistemas penais como o brasileiro, nos quais a instigação ao suicídio é punível, aparece perfeita, ente aceitável a exclusão da imputação naquelas hipóteses em que não se conforma uma ação suicida, mas apenas de autocolocação em perigo, o que é diferente.
>
> Quem se propõe, na atualidade, ainda que sob instigação, a manter relações sexuais com parceiros ocasionais, e desatento às precauções devidas para evitar um contágio venéreo, poderá estar colocando em perigo a própria vida se vier a ser infectado pelo vírus da AIDS, sem que se esteja, no caso, diante de uma situação de suicídio.
>
> Entende Günther Jakobs que nessa hipótese, a atipicidade deve ocorrer em relação ao infectante, desde que a vítima conheça algo, ou enfermidade ou o modo de vida arriscado do parceiro da relação. O que, no entanto, parece ser desnecessário diante do volume de informações a respeito da transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, situação que já gerou, conforme a percepção de Sancinetti, a por ele denominada "síndrome do risco".
>
> Se a exclusão da imputação deve ocorrer quando àquele que transmitiu a doença, nem há o que se questionar em relação ao instigante.
>
> O grande número de casos possíveis de autocolocação da vítima em situação de risco ou perigo, aliado ao fato de se tratar de um critério de origem político-criminal, impede a construção de regras gerais que possam servir indiscriminadamente a todas as situações.
>
> Claus Roxin comenta algumas decisões do Tribunal Superior Federal alemão sobre hipóteses de autocolocação em perigo pela vítima. Um caso refere-se a uma aposta de corrida de motocicletas entre A e B, em que ambos estavam embriagados, mas completamente

> imputáveis. Em virtude de erro cometido por ele mesmo, B falece em razão de acidente. O Tribunal condenou A por entender ter ele "causado de modo contrário ao dever um resultado previsível e evitável". Quanto a essa decisão, Claus Roxin entende que, como B ainda se encontrava plenamente imputável, e por isso vislumbrava por completo o resultado, este não poderia ser imputado a A, por não se compreender no âmbito de alcance do tipo.
>
> Em outra situação, A entrega heroína a B, para uso deste, estando ambos conscientes do perigo do consumo da droga. B injeta a substância e falece. Em caso semelhante, O Tribunal alemão já havia antes condenado o fornecedor de heroína por homicídio culposo. Entretanto, nesta decisão comentada por Claus Roxin, houve uma mudança da posição do Tribunal, reconhecendo a autocolocação em risco pela vítima, inocentando pela sua morte o agente facilitador ou provocador da referida autocolocação. Lembra Claus Roxin, entretanto, que a simples entrega de tóxicos é severamente punida na Alemanha.
>
> A mesma interpretação aplica-se, também, a todos os casos em que pessoas se colocam em situações de risco para salvar alguém de um perigo que este último provocou, como um incêndio, um desmoronamento ou afogamento. Vindo a falecer o salvador, a morte não pode de ser imputada àquele que foi salvo, mesmo tendo sido ele quem praticou a primeira situação de perigo, já que são comportamentos de risco distintos.
>
> Como já salientado, as possibilidades práticas são muitas e o importante é o alcance dessa construção doutrinária, que leva em consideração o homem e seu direito à autodeterminação, como parte integrante de sua dignidade. (SP. Pillares, p. 132. Ed. 2010, p. 129-130).

Reitere-se que, no presente caso, a própria vítima colocou-se em perigo ao sentar-se na janela do veículo para acenar para terceiras pessoas, logo após ter ingerido bebida alcoólica com o acusado.

Ademais, é possível que a conduta da vítima foi determinante para o sinistro, pois, ao assustar-se com anterior manobra de ultrapassagem, "pegou no volante do veículo", seguindo-se a reação do réu e o descontrole da direção.

Aliás, a vítima deveria ter agido com prudência e respeitado as regras de trânsito, utilizando o cinto de segurança e, principalmente, não interferindo na condução da direção do veículo.

Por corolário, o comportamento imprudente da vítima, que se afastou da expectativa de um agir diligente, sentando-se na janela do veículo e, sobretudo, puxando o volante de direção, afasta a responsabilidade penal da conduta de quem, por quebra dessa confiança pelo terceiro, foi protagonista do evento danoso, pois a hipótese refoge à previsibilidade.

Logo, não havendo elementos seguros indicando que réu causou o acidente que vitimou a menor, a absolvição é medida que se impõe.

Vale lembrar que a condenação criminal não pode estar alicerçada em probabilidade, mas apenas em firme certeza. Assim, na seara penal, inadmissível a prolação de decreto condenatório sem lastro probatório seguro.

Impende gizar que indícios, ainda que veementes, não bastam por si só à prolação de decreto condenatório, sendo indispensável a tal desiderato a certeza da responsabilidade penal.

A distribuição do ônus da prova, compreendido nos limites da presunção de inocência, impunha ao órgão ministerial a demonstração dos fatos afirmados na denúncia, o que não ocorreu a contento.

Da pertinente lição de Guilherme de Souza Nucci colhe-se que:

> Ônus da prova: o termo ônus provém do latim – *ônus* – e significa carga, fardo ou peso. Assim, ônus da prova quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, pois este é obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção. Quanto ao ônus de provar, trata-se do interesse que a parte que alega o fato possui de produzir prova ao juiz, visando fazê-lo crer na sua argumentação. (...) Ônus da prova, em outro enfoque, é uma 'posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito' (Gustavo Badaró, Ônus da prova no processo penal, p. 173). Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade (Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p.344).

Aliás, conforme ensina o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, "A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador – sua base ética indeclinável. 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*." (Apelação Crime n. 70043764646, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 27/06/2012).

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto por Wagner Bueno Lopes a fim de declarar extinta a respectiva punibilidade no tocante à contravenção do artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41, em razão da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, e absolvê-lo relativamente ao crime previsto no artigo 302, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Decisão em parte com o parecer.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)

Acompanho o relator.

Conclusão do julgamento adiada para a sessão do dia 05.06.2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Luiz Gonzaga), após o relator e o 2º vogal darem provimento ao recurso.

VOTO (EM 05/06/2017)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Trata-se de recurso apelação interposta por Wagner Bueno Lopes contra a sentença proferida nos autos n. 0012948-07.2013.8.12.0002, que o condenou pela prática das infrações previstas no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (homicídio culposo na direção de veículo automotor) e artigo 63, inciso I, do Decreto Lei 3. 688/41 (servir bebida alcoólica a menor de 18 anos).

Consta na denúncia que no dia 30.6.2012, em Dourados, o apelante capotou o veículo que conduzia e, em decorrência do acidente, a passageira T. C. B., que não utilizava cinto de segurança, veio a óbito, por traumatismo de crânio e pescoço, por ter sido lançada para fora do veículo.

O apelante conduzia o veículo sob o efeito de bebida alcoólica, negligenciou ao permitir que a vítima ficasse sentada na porta do automóvel, fornecendo a ela, durante toda a madrugada, bebidas alcoólicas e 'narguilé'.

A materialidade delitiva está comprovada pelo boletim de ocorrência de acidente de trânsito (fls. 22-23), pelo termo de embriaguez (fl. 24), pelo laudo de exame necroscópico da vítima (pág. 46), pelo laudo pericial em exame de mídia (fls. 35-45) e pelo laudo pericial no local do crime (fls. 72-80).

O relator votou no sentido de dar provimento ao recurso a fim de declarar extinta a respectiva punibilidade no tocante à contravenção do artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41, em razão da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal, e absolver o réu relativamente ao crime previsto no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Acompanho o relator quanto à extinção da punibilidade em relação à contravenção do artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41.

No entanto, peço vênia para diverjir quanto à absolvição do réu relativamente ao crime previsto no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito.

Neste ponto, postula a defesa a absolvição do apelante sob o argumento de que infrações administrativas não implicam necessariamente a responsabilização penal.

Alega, ainda, a ausência de culpa do apelante Wagner Bueno Lopes, sob o argumento de que a vítima que "se autocolocou em situação de perigo".

No que se refere à autoria da infração penal de homicídio culposo na direção de veículo automotor (artigo 302, *caput*, do CTB) está consubstanciada nas seguintes provas colhidas durante a investigação policial: auto de prisão em flagrante (fls. 6-7); auto de qualificação e interrogatório (fls. 11); registro do boletim de ocorrência n. 2720/2012 (fls. 17-18); termo de declaração de Nadine Alves Cabreira, no sentido de que a vítima não fazia uso do cinto de segurança e colocava o corpo para fora do carro acenando para os rapazes que passavam momento em que o autor perdeu o controle do veículo ocorrendo o acidente (fls. 30); laudo pericial apontando falha do condutor do veículo, ora apelante, e que o acidente poderia ter sido evitado com o uso de cinto de segurança (fls. 72-80).

Inicialmente, deve ser salientado que impulsionado pelas elevadas cifras de mortos e lesionados em acidentes de trânsito envolvendo embriaguez ao volante, a pretexto de endurecer a resposta penal para tais situações típicas, o legislador brindou a população brasileira com a "Lei Seca".

Nesse sentido, nos delitos oriundos de acidentes de trânsito, especialmente nas hipóteses em que os eventos ocorreram, por culpa exclusiva de motoristas embriagados, não se deve deixar de imputar a responsabilidade devida aos condutores.

Nessa linha, conforme advertiu Cesare Beccaria "uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência".

Insta destacar que as alterações promovidas no CTB, pela Lei 12.760/2012, autorizaram a constatação da embriaguez através de sinais indicativos (fisiológicos ou comportamentais) da alteração da capacidade psicomotora, não mais recaindo tal desiderato, tão somente, ao exame do etilômetro e ao teste de alcoolemia.

Em relação às provas, não há que se falar em mera infração administrativa, considerando que o apelante conduzia veículo automotor sob influência de álcool, fato comprovado pelo termo de constatação de

embriaguez, elaborado pela Polícia Militar (fls. 24), e em decorrência disso, causou a morte da adolescente T. C. B. conforme laudo exame necroscópico (fls. 46), laudo pericial em exame de mídia (fls. 35-46), bem como pelo laudo pericial no local do acidente (fls. 72-80).

Embora o apelante tenha negado em juízo (fls. 200 áudio/vídeo), que tivesse ingerido bebida alcoólica antes do acidente de trânsito que acabou levando a óbito a menor T. C. B., tal versão é absolutamente refutada diante das provas contidas nos autos conforme apontado acima, pois as imagens contidas na câmera fotográfica periciada não deixam nenhuma dúvida de que o apelante fez uso de bebida alcoólica momentos antes do acidente de trânsito.

Nesse sentido, há que serem destacadas as fotografias de fls. 38, 40, 41 e 42 registram o apelante segurando uma garrafa de bebida alcoólica tipo *whisky* e ainda um copo, possivelmente contendo a mesma bebida, de forma que sua negativa judicial torna-se inverossímil.

Afirmou ainda que a vítima não se sentou na janela, bem como não soube informar a que velocidade conduzia o veículo, mencionado apenas que era rápido. Disse que a vítima puxou o volante do veículo e ele acabou perdendo o controle do carro e capotou, sendo que ambos não estavam usando cinto de segurança.

A testemunha Nadine Alves Cabreira afirmou em Juízo (fls. 144 áudio-vídeo), que na data dos fatos ingeriu bebida alcoólica juntamente com Wagner e T. Saiu de carro com o apelante e a vítima para ver o sol nascer, sendo que Wagner e T. não usavam cinto de segurança. Afirmou que as fotos contidas na sua máquina fotográfica, apreendida pela polícia, comprovam que o apelante e a vítima estavam ingerindo bebida alcoólica antes do acidente.

Os Policiais Militares Márcio Ferreira de Melo e Deivis Ferri (fl. 125 áudio), atenderam a ocorrência, confirmaram que o apelante havia ingerido bebida alcoólica. Sobre o acidente, relataram que depois de bater no meio-fio o veículo capotou. A vítima foi arremessada para fora do veículo, que acabou caindo em cima dela.

Além disso, foi elaborado termo de constatação de embriaguez pela polícia militar (fl. 24), o qual também comprova o estado de embriedade do apelante no momento do acidente.

Dessa forma, verifica-se que os elementos de provas existentes nos autos confirmam a autoria e materialidade do crime praticado pelo apelante, razão pela qual deve ser mantido o decreto condenatório.

Oportuno registrar que o laudo pericial (fls. 72-80) foi claro no sentido de que as circunstâncias do evento apontam causas subjetivas provenientes de falha humana que foram determinantes para o acidente, sendo estas atribuídas ao condutor do veículo, ora apelante:

> A pista não apresentava danos ou obstáculos aparentes, não sendo materializado nenhum elemento fixo que tenha forçado ao condutor o desvio direcional para a esquerda quando então se chocou pela primeira fez contra o meio fio do canteiro central. O veículo aparentava bom estado de conservação e os danos detectados em sua parte rodante foram resultantes do impacto contra o meio fio em três pontos distintos antes do capotamento.
>
> Portanto, não havia elementos materiais apontando para a uma falha mecânica por parte do veículo. ... (Lauto pericial - fls. 79)

Pondero que, ainda que a tese defensiva no sentido de que o fator determinante para o evento seja o fato de a vítima "menor embriagada" ter supostamente pego no volante do veículo e levando o condutor na tentativa de controlar o veículo perder a direção e bater na guia do meio fio, não é capaz de isentar o apelante da culpa, considerando que além de o apelante estar conduzido veículo embriagado e sem o uso

do cinto de segurança (segundo o depoimento judicial de Nadine), era de responsabilidade do condutor não permitir que a passageira ficasse sentada sob a porta, bem como a imposição do uso do cinto de segurança para a menor, conforme o disposto nos arts. 28, 65 e 167, todos da Lei 9.503/97, *in verbis*:

> Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito."
>
> "Art. 65. É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN."
>
> "Art. 167. Deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança, conforme previsto no art. 65:
>
> Infração - grave;
>
> Penalidade - multa;
>
> Medida administrativa - retenção do veículo até colocação do cinto pelo infrator.

Nessa linha, seguem as jurisprudências:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VÍCIO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO DA ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE DE PACIENTE. MORTE. VÍTIMA ARREMESSADA PARA FORA DO VEÍCULO. NÃO UTILIZAÇÃO DO CINTO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DO CONDUTOR. (...) 4. **A imposição do uso do cinto de segurança, inserida no art. 65 da Lei n. 9.503/97, compõe o capitulo das normas gerais de circulação e conduta (capítulo III). Seu descumprimento, portanto, corresponde à infração praticada na direção do automóvel, devendo as consequências do ato recaírem sobre o condutor**. 5. No caso, o veículo em que trafegava o falecido, de propriedade do Município, era conduzido por agente público no exercício de atividade pública. Considerando os termos do art. 37, § 6º, da CF/88, é a própria Administração que deve ser responsabilizada pelo descumprimento da regra de trânsito. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1335428/PR, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 19/11/2015 - destaquei)

E ainda, da análise da posição do corpo e das feridas concentradas na cabeça da vítima aponta que sua projeção pela janela foi determinante para a fatalidade do acidente, o que poderia ter sido evitada com o uso de cinto de segurança, responsabilidade essa que incumbia também ao condutor do veículo.

> (...) A análise da posição do corpo e das feridas concentradas na cabeça da vítima apontam que sua projeção pela janela do veículo foi determinante para a fatalidade do acidente, o que poderia ter sido evitada com o uso do cinto de segurança." (laudo - fl. 80)

Segue o julgado:

> HOMICÍDIO CULPOSO E DIRIGIR VEÍCULO EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ. CRIMES E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Como afirmou a Julgadora, condenando o recorrente: "Dessa forma, do conjunto probatório carreado ao feito, pode-se concluir, com tranquilidade, que houve culpa do condutor, ora denunciado, pelo acidente sofrido e, por consequência, pelo óbito da vítima. Isso porque, de forma imprudente e negligente, deixou de tomar as cautelas necessárias ao transitar com seu veículo, pois segundo afirmou o policial (que inegavelmente possui

> prática em situações com aquela retratada nos autos), para que o fato pudesse ter ocorrido da forma como o foi, necessário que o acusado estivesse em alta velocidade. Não bastasse, conforme se verá pormenorizadamente adiante, o acusado estava embriagado, dando causa ao acidente e tendo que responder, pois, por isso. Decisão: Apelo defensivo desprovido. Unânime. (Apelação Crime n.º 70056337090, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Sylvio Baptista Neto, j. em 06/11/2013)

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para extinguir a punibilidade no tocante à contravenção do artigo 63, I, do Decreto Lei 3.688/41 pelo reconhecimento da prescrição retroativa e negar provimento ao pedido de absolvição do réu relativamente ao crime previsto no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0006863-34.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – ENTENDIMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPERADO EM PEDIDO DE REVISÃO – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – NEGATIVA DE PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL MANTIDO.

O Superior Tribunal de Justiça em 23.11.2016, acolheu a proposta de revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento pela egrégia Terceira Seção, em 13/03/2013, do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.329.088/RS, da relatoria do ilustre Ministro Sebastião Reis Júnior (DJe 26/04/2013), para reconhecer que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo.

A revisão do entendimento que embasou a remessa dos autos para juízo de retratação impede a revisão do acórdão, que se encontra em consonância com o atual posicionamento da Corte Superior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento a ambos os recursos e promover alteração *ex officio*, unânime.

Campo Grande, 5 de junho de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso especial com o objetivo de reformar o acórdão desta 2ª Câmara Criminal (p. 197-206) no qual, por unanimidade, foi negado provimento ao seu recurso que visava o reconhecimento da hediondez do delito previsto no art. 33, § 4º, do CP, pelo qual o apelado Rodrigo Primolan Silva foi condenado.

A Vice-Presidência determinou o retorno dos autos ao órgão julgador para nova análise da questão, em cumprimento do disposto no inciso II, do art. 1.030, do CPC/2015, considerando a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.329.088/RS.

Intimada para manifestar-se (p. 218), a defesa quedou-se inerte (p. 219).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs recurso especial com o objetivo de reformar o acórdão desta 2ª Câmara Criminal (p. 197-206) no qual, por unanimidade, foi negado provimento ao seu recurso que visava o reconhecimento da hediondez do delito previsto no art. 33, § 4º, do CP, pelo qual o apelado Rodrigo Primolan Silva foi condenado.

A Vice-Presidência determinou o retorno dos autos ao órgão julgador para nova análise da questão, em cumprimento do disposto no inciso II, do art. 1.030, do CPC/2015, considerando a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.329.088/RS.

Intimada para manifestar-se (p. 218), a defesa quedou-se inerte (p. 219).

A decisão deve ser mantida.

O Superior Tribunal de Justiça em 23.11.2016 reviu seu posicionamento para reconhecer que o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, no julgamento de proposta de revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento pela Egrégia Terceira Seção, em 13/03/2013, do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.329.088/RS, da relatoria do ilustre Ministro Sebastião Reis Júnior (DJe 26/04/2013), o qual embasou a remessa dos presentes autos para juízo de retratação, bem como de cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, *caput* e § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016). 2. *É* sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em *Habeas Corpus*, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício **sob o rito dos recursos repetitivos** (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600). 3. **Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça**." (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, terceira seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016 - destaquei)

Referido entendimento tem por base decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido no *habeas corpus* n. 118533 (j. 23.06.2016), cuja relatoria coube à Ministra Cármen Lúcia, que afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas e, por consequência, a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente.

Conquanto se trate de decisão desprovida de efeito *erga omnes* e caráter vinculante, tal precedente deve ser seguido como solução jurídica nos demais processos, por constituir a orientação fixada pela mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro, cuja função precípua é a guarda da Constituição (art. 102), como foi reconhecido pelo próprio STJ.

Ademais, a atual jurisprudência coincide com o entendimento que sempre defendi e que momentaneamente deixei de aplicar por conta da malfadada súmula 512 do STJ, o que fazia sempre com ressalva.

Oportuno mencionar que o presente entendimento é aplicável mesmo na fase de execução, conforme decidiu o Min. Dias Toffolli em recente julgamento (24.08.2016) do HC n. 136.373/SP. Vejamos:

> Embora tenha registrado voto em sentido contrário, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 118.533/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, reconheceu, em sua maioria, que o tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) não tem natureza hedionda e, por consequência, afastou a incidência dos prazos estipulados no art. 44, parágrafo único, da Lei de Drogas e no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, para o livramento condicional e para a progressão de regime, respectivamente. Transcrevo do Informativo/STF nº 831 o seguinte excerto relativo àquele julgamento: O crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda. Por conseguinte, não são exigíveis requisitos mais severos para o livramento condicional (Lei 11.343/2006, art. 44, parágrafo único) e tampouco incide a vedação à progressão de regime (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 2º) para os casos em que aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, Lei 11.343/2006. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus* para afastar a natureza hedionda de tal delito. No caso, os pacientes foram condenados pela prática de tráfico privilegiado, e a sentença de 1º grau afastara a natureza hedionda do delito. Posteriormente, o STJ entendera caracterizada a hediondez, o que impediria a concessão dos referidos benefícios v. Informativos 791 e 828. O Tribunal superou a jurisprudência que se firmara no sentido da hediondez do tráfico privilegiado. Sublinhou que a previsão legal seria indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Assim, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei 11.343/2006 seriam equiparadas a crimes hediondos. Entendeu que, para alguns delitos e seus autores, ainda que se tratasse de tipos mais gravemente apenados, deveriam ser reservadas algumas alternativas aos critérios gerais de punição. A legislação alusiva ao tráfico de drogas, por exemplo, prevê a possibilidade de redução da pena, desde que o agente seja primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Essa previsão legal permitiria maior flexibilidade na gestão da política de drogas, pois autorizaria o juiz a avançar sobre a realidade pessoal de cada autor. Além disso, teria inegável importância do ponto de vista das decisões de política criminal. A Corte observou que, no caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador fora no sentido de que o agente deveria receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recairia o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstrariam o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição dessas pessoas. Não se poderia, portanto, chancelar-se a hediondez a essas condutas, por exemplo. Assim, a imposição de pena não deveria estar sempre tão atrelada ao grau de censura constante da cominação abstrata dos tipos penais. O juiz deveria ter a possibilidade de exame quanto à adequação da

> sanção imposta e o respectivo regime de cumprimento, a partir do exame das características específicas na execução de determinados fatos, cujo contexto em que praticados apresentasse variantes socialmente relevantes em relação ao juízo abstrato de censura cominada na regra geral. De outro lado, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 mereceria crítica na medida em que proíbe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Assentou, ainda, que a etiologia do crime privilegiado seria incompatível com a natureza hedionda. Além disso, os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo. Demais disso, cumpre assinalar que o crime de associação para o tráfico, que reclama liame subjetivo estável e habitual direcionado à consecução da traficância, não seria equiparado a hediondo. Dessa forma, afirmar que o tráfico minorado fosse considerado hediondo significaria que a lei ordinária conferiria ao traficante ocasional tratamento penal mais severo que o dispensado ao agente que se associa de forma estável para exercer a traficância de modo habitual, a escancarar que tal inferência consubstanciaria violação aos limites que regem a edição legislativa penal. (grifos nossos) Dos documentos que instruem a impetração, verifica-se, de plano, que o Juízo da Execução na origem afastou esse entendimento da Corte ao homologar o cálculo das penas do paciente, estando, portanto, caracterizado o constrangimento ilegal. ... Entretanto, considerando que o tema trazido à baila é objeto de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que autoriza o art. 192, *caput*, do Regimento Interno, concedo a ordem de ofício para cassar a decisão proferida pelo Juízo da Execução que homologou o cálculo das penas do paciente, determinado que outra seja proferida com estrita observância do entendimento da Corte no julgamento do HC nº 118.533/MS.

Logo, conclui-se que o acórdão de p. 197-206, quanto ao afastamento da hediondez do delito previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não diverge do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de não exercer juízo de retratação quanto ao acórdão de p. 197-206, mantendo o não provimento do recurso do Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento a ambos os recursos e promoveram alteração *ex officio*, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 05 de junho de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Presidente do TJMS participa de reunião com a Ministra Cármen Lúcia - 03/04/2017



Foto: Carlos Moura/SCO/STF

O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran, esteve na manhã desta segunda-feira (3), em Brasília, reunido com a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, e com os presidentes de outros 20 Tribunais de Justiça do país. Foi o sexto encontro desse tipo desde que a ministra Cármen Lúcia foi empossada como presidente do STF e CNJ em setembro do ano passado. Na reunião, foram tratados os seguintes assuntos: repercussão geral, concurso para os tribunais, situação carcerária e execução fiscal.

A presidente do Supremo e do CNJ informou aos desembargadores os andamentos das prioridades citadas por eles em encontros anteriores. Ela disse aos magistrados que priorizou, na pauta de julgamentos no Plenário do STF neste mês, as ações com repercussão geral reconhecida. Isso porque os presidentes dos TJs afirmaram que muitos processos ficam parados nos tribunais estaduais esperando a decisão do Supremo.

A ministra Cármen Lúcia destacou, no entanto, que alguns tribunais não têm aplicado a repercussão geral mesmo depois do julgamento do STF. Para ganhar tempo e os processos serem liberados rapidamente, ela anunciou que, assim que a ata do julgamento de recursos com repercussão geral for aprovada, os TJs serão avisados da tese aprovada.

Ela informou ainda que o CNJ editará uma resolução para tornar as regras de concurso para o Judiciário mais objetivas. A ministra afirmou que o CNJ tem analisado a proposta de fazer um concurso nacional para os tribunais, sendo que as fases posteriores seriam regionalizadas.

Sistema penitenciário – Em relação ao sistema carcerário, a presidente do STF e do CNJ ponderou que hoje não há um cadastro de presos no Brasil nem um documento único que o juiz tenha de preencher quando há uma prisão. Para solucionar esse problema, o Conselho tem estudado duas frentes: um censo com o nome, identificação precisa do preso e qual crime cometido, com dados dos TJs, e um banco nacional de mandados de prisão.

A ministra Cármen Lúcia destacou que a primeira instância do Judiciário fez esforços concentrados para julgar os processos penais e realizar Júris com o objetivo de diminuir o número de encarcerados. No entanto, os recursos interpostos à segunda instância não têm sido julgados rapidamente. Por isso, ela pediu aos desembargadores que informem até o próximo dia 10 qual o acervo pendente dos TJs nessa área.

A presidente do Supremo e do CNJ sustentou ainda que o modelo de execução fiscal deve ser alterado para ter mais eficiência. Para isso, ela apontou que deve haver uma mudança legislativa e de comportamento.

Ao final do encontro, a ministra Cármen Lúcia pediu aos Tribunais que busquem soluções para mapear e resolver a situação das mulheres grávidas presas. A ministra lembrou que se trata de um universo pequeno, e que os presidentes dos TJs têm como saber quem são essas mulheres e onde elas estão. “Isso é responsabilidade do Estado, e do Estado-Juiz”, salientou a presidente, lembrando que se trata de uma ação de gestão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do site do STF

Coordenadora da Infância e da Juventude participa da instalação do FONINJ 06/04/2017



Foto: Nelson Jr./SCO/STF

A juíza Katy Braun do Prado, coordenadora da Infância e da Juventude, representou o Poder Judiciário sul-mato-grossense na instalação do Fórum Nacional da Infância e da Juventude (FONINJ), realizado hoje (6) em Brasília.

A abertura do evento foi feita pela Ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), acompanhada do Ministro João Otávio de Noronha, Corregedor Nacional de Justiça, e do conselheiro do CNJ e presidente do FONINJ, Ministro Lélio Bentes.

O Fórum foi criado pelo CNJ com o objetivo de cuidar dos problemas inerentes à infância e juventude em várias vertentes, como a adoção, os menores em conflito com a lei e vítimas de abuso. De caráter permanente, o FONINJ foi instituído por meio da Resolução CNJ n. 231/2016, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas para a coordenação, elaboração e execução de políticas públicas no âmbito do Poder Judiciário para aprimoramento da prestação jurisdicional na área da infância e juventude.

O fórum é composto por dois conselheiros do CNJ e juízes, que deverão orientar os trabalhos desenvolvidos pelas Coordenadorias da Infância e da Juventude dos estados e do Distrito Federal, além de facilitar a interlocução entre os órgãos da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça da Infância e da Juventude, as Coordenadorias da Infância e da Juventude e o CNJ.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Lei cria depoimento especial que já é realidade há 3 anos em MS - 06/04/2017



Foi publicada no Diário Oficial da União desta quarta-feira (5) a Lei nº 13.431, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. A nova lei foi sancionada pelo presidente da República, Michel Temer, durante a abertura do 9º Fórum Global da Criança, que foi realizado em São Paulo e contou com a presença do casal real da Suécia.

A Lei n° 13.431 regulamenta em âmbito nacional a escuta protegida e vem ao encontro da proposta do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, que mais uma vez, numa atuação de vanguarda, implantou em 2014 a Central de Depoimento Especial em Campo Grande, tornando-se um dos primeiros Estados da federação a desenvolver a técnica, cuja estrutura se tornou referência para o país.

A Central, que funciona no prédio do Fórum Heitor Medeiros, foi criada por meio da Portaria 548/2014. Desde sua implantação já foram realizadas 326 audiências nas diversas varas, inclusive do Tribunal do Júri, pois o depoimento especial prevê que todos os juízes possam realizar audiência nessa metodologia, onde houver criança e adolescente envolvido em processos.

A ideia do depoimento especial é evitar que a vítima e ou testemunha de violência seja submetida a novo sofrimento no curso do atendimento, das investigações e na fase judicial, prevendo uma estrutura para ouvir as crianças e adolescentes que não lhe cause uma nova violência, seja pelo excesso de exposição da vítima ao agressor, pela repetição de um relato de uma situação traumática, ou seja pela falta de capacitação daqueles que atendem os casos.

Segundo a entrevistadora forense Rosa Pires Aquino, o Sistema de Garantia de Direitos terá que se preparar para cumprir o que a Lei 13.431 prevê em seus artigos, e um dos maiores benefícios trazidos está em seu Art. 11. onde diz que "criança com menos de 7 anos e criança e adolescente em caso de violência sexual terá que ser ouvido em audiência por protocolos e no rito cautelar de produção antecipada de prova judicial, pois terão de falar uma única vez e assim evitar a revitimização".

O modelo adotado pelo Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul insere as vítimas e testemunhas numa sala onde somente ela e um entrevistador forense capacitado pela Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ) faz os questionamentos. De uma sala ao lado, juiz, acusação e defesa acompanham o depoimento, que é transmitido por áudio e vídeo. Até mesmo perguntas do magistrado e das partes são encaminhadas via ponto eletrônico de ouvido ao entrevistador. É este profissional quem faz o questionamento à criança, de uma forma adequada, num ambiente bem mais acolhedor do que expor a vítima a uma sala de audiência comum.

O juiz da 7ª Vara Criminal de Campo Grande, Marcelo Ivo de Oliveira, é um dos magistrados que mais faz uso da Central de Depoimento Especial, visto que a 7ª Criminal tem competência para julgar e processar ações que envolvam crianças e adolescentes.

Segundo ele, o depoimento especial, além de preservar o psicológico da testemunha ou vítima, também é benéfica e traz vantagens para o rito processual. “As crianças são ouvidas num ambiente menos hostil, onde, depois de um contato com a entrevistadora, elas conseguem estar mais à vontade para relatar o que houve. Uma técnica que evita respostas induzidas e falsas memórias. E da forma como a entrevistadora vai conduzindo o momento ela chega no ponto que nos interessa, que é fazer a prova para o processo, que, no final das contas, é uma prova bem mais elaborada”, destaca.

Hoje, além da Capital, o depoimento especial está presente em 25 comarcas do interior do Estado. A equipe especializada da Coordenadoria da Infância vem realizando desde 2016 a supervisão das equipes que fazem o depoimento especial, bem como a estrutura local das comarcas, com o objetivo de seguir o protocolo recomendado para a realização das audiências de crianças e adolescentes.

Mais uma vez, o TJMS está à frente de outros tribunais do país, com a criação da Central e o treinamento e estruturação das salas do interior do Estado para que juízes tenham toda a estrutura necessária para os ritos processuais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Paranaíba realiza 1ª audiência com depoimento especial da comarca - 12/04/2017

Excelente. Com este adjetivo, o juiz Cássio Roberto dos Santos, da Vara Criminal de Paranaíba, definiu a primeira audiência com Depoimento Especial realizada na comarca, na tarde desta quarta-feira (12).

O juiz contou que o elogio também veio do promotor, do defensor e do advogado que participou de uma das audiências. "*Foram dois casos gravíssimos de estupro. Em um dos processos, uma menina de oito anos foi abusada pelo padastro e, no outro, duas crianças de sete e nove anos sofreram abusos do bisavô. Com as técnicas do Depoimento Especial, as vítimas sentiram-se acolhidas, tranquilas e o ambiente preparado ajudou muito, permitindo que contassem os fatos com desenvoltura*", disse.

Cássio relatou ainda que fará contato com a autoridade policial para, a partir do próximo flagrante, trabalhar com a produção antecipada de provas, procedimento introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.431, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e torna obrigatórios os depoimentos especiais.

"*Apesar da vacância de um ano para vigência da nova lei, pretendemos começar a trabalhar desta forma imediatamente. A experiência de hoje foi muito boa e aos colegas que ainda não utilizam o depoimento especial em suas comarcas digo que façam esse tipo de escuta somente com local adequado, lúdico, evitando a perda da eficiência da técnica*".

Ressalte-se que este foi o primeiro Depoimento Especial realizado *in loco* em Paranaíba. No dia 30 de março, uma parceria com a juíza Kelly Gaspar Duarte Neves, de Aparecida do Taboado, permitiu a realização de uma audiência por videoconferência para oitiva de uma adolescente de 13 anos, vítima de abusos pelo padastro.

A menina foi ouvida pela assistente social de Aparecida do Taboado, em um processo de réu preso em Paranaíba. Kelly, que responde pela Vara da Infância em Aparecida do Taboado, acompanhou a audiência/depoimento especial, e classificou-a como excelente.

"*Nossa assistente social foi devidamente capacitada e esta foi nossa primeira audiência de Depoimento Especial e, ao mesmo tempo, a primeira a ser realizada por videoconferência no Estado. A menina chegou uma hora antes do início para os procedimentos de acolhida e, somente com a técnica, reportou toda a situação. Evitamos a revitimização*", esclareceu.

Finalizada a audiência em Paranaíba, a servidora Rosa Rosângela do Carmo Pires Aquino, da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ), esteve com as técnicas da comarca para um feedback da atuação durante a audiência.

Supervisão – Portaria da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ), publicada no Diário da Justiça de terça-feira (11), designou a Comissão de Supervisão do Depoimento Especial, composta pelas servidoras Rosa Rosângela do Carmo Pires Aquino e Doêmia Ignes Ceni, tutoras do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em matéria do Depoimento Especial, em âmbito nacional.

As técnicas da CIJ irão acompanhar e supervisionar a prática do Depoimento Especial nas comarcas, com a finalidade de aprimorar a técnica e as rotinas do Depoimento Especial, bem como reunir os dados estatísticos das audiências do Poder Judiciário de MS.

Além disso, coordenarão o programa de avaliação continuada da prática do Depoimento Especial e do desempenho dos entrevistadores forenses; auxiliarão na capacitação, darão orientação e suporte operacional aos juízes, servidores e voluntários que atuam na prática do Depoimento Especial.

Para auxiliar na primeira escuta de Depoimento Especial de Paranaíba, Rosa está na região norte do Estado para, desde ontem, quando passou por Aparecida do Taboado, reunir-se com a juíza Kelly Gaspar e as técnicas da comarca.

Rosa contou que a juíza está muito animada com a perspectiva de se instalar uma sala apropriada para este tipo de escuta. Segundo a técnica, Kelly deve reunir-se em breve com o delegado, membros do conselho tutelar, enfim, com parceiros da rede de atendimento para explicar a Lei nº 13.431 e tratar da produção de provas antecipadas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Em evento da Enfam e Ejud-MS, Ministra Nancy Andrighi destaca formação de magistrados humanistas - 19/04/2017



Durante o curso de Formação de Formadores realizado em Campo Grande-MS, pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e pela Escola Judicial de Mato Grosso do Sul (Ejud-MS), a ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), disse que as Escolas estão empenhadas em formar juízes humanizados, voltados ao melhor interesse das partes processuais.

Nancy Andrighi veio a Campo Grande participar da ação educativa e falou para magistrados de Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e do Distrito Federal que participam do curso. Na abertura participaram o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, o diretor-geral da Ejud-MS, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, e o Des. Eladio Lecey, presidente da Comissão de Desenvolvimento Científico e Pedagógico da Enfam.

Para a ministra do STJ, as Escolas Judiciais têm papel fundamental na construção do profissional. Com 41 anos de magistratura, Nancy Andrighi participou ativamente da criação de uma Escola Nacional de Magistrados, ainda nos anos 80, juntamente com o Des. Eladio Lecey e o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in memoriam, que, hoje, dá nome à Enfam. A ministra falou aos colegas sobre a atuação do juiz, que segundo ela deve estar voltada para o lado humano do processo.

"Nós estamos trabalhando com seres humanos. Os processos são altamente técnicos, mas o conteúdo principal que as escolas precisam passar para os magistrados é a humanização do trabalho do juiz em relação às partes. Elas são o centro da atenção do juiz. Precisamos ter misericórdia, ter piedade e aplicar a lei com muita humanidade", disse a ministra do STJ.

O curso de Formação de Formadores ocorre, no período de 18 a 20 de abril, pela primeira vez fora de Brasília-DF, sede da Enfam. Esta é a terceira edição do curso e está sendo ofertado o Nível I, Módulo 1, para 35 participantes de Cortes do Centro-Oeste brasileiro, com carga horária de 24h.

A Ejud-MS se tornou referência na formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores e por isto foi escolhida pela Enfam para sediar, de forma descentralizada, o Curso Formação de Formadores.

"A Escola Judicial de Mato Grosso do Sul sente-se sobejamente honrada por ter sido a escola destacada para receber este importante curso (Formação de Formadores). A Ejud-MS foi uma das escolas que mais habilitou cursos na Enfam e isto trouxe o reconhecimento do trabalho realizado aqui, em Mato Grosso do Sul. Inclusive, nos foi solicitado pela Escola Nacional que passássemos o formato do curso "Gerenciamento de Riscos e Crises no Exercício da Magistratura", para que outras Escolas Judiciais do país possam capacitar seus magistrados, nos moldes do nosso curso", disse o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Diretor-Geral da Ejud-MS.

O Des. Eladio Lecey explica que com a nova gestão da ministra Maria Thereza de Assis Mourada, à frente da Enfam, foi pensado um novo formato de cursos da Escola, de modo a regionalizá-los, os quais antes eram concentrados no Distrito Federal. "Escolhemos Mato Grosso do Sul porque já conhecíamos a boa estrutura e o pessoal capacitado e dedicado da Ejud. Isto nos deu entusiasmo por começar por Mato Grosso do Sul e acreditamos que acertamos na escolha. Esta é a primeira oportunidade que estamos fazendo isto e é muito relevante, de maneira que a Enfam, como Escola Nacional, possa se aproximar das outras Escolas Judiciais e de Magistratura do Brasil".



Curso de Formação de Formadores em Campo Grande/MS

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS apresenta benefícios da CPE em Encontro Nacional de Boas Práticas
19/04/2017



Hoje e amanhã, o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, o diretor de Planejamento, Newton Cesco Junior, e a diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau, Conceição Pedrini Pereira, estão em Salvador (BA) participando do II Encontro Nacional de Boas Práticas – Missão Humaitá, sediado pelo TJBA.

Do evento, promovido pela Rede de Governança Colaborativa da Justiça Estadual, participam representantes dos 27 tribunais estaduais do país, com objetivo de compartilhar iniciativas e lições aprendidas para impulsionar o cumprimento das metas nacionais no âmbito da justiça estadual. Nos dois dias de trabalho serão apresentadas boas práticas – dentre elas a Central de Processamento Eletrônico (CPE), uma das propostas de sucesso da justiça sul-mato-grossense, além da exposição de 25 painéis.

Na prática, serão apresentadas as melhores práticas dos tribunais de justiça estaduais para o alcance das metas nacionais do Poder Judiciário, já que a divulgação das boas práticas resulta na difusão de projetos e iniciativas, além do reconhecimento do esforço intelectual e financeiro que os tribunais aplicam na melhoria da prestação jurisdicional.

De acordo com Newton Cesco, a CPE foi escolhida para ser apresentada em razão do trabalho que realiza ao atingir as metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo número de processos que arquiva. “A CPE é hoje o que temos de melhor no Judiciário sul-mato-grossense por impulsionar os processos”, explicou o diretor de Planejamento do TJMS.

A CPE iniciou sua atuação em 2013 nas varas de execução penal do Estado. Depois passou a atuar em varas dos juizados de comarcas do interior e desde julho de 2016 começou a atuar nos juizados da Capital, começando na 1ª Vara do Juizado Central, onde em três meses foi possível o arquivamento de 1.962 processos.

A Central de Processamento Eletrônico vem sendo chamada de "Cartório do Futuro" e essa inovação do TJMS despertou interesse por parte de vários tribunais brasileiros. Já estiveram em MS para conhecer pessoalmente as instalações da CPE representantes dos Tribunais de Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Minas Gerais e Ceará.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de MS participa do Fórum Nacional da Justiça Juvenil - 20/04/2017



Foto: TJAL

Ontem e hoje, o juiz Eguiliell Ricardo da Silva está em Marechal Deodoro (AL) para participar da 20ª edição do Fórum Nacional da Justiça Juvenil (FONAJUV).

Na programação estão temas sobre os cadastros da infância e da juventude; desafios do Fonajuv, além da socioescolarização no atendimento socioeducativo, tendo como base as diretrizes nacionais para o atendimento escolar de adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas.

A abertura do evento foi na manhã desta quarta-feira (19), seguida do painel Panorama da Infância e da Juventude no Brasil: Desafios Éticos e de um segundo painel entitulado Propostas de Mudanças nos Cadastros da Infância CNC, CNCA e CNACL.

Entre os conferencistas estão o juiz João Batista da Costa Saraiva (do RS e consultor do UNICEF), ministro Lélio Bentes Corrêa (conselheiro do CNJ e presidente do Fórum Nacional da Infância e da Juventude – FONINJ) e Sandra A. Silvestre (juíza auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça).

Mais dois painéis ocuparam a tarde dos participantes: Panorama do Fonajuv: Aspectos Históricos e Éticos, e Panorama da Socioeducação no Brasil: Diagnóstico, Desafios e Propostas de Soluções, com a participação dos juízes José Dantas de Paiva (TJRN), Ana Cristina Borba Alves (do TJSC e presidente do Fonajuv), Valéria da Silva Rodrigues, (do TJMG, vice-presidente do Fonajuv e secretária da infância e da juventude da AMB), Casimira Benge (UNICEF Brasil), Padre Agnaldo Soares (Rede Salesiana) e Vladson Bittencourt (do TJES e secretário do Fonajuv).

Para terminar o primeiro dia de trabalho debates visando alterações regimentais para assento do UNICEF no Fonajuv, além da definição de data e local para a realização do XXI Fonajuv. O juiz Carlos Limongi Sterse (TJGO) lançou o livro Por que estamos aqui? - Uma viagem em busca da felicidade e do sentido da vida.

Na manhã desta quinta-feira, as discussões recomeçaram com o painel Panorama da Infância e Juventude na Sociedade Moderna: Propostas Inovadoras de Solução de Conflitos. Foram conferencistas os juízes Marcelo Salmaso (TJSP), Egberto Penido (SP) e Elio Braz Mendes (PE).

A seguir houve o 6º painel sobre o Panorama da Infância e Juventude em Relação às Mazelas da Sociedade Moderna: prostituição infantil, tráfico de crianças, tráfico de drogas e outras graves violações de direitos endêmicos na região Nordeste. E o último painel discutiu o Panorama da Infância e Juventude no Brasil na Busca de Soluções Práticas e Criativas, com a apresentação de projetos e boas práticas nas justiças estadual, federal e do trabalho.

Três salas foram disponibilizadas para os workshops, que são a parte prática do evento. E o XX Fonajuv termina com a apresentação das conclusões das oficinas. O evento é apoiado pelo Tribunal de Justiça de AL, pela Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (Abraminj) e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância e Juventude (UNICEF).



Foto: Assessoria Abramini

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Reforma de escolas municipais por presos poderá ser realidade na Capital
26/04/2017



Na tarde desta quarta-feira (26), o juiz Albino Coimbra Neto, acompanhado do vereador André Salieneiro, apresentou ao prefeito de Campo Grande, Marcos Trad, o programa do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade", que usa mão de obra e dinheiro de presos para reformar escolas públicas. No encontro, o prefeito sinalizou que deve encampar a ideia e implantar o projeto em âmbito municipal.

A proposta da reunião partiu do vereador André Salineiro, entusiasta do projeto do Poder Judiciário que já economizou para os cofres do Estado de MS mais de R$ 4 milhões, reformando sete Escolas Estaduais e beneficiando mais de 5 mil alunos da rede estadual de ensino. O edil procurou o juiz Albino Coimbra, idealizador do programa "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade", para que fosse pessoalmente mostrar os benefícios sociais e econômicos da iniciativa.

Ao sair da reunião, o magistrado disse que o prefeito, Marcos Trad, demonstrou muito interesse por implementar o programa na Prefeitura de Campo Grande. "O prefeito teve interesse na contratação dos presos, especialmente, para a reforma das Escolas Municipais. Mas, também, pretende estender este trabalho na reforma de Postos de Saúde e manutenção de outros prédios e bens do município", contou o juiz Albino Coimbra.

Uma reunião foi marcada para a próxima terça-feira (2), pelo prefeito, para tratar os detalhes da parceria com o vereador André Salineiro, com o procurador do município e secretários municipais.

O programa "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade" foi criado há três anos e alia ressocialização dos presos do regime semiaberto com a economia de dinheiro público. O diferencial da iniciativa, inédita no país, é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos com parte do salário de todos os presos que estão empregados em empresas e órgãos públicos.

Isto só foi possível com a edição e regulamentação da Portaria 001/2014 da 2ª VEP da Capital, que instituiu o desconto de 10% da remuneração dos presos, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, com as reformas de escolas públicas. Segundo Albino Coimbra, a normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1º, "d".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadores do TJ completam 36 anos na magistratura de MS - 02/05/2017



Trinta de abril de 1981. Quem se lembra dessa data? O que você estava fazendo naquela quinta-feira? Os desembargadores Divoncir Schreiner Maran, João Maria Lós e Sideni Soncini Pimentel tomavam posse como juízes na sexta sessão solene do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

No total, apenas 10 candidatos foram aprovados no III Concurso para o cargo de Juiz de Direito: os três acima citados e os hoje aposentados Hildebrando Coelho Neto, Jorge Augusto Bertin, Paulo Alfeu Puccinelli, Hermenegildo Vieira da Silva, Roberto Iser e Adão Alves Teixeira, como transcrito na ata de posse.

Necessário lembrar que tanto a instalação do Estado de MS quanto a do Poder Judiciário foram no dia 1º de janeiro de 1979, quando a justiça sul-mato-grossense iniciou sua trajetória com 30 integrantes.

Em outubro de 1979 realizaram-se as provas do primeiro concurso da magistratura em MS, sendo aprovados oito candidatos. Após este, foram realizados mais dois concursos para Juiz de Direito, um em 1980, com 11 aprovados, e o outro em 1981, com 10 aprovados. A partir de 1982 começaram a ser realizados concursos para o cargo de Juiz Substituto.

O Des. Divoncir Schreiner Maran, atual presidente do TJMS, também comemorou a data em que a magistratura mudou definitivamente sua vida. “São 36 anos de magistratura, de dedicação e de interpretação das leis, sempre em busca de uma justiça que atenda verdadeiramente aquele que precisa – nosso verdadeiro motivo de existir. Somos os remanescentes daquele concurso, os últimos que ainda estão na ativa. Sem hesitar, digo que faria tudo novamente porque a magistratura é vocação”.

O Des. Sideni confessa que lembra da ocasião como se fosse hoje e cita que assumiu os trabalhos no dia 1ª de maio de 1981, em Porto Murtinho, o Des. Lós em Miranda e o Des. Divoncir Schreiner Maran em Bonito. “Naquela época, como todos sabem, a comunicação era diferente e o Judiciário de MS estava praticamente nascendo. Somos do último concurso para juiz titular”, citou saudoso.

Agora, 36 anos depois, o Poder Judiciário de MS está consolidado como Poder tanto no conceito nacional, quanto de pessoal e estrutural. “Somos um tribunal respeitado, com diferenças substanciais, e podemos creditar isso ao trabalho dos dirigentes que, desde o início até os dias atuais, têm mostrado forte avanço na área administrativa e de gestão. Quem ganha com isso é a sociedade, o povo sul-mato-grossense”, avaliou.

Depois de mais de três décadas distribuindo justiça, será que eles se arrependem de ter escolhido a magistratura? “Se tivesse que fazer tudo de novo, faria como se estivesse ingressando agora: com o mesmo estímulo, força de vontade e a mesma garra - lógico que com mais bagagem e muito mais experiência. E aos novatos digo que estão abraçando um Judiciário muito diferente do que encontramos nos idos de 1981”, destacou o Des. Sideni.

Para o Des. Lós, a evolução física do Judiciário foi fantástica. Ele lembra que, quando ingressou, somente o Fórum da Capital era próprio, além do de Naviraí e pouco depois em Miranda, quando era juiz naquela comarca. “Hoje no Estado inteiro existem prédios próprios de fórum e só isso já demonstra o quanto se evoluiu”.

Lós citou ainda a tecnologia e o quadro de servidores. “Na época, trabalhávamos com pessoas cedidas pelos tabeliães dos cartórios extrajudiciais e só depois começaram os concursos para prover os cargos. Tudo era muito diferente do que temos. O advogado tinha que ir até a comarca, quando muito conseguia resolver algum problema por telefone - quando tinha telefone. Em algumas localidades havia apenas um posto telefônico e a dificuldade era muito grande. O asfalto chegava em Miranda e acabava. Era estrada de chão, no meio do Pantanal. Trabalhei em Corumbá e cansei de atravessar essa estrada. Só não fiquei atolado porque era habilidoso”, brinca.

Se tivesse que escolher a profissão hoje, ainda seria a magistratura? Lós responde sem titubear. “Com certeza escolheria a magistratura. É um prazer muito grande tentar acertar nas decisões e dar a cada um o que é seu. Nunca me passou pela cabeça desistir, nem nos momentos mais difíceis”.

O que dizer então para os que desejam magistratura como carreira? “O que todo juiz deve pensar: nunca veja o processo como um estorvo. Cada processo tem uma vida por trás – com dramas, angústias e esperanças. No momento de examinar o processo, temos que saber que estamos resolvendo o problema das pessoas e precisamos resolver o conflito dessas vidas para encontrar a melhor solução”.

Ao final, o desembargador confessou que já passou horas e horas, à noite, pensando, preocupado em encontrar a melhor solução e conta que, mesmo depois de quase 40 anos, às vezes depara-se com algum processo que exige indagação, pesquisa, estudo e preocupação para fazer o melhor possível.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz referência na ressocialização de presos participa do 1º Fonavep - 04/05/2017



Legenda: Sétima escola reformada por detentos na Capital

O juiz Albino Coimbra Neto, auxiliar da Vice-Presidência do TJMS, participará do I Fórum Nacional de Execução Penal (Fonavep), na cidade de Foz do Iguaçu (PR), nos dias 4 e 5 de maio. O magistrado irá apresentar, na sexta-feira (5), o programa do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade", que usa mão de obra e dinheiro de presos para reformar escolas públicas.

O juiz Mário José Esbalqueiro Jr., que atua na Execução Penal de Campo Grande, também representa o Poder Judiciário de MS no evento.

No fórum serão discutidas causas estruturais da crise no sistema prisional, boas práticas em execução penal, enfrentamento imediato da crise e exemplos de ações concretas e bem-sucedidas em Execução Penal, como é o caso do programa "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade", desenvolvido em Mato Grosso do Sul.

Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade é um programa idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto. Criado há três anos, o programa alia ressocialização dos presos do regime semiaberto com a economia de dinheiro público. O diferencial da iniciativa, inédita no país, é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos com parte do salário de todos os presos que estão empregados em empresas e órgãos públicos na Capital.

Até hoje já foram economizados para os cofres do Estado de MS mais de R$ 4 milhões, em sete Escolas Estaduais reformadas, o que beneficiou mais de 5 mil alunos da rede estadual de ensino. Tudo isto só foi possível com a edição e regulamentação da Portaria 001/2014 da 2ª VEP da Capital, que instituiu

o desconto de 10% da remuneração dos presos, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, com as reformas de escolas públicas. Segundo Albino Coimbra, a normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1º, "d".

O Evento – O Fonavep foi criado durante reunião promovida pela AMB com juízes de varas de execuções penais de todo o País, no início de janeiro deste ano. "As rebeliões que ocorreram em presídios das regiões Norte e Nordeste expuseram o problema crônico do sistema prisional. O Poder Executivo precisa tomar providências, mas a magistratura está aberta a debater até onde pode contribuir nessa questão e o fórum será essa oportunidade", destaca o presidente da AMB, Jayme de Oliveira.

Mais informações sobre o Fórum podem ser obtidas no departamento de eventos da AMB (61) 2103-9027/ 9034/ 9044.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vereador destaca programa do TJMS com presos e faz gestão para abranger escolas municipais - 05/05/2017



Foto: Assessoria/Câmara Municipal de CG

O vereador André Salineiro usou a tribuna da Câmara Municipal, nesta quinta-feira (4), para agradecer ao prefeito Marcos Trad por recebê-lo, junto com o juiz Albino Coimbra Neto, para a apresentação do programa do Poder Judiciário "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade". O encontro ocorreu no último dia 26 de abril, quando o prefeito da Capital sinalizou que deve encampar a ideia de reformar escolas municipais com o trabalho e dinheiro de presos do regime semiaberto.

Salineiro explicou aos colegas da Casa de Leis que pretendia apresentar projeto de lei para criar um programa semelhante na Capital, contudo como a iniciativa para criar tal norma é do chefe de governo, buscou o prefeito para apresentar o projeto idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto.

"No início do mandato comecei a elaborar esse projeto, mas por entender que é uma competência da Prefeitura e seria um projeto apenas autorizativo, levei a ideia até o prefeito e aí conversamos com pessoas da área, em especial o juiz Albino Coimbra Neto. Quero agradecer publicamente por o prefeito ter aceitado conversar conosco e abraçar a ideia", disse o vereador na tribuna.

O programa "Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade" foi criado há três anos e alia ressocialização dos presos do regime semiaberto com a economia de dinheiro público. O diferencial da iniciativa, inédita no país, é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos com parte do salário de todos os presos que estão empregados em empresas e órgãos públicos. Por meio do programa, já foram reformadas sete escolas estaduais da Capital, o que gerou mais de R$ 3 milhões de economia aos cofres públicos.

Isto só foi possível com a edição e regulamentação da Portaria 001/2014, da 2ª VEP da Capital, pelo juiz Albino Coimbra Neto, que instituiu o desconto de 10% da remuneração dos presos, que é depositado

em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, com as reformas de escolas públicas. Segundo Albino Coimbra, a normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1º, "d".

André Salineiro ainda frisou, durante o discurso, que, com a aprovação do prefeito, depois de reuniões com o vereador, o juiz e representantes do Sistema Prisional Semiaberto e Conselho da Comunidade de Campo Grande, a expectativa é que seja implantado em breve o programa, semelhante ao executado no âmbito estadual. "Quero salientar, acima de tudo, a boa vontade que o prefeito Marcos Trad teve em abraçar esta parceria, que irá trazer um benefício enorme nas áreas social e econômica".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Capital sediará XIII Congresso de Direito e V Seminário Científico - 08/05/2017



Nos dias 18 e 19 de maio, no Centro de Convenções Rubens Gil de Camillo, será realizado o XIII Congresso de Direito Tributário, Constitucional e Administrativo e V Seminário Científico da UCDB. Participarão 29 juristas, sendo destes 19 de outras regiões do Brasil.

O evento, responsabilidade do Chiesa Instituto de Estudos Jurídicos, em parceria com a Universidade Católica Dom Bosco e com o apoio do TJMS, por meio da Escola Judicial de MS, pretende abordar temas no âmbito do direito público, proporcionando à comunidade jurídica sul-mato-grossense o debate em torno de temas relevantes.

O destaque fica para grandes nomes como Roque Antonio Carrazza, Paulo Ayres Barreto, Eurico Marco Diniz de Santi, Olavo de Oliveira Neto, Eduardo Sabbag, Clemerson Merlin Cleve, José Maurício Conti, Ulisses Schwartz Viana, Betina Grunpemacher, Zélia Luiza Pierdoná, Cristiano Carvalho, Nelton Agnaldo Moraes Dos Santos e Luiz Henrique Volpe Carmargo.

Concomitantemente ao Congresso, será realizado o V Seminário Científico da UCDB, no qual serão apresentados artigos e os interessados poderão concorrer nas categorias acadêmicos ou profissionais. O melhor seminário de cada categoria receberá um prêmio. Para tanto é necessário que os trabalhos sejam formulados conforme regulamento disposto no site do evento (www.chiesa.com.br/congresso).

A programação completa com os horários das palestras está disponível no site do congresso (http://chiesaonline.com.br/congresso/Programacao/all/). Vale lembrar que será expedido certificado com carga horária de 30 horas.

As inscrições podem ser realizadas on-line (http://chiesaonline.com.br/congresso/Inscricao/all/) ou presencialmente até o dia 16 de maio no Fórum da Capital, a partir do dia 8 de maio, das 13 às 18 horas, e na UCDB, das 7 às 11 horas e das 19 às 22 horas.

Mais informações pelo telefone (67) 2107-2020, pelo e-mail congresso@chiesa.com.br ou pelo www.facebook.com/congresso.ucdb.chiesa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedor Nacional de Justiça reúne-se com desembargadores no TJMS - 12/05/2017



Em visita ao Tribunal de Justiça na manhã desta sexta-feira (12), o Ministro do Superior Tribunal de Justiça João Otávio de Noronha, Corregedor Nacional de Justiça do CNJ, esteve reunido com desembargadores e juízes do TJMS para uma conversa sobre o momento atual do Judiciário e da magistratura nacional.

Em explanação aos magistrados, o Corregedor Nacional de Justiça ressaltou que está estabelecendo no Conselho Nacional de Justiça uma relação de diálogo administrativo com os tribunais. "Não basta o CNJ baixar resoluções dizendo faça isso, cumpra aquilo, sem conhecer a realidade. E a realidade no Brasil é que cada Estado tem a sua particularidade. Ainda que sejam todos do Norte ou todos do Sul, cada Estado tem um tipo de problema, uma solução diferente. Então nós precisamos passar por todos os Estados para aprimorarmos a justiça. Temos que ter um padrão mínimo, mas que respeite as peculiaridades regionais".

O Ministro João Otávio de Noronha destacou a importância da formação e do aperfeiçoamento dos magistrados brasileiros. "Passei hoje pelo curso da Escola Judicial de MS (Ejud-MS) e fiquei muito feliz, pois é prova de que estamos investindo em formação e também em aperfeiçoamento. Eu não acredito no futuro da magistratura brasileira se não acelerarmos o aprimoramento das escolas de formação e aperfeiçoamento. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento (Enfam) tem um papel importantíssimo, que eu digo que é de reconstruir a magistratura nacional. Uma nova visão, uma visão mais moderna, uma visão de um juiz moderno no sentido de lembrar que seu principal papel é a cultura da decisão.

O Corregedor do CNJ enfatizou ainda a postura que acredita deva ser norma entre os magistrados do país. "O juiz tem que se entrosar com a comunidade. Ele não tem que visitar só cadeia, tem que visitar hospital, tem que estar presente em solenidades oficiais do município, relacionando-se com a comunidade. O nosso papel não é simplesmente decidir, é pacificar, decidir para a pacificação das partes. Para isso precisamos estar presentes. O juiz deve ser blindado para que tenha condições de julgar os casos sem pressão, porque o juiz não pode ser refém de nada. O juiz só pode ser refém da Constituição. O único instrumento que pode pautar o juiz é a lei. Dar a garantia da aplicação do ordenamento jurídico, dar garantia à aplicação isenta da lei".

O Corregedor Nacional de Justiça foi recepcionado pelo Vice-Presidente do TJMS, Des. Julizar Barbosa Trindade, pelo Corregedor-Geral de Justiça, Des. Romero Osme Dias Lopes, e pelos desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Carlos Eduardo Contar, Sérgio Fernandes Martins, Dorival Renato Pavan, Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva, Fernando Mauro Moreira Marinho, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Dorival Moreira dos Santos, Marcos José de Brito Rodrigues, Maria Isabel de Matos Rocha, Luiz Gonzaga Mendes Marques, Odemilson Roberto Castro Fassa, Alexandre Bastos, José Ale Ahmad Netto, Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago.

Acompanharam ainda a reunião os juízes Flávio Saad Peron, auxiliar da Presidência, Albino Coimbra Neto, auxiliar da Vice-Presidência, Fábio Possik Salamene, auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fernando Cury, presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), o diretor-geral do TJ, Marcelo Vendas Righetti, além de diretores de Secretarias do Tribunal.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS participa de reunião com a presidente do STF e do CNJ - 15/05/2017



Foto: Rosinei Coutinho/SCO/STF

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran esteve na última sexta-feira (12), em Brasília, na sétima reunião realizada pela presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, com os presidentes dos Tribunais de Justiça (Tjs). Na ocasião, a Ministra apresentou um balanço dos recursos com repercussão geral julgados pelo Plenário do STF. Segundo ela, somente este ano foram julgados pelo Plenário do Supremo 30 recursos com repercussão geral, cujas decisões servirão de base para conclusão de milhares de processos que tramitam em todas as instâncias do Judiciário.

A ministra informou aos desembargadores que ainda há 54 recursos com repercussão geral para serem julgados no STF e que irá pautá-los assim que eles forem liberados para julgamento. Segundo ela, desde fevereiro tem sido priorizado o julgamento de casos com repercussão geral reconhecida para diminuir o acervo dos TJs. Cármen Lúcia explicou que as teses aprovadas em decisões com repercussão geral são disponibilizadas no site do Supremo para que os tribunais apliquem o que foi decidido.

A presidente do Supremo e do CNJ se comprometeu a enviar um ofício aos tribunais no dia seguinte à publicação da ata com a tese de repercussão geral aprovada. Além disso, será divulgado um enunciado no julgamento dos recursos que não têm repercussão geral reconhecida.

Durante a reunião também foram discutidos assuntos como a priorização da primeira instância, o esforço concentrado para julgar recursos criminais, os concursos públicos para juiz e o Processo Judicial Eletrônico (Pje).

Sobre a Meta 1 do Judiciário neste ano (julgar mais processos que os distribuídos), a ministra Cármen Lúcia avisou que ela não será alterada, como desejavam os TJs. No entanto, defendeu que os processos sobrestados nos tribunais, que aguardam uma posição do STF, não sejam contabilizados como se não tivessem sido julgados.

Ações criminais – A presidente voltou a pedir empenho para que os TJs façam um esforço concentrado para julgar recursos da área criminal. “Ainda há processos pendentes há muito tempo, alguns há mais de cinco anos. Continua sendo um gargalo e um calcanhar de Aquiles no Judiciário”, afirmou.

Em relação aos concursos para juízes, a ministra Cármen Lúcia informou que está dando prioridade ao assunto no CNJ, levando ao Plenário as liminares que tratam do tema. Ela destacou que tramitam hoje no STF 165 mandados de segurança contra medidas cautelares concedidas pelo Conselho nessa área. "Precisamos pacificar isso no CNJ para os concursos não ficarem pendentes", assinalou, citando que em 80% dos casos a controvérsia se refere aos critérios do edital.

Sobre o PJe, a ministra entregou um questionário aos participantes da reunião para saber como está a situação do projeto nos estados. "É um assunto preocupante, pois os gastos são enormes", frisou. No próximo dia 25, haverá uma reunião no CNJ para discutir o tema e tirar as dúvidas sobre o programa.

Primeiro grau – A ministra Cármen Lúcia informou aos presidentes dos TJs que o Conselho fez um estudo sobre a priorização do 1° grau. Citou que não será adiada a implantação da Resolução 219, do CNJ, que dispõe sobre a distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Judiciário de 1º e 2º graus, como queriam os tribunais estaduais. "Em casos específicos, os tribunais podem levar ao CNJ a justificativa de não terem cumprido a resolução para ver o que podemos fazer", apontou.

Violência – A ministra aproveitou a reunião para anunciar que será lançado, no âmbito do CNJ, o plano Brasil pela Paz, com iniciativas para reduzir a violência no país e ajudar as vítimas. Um dos objetivos é aperfeiçoar o Banco Nacional de Mandados de Prisão e o Cadastro Nacional de Presos.

O plano prevê ainda um projeto de atenção às vítimas de violência. "O Estado brasileiro não dá atenção a essas pessoas. A mãe não sabe se quem matou seu filho foi condenado e onde ele está. Temos que informar às vítimas quando será o julgamento. Somos responsáveis pelo réu e também pela vítima", sustentou.

A ministra Cármen Lúcia anunciou ainda que irá propor a nível nacional a criação de Associações de Proteção e Amparo aos Condenados (Apac) para menores em conflito com lei. "A Apac é um projeto da comunidade e não do Estado e não é para desencarcerar", ponderou. A proposta é que tenha uma unidade para menores masculinos em Itaúna (MG), onde foi criada a primeira Apac, e outra para crianças e adolescentes mulheres em Fortaleza (CE).

O plano prevê também um choque de jurisdição para reduzir o número de presos provisórios e um diagnóstico das varas criminais para reestruturá-las. A presidente do STF e do CNJ pediu ainda que os participantes do encontro informem a ela, até o próximo dia 31 de maio, como estão as condições das grávidas e lactantes presas.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do site do STF

Coordenadoria da Mulher finaliza 1ª edição do Projeto Atena - 17/05/2017



Na tarde desta quarta-feira (17), a equipe da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS fez a última atividade do Projeto Atena, finalizando a 1ª edição da proposta.

Foram quase duas horas de alinhamento energético, trabalhando o emocional de cada participante, estimulando os sentidos. Ao final, as colaboradoras Jalina Casarin e Iara Carvalho, que direcionaram os trabalhos focados no acolhimento e na reconciliação, fizeram a dança circular.

Elas explicaram que todas as técnicas aplicadas às participantes e os exercícios de empoderamento visaram um mesmo objetivo: a fraternidade, o perdão, além de estimular a confiança.

A participante Sandra Regina Sales falou em nome das mulheres vítimas de violência que fizeram parte do projeto e contou que, quando chegou na Casa da Mulher Brasileira em busca de ajuda, não tinha muita esperança de uma possível melhoria em sua vida.

"Foram mais de 20 boletins de ocorrência em busca de ajuda e quando comecei a fazer parte do Projeto Atena recebi todo carinho da equipe de profissionais que desenvolvem a proposta. Me senti mais valorizada, mais cuidada e recebi apoio. As oficinas abriram minha mente. Agradeço muito às realizadoras do projeto. Foi maravilhoso fazer parte disso".

A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher e pela Vara de Medidas Protetivas, iniciou a reunião agradecendo a participação de todas e lembrando que foi muito positivo cada um dos encontros realizados.

"Esse trabalho tem que ser feito direto com as vítimas para a construção de uma mudança, permitindo que elas saiam e/ou se libertem do ciclo de violência, entendendo seu papel na sociedade, entendendo sua sexualidade", disse ela.

De acordo com a juíza, haverá novas edições do projeto, já que é realizado com um número restrito de participantes para permitir que elas consigam se expressar. "O assunto já é um tabu, que é a sexualidade da mulher e principalmente de vítimas que passaram por alguma situação de violência.

Saiba mais – O Projeto Atena promove a realização de oficinas de sexualidade para as mulheres em situação de violência doméstica atendidas pela 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, situada na Casa da Mulher Brasileira.

Cada edição é realizada em cinco encontros quinzenais e faz parte a Campanha Mulher Brasileira em prol das vítimas de violência.

O objetivo das oficinas é propiciar espaço de escuta e reflexão sobre a sexualidade, como reconhecimento e empoderamento do corpo, relações e violência de gênero, identificação dos diferentes tipos de relacionamentos, implicações afetivas e sociais, além de abordar algumas questões voltadas à saúde da mulher.

As aulas são ministradas pela psicóloga Sandra Regina Monteiro Salles e pela assistente social Vanessa Vieira, ambas técnicas da 3ª Vara.





Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Campanha “Faça Bonito” percorre principais ruas da Capital - 18/05/2017



Nesta quinta-feira (18), Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, a Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ), em conjunto com a Vara da Infância, Juventude e Idoso da Capital, levou servidores e estagiários do Tribunal de Justiça às ruas com faixas e distribuição de panfletos e adesivagem de carros com o slogan “Lembrar é combater, esquecer é permitir”.

Logo no início da manhã, o grupo fez a ação na Praça Ary Coelho. A panfletagem percorreu ruas de grande fluxo nas proximidades do Cijus, como Calógeras, 15 de novembro e na parte da tarde a mobilização foi no cruzamento da Av. Afonso Pena com a Rua 13 de maio.

A campanha teve bastante aceitação pelo público que se mostrou receptivo com o contato feito pelos servidores e as explicações do que se tratava a ação. Estiveram nas ruas servidores da CIJ, estagiários, além de servidores do CIJUS, da Vara da Infância, Juventude e do Idoso, Núcleo de Adoção, Conselho Tutelar e da ONG “Mãe Águia”.

Além disso, servidores e magistrados trabalharam nesta quinta-feira (18) com a camiseta da campanha, como o juiz Marcelo Ivo de Oliveira, da 7ª Vara Criminal, que julga casos de crimes cometidos contra crianças e adolescentes, como também a juíza da Infância, Juventude e do Idoso e coordenadora da CIJ, Katy Braun do Prado.

Segundo a magistrada, “o dia de hoje é tão especial que permite até que eu, enquanto juíza, não me vista como manda o código da Corregedoria, porque nós queremos mobilizar a população a respeito da triste realidade do abuso e da exploração sexual contra crianças e adolescentes. Então toda a pessoa que tiver notícia de um crime dessa natureza pode telefonar no número 100 e fazer sua denúncia”.

A mobilização aconteceu também no interior do Estado. A CIJ, visando um ato uniforme no Poder Judiciário de MS, encaminhou para as Comarcas materiais e adesivos com o intuito de que todos possam desenvolver a campanha.


FAÇA BONITO.
18 de Maio
PROTEJA NOSSAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.


DQK-8577









Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

11ª Vara Cível possui o mais novo cartório digital de Campo Grande - 19/05/2017



Foi entregue no início desta semana, pelo Setor de Digitalização do Fórum da Capital, o último lote de processos digitalizados da 11ª Vara Cível de Campo Grande.

Após ter ingressado na CPE – Central de Processamento Eletrônico – em maio do ano passado, o cartório da 11ª Vara Cível deparou-se com a necessidade premente de tornar digitais seus processos. Embora já viesse aos poucos realizando esse serviço, em junho de 2016 ele recebeu o reforço do Setor de Digitalização, o qual, dentre seus vários atendimentos, buscou priorizar a vara em questão. Assim, cerca de 11 meses e 970 processos depois, as atividades foram concluídas com sucesso.

Segundo a chefe de cartório, Ana Maria dos Reis Schweich, as vantagens de torná-lo digital vão muito além de questões estéticas do ambiente, com o fim das diversas prateleiras e processos abarrotando as mesas dos servidores, e, até mesmo, de questões econômicas, com a desnecessidade de utilização de folhas, fitas, capas etc. “Eliminou muitas atividades que não agregavam valor e demandavam muito tempo, como juntada, numeração de páginas, carga para advogados. Assim, nós temos muito mais tempo para cumprir os atos processuais”. Ela ainda frisou os benefícios para o regular andamento dos processos advindos da digitalização. “Para você mandar digitalizar um processo físico é preciso uma auditoria nele. Documentos não finalizados, processos além do prazo ou que já deveriam estar arquivados, todos estes pequenos detalhes são ajustados para torná-lo digital. Nessa passagem então você consegue regularizar a situação do processo e obter dados mais precisos”.

A comprovação dos ganhos com a digitalização pode ser visualizada pelo número de processos arquivados, quase 500, e pela Taxa de Congestionamento, índice criado pelo tribunal para avaliar o andamento dos processos em cartório e que se encontra melhor do que o esperado. Ana Maria, no entanto, ressalta que todos esses números não se devem exclusivamente à digitalização, pois considera que a entrada na CPE e a recente correição feita no cartório também auxiliaram. Todavia, ela entende que tornar os processos digitais muito auxiliou para esse resultado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Casamentos marcam a passagem da Carreta da Justiça em Coronel Sapucaia 19/05/2017



Terminaram nesta sexta-feira (19) os atendimentos da Carreta da Justiça na comarca de Coronel Sapucaia, distante 395 km de Campo Grande. Durante os cinco dias de serviços para a população sapucaiense, foram mais de 350 pessoas atendidas. A iniciativa faz parte do programa Judiciário em Movimento, que tem como objetivo levar a justiça para mais próximo dos cidadãos. A unidade móvel do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul estava instalada na Rua Amâncio José da Silva, em frente a antiga creche Daiane Pirolli.

Mais uma vez, as conversões de união estável em casamento foram o serviço mais procurado. Pelo menos 63 casais procuraram a unidade da justiça para formalizarem o que há muito tempo já era de conhecimento de todos. O mais interessante neste trajeto da Carreta da Justiça é que, pela cidade fazer fronteira com o Paraguai, muitos casais formados por pessoas das duas nacionalidades procuraram a justiça para formalizar suas uniões.

Este foi o caso de Empólita Ocampos e Vicente Barrios. Ela brasileira e ele paraguaio. A filha de Empólita, Evelin Beatriz Ocampos, também aproveitou a ida da justiça para Coronel Sapucaia e casou-se com seu noivo, José Del Rosário Freitas Benegas.

A equipe, coordenada pelo juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira, responsável pela Vara da Justiça Itinerante do Estado de MS, trabalhou intensamente de segunda a sexta-feira, até a finalização dos trabalhos. Nos cinco dias na comarca foram convertidas 63 uniões estáveis em casamentos, duas coletas para exames de DNA, quatro divórcios e dois pedidos de alimentos, guarda ou visita, além de outros serviços jurídicos, prestados de forma rápida e gratuita.

Próximas cidades – A administração do Tribunal de Justiça, sob a gestão do Des. Divoncir Schreiner Maran, já definiu as próximas comarcas a serem atendidas pela Carreta da Justiça, depois de Coronel Sapucaia.

A Carreta da Justiça continua na região de fronteira com o Paraguai. A partir de segunda-feira (22), o serviço estará em Paranhos, seguindo até o dia 26 de maio. Depois será a vez de Tacuru, de 29 de maio a 2 de junho, também na região fronteiriça.

Em junho será a vez de Japorã (de 19 a 23) e Laguna Carapã (de 26 a 30). Vicentina receberá a equipe da carreta de 10 a 14 de julho; Jateí, de 17 a 21 de julho, e Novo Horizonte do Sul, de 31 de julho a 4 de agosto.

Quatro cidades serão contempladas nos meses de agosto e setembro: Juti (de 21 a 25 de agosto), Douradina (de 28 de agosto a 1º de setembro), Santa Rita do Pardo (de 11 a 15 de setembro) e Selvíria (de 18 a 22 de setembro). Nos três últimos meses do ano será a vez de Paraíso das Águas (de 2 a 6 de outubro), Jaraguari (de 6 a 10 de novembro), Figueirão (de 20 a 24 de novembro) e Alcinópolis (de 27 de novembro a 1º de dezembro).

Para o ano de 2018, Ladário será a primeira a receber a Carreta da Justiça, de 29 de janeiro a 2 de fevereiro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mutirão Carcerário 2017 deve analisar mais de 12 mil processos - 22/05/2017



Na manhã desta segunda-feira (22) tiveram início os trabalhos do mutirão carcerário de 2017 com uma reunião dos magistrados envolvidos na mobilização deste ano, que se estende até o dia 23 de junho. No encontro, o juiz coordenador do mutirão, Wilson Leite Corrêa, definiu a sistemática de trabalho nos mais de 12 mil processos separados para análise dos juízes Alexandre Antunes da Silva, Eduardo Eugênio Siravegna Júnior, Eguiliell Ricardo da Silva, Fábio Henrique Calazans Ramos e Giuliano Máximo Martins.

"Neste ano nós vamos trabalhar pelas varas com a expectativa de regularizar a situação dos detentos. Serão analisados processos das varas de Execução Penal de Dourados, Três Lagoas e da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, junto com a Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA). Nós vamos analisar todos os tipos de benefício, seja indulto, comutação, livramento, condicional ou progressão de regime", ressaltou o juiz coordenador.

Os trabalhos abrangerão a 1ª Vara Criminal da comarca de Três Lagoas, com 1.500 processos, a 3ª Vara Criminal da comarca de Dourados, com 3.140 processos, e a 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, com 7.500 processos, para o reexame de todas as execuções penais de presos condenados, definitivos ou provisórios, em cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto, beneficiados com livramento condicional, e de condenados a penas restritivas de direito, decidindo-se quanto à possibilidade de concessão de benefícios da Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984).

A mobilização envolverá ainda as Guias de Execução versando sobre cumprimento de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) que tramitam na Central de Execução de Penas Alternativas, decidindo-se sobre a extinção da punibilidade ou devolução ao juízo da ação penal, no caso de descumprimento das condições do benefício.

No mutirão também será feito o reexame dos 1.601 processos de presos provisórios de todas as Varas Criminais do Estado pelos juízes da causa, nas comarcas em que os feitos tramitam, conforme Ofício Circular encaminhado pela Covep.

Entre os objetivos do mutirão carcerário destacam-se: dar cumprimento às decisões proferidas no mutirão que impliquem em imediata soltura do preso; adotar as providências necessárias para o recambiamento de presos; inspecionar estabelecimentos penais e delegacias de polícia que mantêm presos das Comarcas de Três Lagoas, Dourados e Campo Grande; identificar os presos estrangeiros, a fim de possibilitar, eventualmente, as medidas pertinentes não só aos benefícios penais, mas também o cumprimento da pena no país de origem; e identificar e apontar as eventuais fragilidades de segurança do sistema penitenciário, assim como facções criminosas.

Para o juiz Wilson Leite Corrêa, o trabalho do mutirão deve ter reflexo na situação de superlotação dos presídios. "Nós vamos ter com certeza um grande número de benefícios. Mas tudo vai ser feito com muito cuidado, para não colocarmos pessoas de alta periculosidade na rua. O trabalho do mutirão vai ser realmente para aquelas pessoas que têm direito ao benefício e ainda não o conseguiram", destacou o coordenador.

A realização do mutirão carcerário em Mato Grosso do Sul conta com o apoio do presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, e do supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. Além dos juízes designados para trabalhar no mutirão carcerário, participaram da reunião o juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Mário José Esbalqueiro Jr, a diretora do Departamento Judiciário Criminal da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau, Andréa Michelle do Carmo Alves, e o assessor técnico da Covep, Eduardo Silva Mattos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS quer ouvir a sociedade para construir metas da Justiça Estadual para 2018
23/05/2017



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul consultará toda a sociedade com o propósito de construir as Metas Nacionais e Política Judiciária da Justiça Estadual para o ano de 2018. A consulta pública promovida pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul será realizada por meio de um formulário disponibilizado, no link http://www.tjms.jus.br/metasnacionais2018/, a partir de hoje (23). Tudo será realizado de forma participativa e democrática, com o envolvimento de diversos segmentos da justiça, instituições e de toda a sociedade sul-mato-grossense.

A iniciativa é do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e está sendo realizada em Mato Grosso do Sul pelo Tribunal de Justiça. Para participar é bem simples, basta acessar o link disponível na página do Tribunal de Justiça de MS e seguir as instruções.

O material disponível traz breve explicação sobre a construção de uma meta, a legislação vigente sobre o assunto e a relação dos macrodesafios (http://www.tjms.jus.br/_estaticos_/planejamento/site/Macrodesafios_CNJ.pdf), onde as sugestões poderão ser apresentadas. Caso a proposta não se enquadre em nenhum macrodesafio deverá ser utilizado o campo "Outras sugestões".

"Estender a consulta à sociedade amplia a forma democrática e colaborativa, fazendo com que tenhamos uma riqueza de propostas e dando, consequentemente, mais um passo em direção ao objetivo maior que é o aperfeiçoamento do Poder Judiciário Estadual", enfatizou o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran, durante reunião nesta terça-feira (23) que apresentou a iniciativa.

Na ocasião foi apresentado o material de campanha das Metas 2018 aos representantes de diversos segmentos ligados ao Poder Judiciário, como a Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), Ministério Público e Defensoria Pública. O encontro teve como objetivo sensibilizar as instituições sobre a importância de sua participação. Além do presidente do TJMS, participaram desta reunião o juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, o diretor-geral do Tribunal de Justiça, Marcelo Vendas Righetti, o

juiz presidente da Amamsul, Fernando Chemin Cury, os promotores de justiça Ricardo de Melo Alves e Paulo Roberto Gonçalves Ishikawa, o defensor público Guilherme Cambraia de Oliveira, e o diretor de Planejamento do TJ, Newton Cesco Junior.

Concluído o período de envio, que terminará no dia 30 de junho, o material será analisado e compilado pela administração do TJMS. As propostas aprovadas serão apresentadas na Reunião preparatória para o Encontro Nacional do Poder Judiciárias e votadas, posteriormente, durante o Encontro Nacional, que ocorrerá em Brasília, nos dias 20 e 21 de novembro; oportunidade em que os presidentes de Tribunais de todo o país definirão as metas para o Judiciário no exercício 2018.

Uma campanha publicitária foi preparada e estará nas redes sociais e nos meios de comunicação eletrônicos, parceiros desta iniciativa. Tudo para chegar ao conhecimento do maior número de pessoas, que poderão propor suas ideias para um Judiciário alinhado com os anseios da sociedade.

Como construir uma meta – Para ser uma Meta, a sugestão deve conter quatro características: Compreender Tempo, ser Mensurável, Objetiva e Desafiadora. Uma sugestão de Meta que propõe, por exemplo, "implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de justiça restaurativa", não pode ser considerada, porque não propõe uma forma de mensuração, não compreende um tempo para cumprimento, tampouco é objetiva e desafiadora.

O correto seria: implementar projeto com equipe capacitada para oferecer prática de justiça restaurativa, implantando ou qualificando, pelo menos uma unidade para este fim, até 31/12/2018.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS participam do Fórum Nacional da Justiça Protetiva nos dias 25 e 26 24/05/2017

Nos dias 25 e 26 de maio, a juíza Katy Braun, que responde pela Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS (CIJ), e os juízes Fernando Moreira Freitas da Silva (Sidrolândia) e Eguiliell Ricardo da Silva (Ponta Porã) participam do III Fórum Nacional da Justiça Protetiva (Fonajup).

O evento será realizado no auditório Antônio Carlos Amorim, no 4º andar do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e na programação estão magistrados conceituados como o ministro João Otavio de Noronha, Corregedor Nacional de Justiça, e o ministro Lélio Bentes Corrêa, presidente do FONINJ, entre outros.

Estão preparados vários paineis de discussão. No 1º o tema será Panorama da Infância e Juventude no Brasil: Desafios Éticos; no 2º, os participantes discutirão Propostas e Mudanças nos Cadastros da Infância: CNA, CNCA e CNACL; no 3º será debatido o Panorama da Adoção no Brasil: Diagnóstico, Desafios e Propostas Legislativas Atuais.

Para o 4º painel, o tema será Programa Quero uma Família; no 5º será a vez do Panorama da Adoção e Abrigamento na Sociedade Moderna – Novas Constituições Familiares, Multiparentalidade, Outras Formas de Abrigamento e Outros Temas Polêmicos (desafios, críticas e soluções) e no 6º painel, as falas abrangerão a Busca Ativa e Grupos de Apoio à Adoção.

O 7º Painel terá o tema Mudança de Perfil de Habilitação; o 8º, Projeto O Ideal é Real; no 9º painel o assunto será Adoção Internacional e, no último, o Programa Família Acolhedora. A parte prática do evento será no formato workshop: na sala 1 haverá debates sobre o CNA e CNCA; na sala 2 as discussões envolverão o CNACL, e na sala 3 as propostas de projetos a serem desenvolvidos em parceria com os tribunais estadual, federal e do Trabalho.

O evento será transmitido em tempo real (ao vivo) pela internet, por meio do link http://www.emerj.tjrj.jus.br/aovivo/fonajup/fonajup.html.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedor-geral de Justiça e magistrados de MS participam do III Fonajup - 25/05/2017



Até amanhã (26), o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Romero Osme Dias Lopes; a Coordenadora da Infância e da Juventude de MS (CIJ), juíza Katy Braun do Prado, a Desa Maria Isabel de Matos Rocha e os juízes Fernando Moreira Freitas da Silva (Sidrolândia) e Eguiliell Ricardo da Silva (Ponta Porã) estarão no Rio de Janeiro para representar o Poder Judiciário de MS no III Fórum Nacional da Justiça Protetiva (Fonajup).

O evento será sendo realizado no auditório Antônio Carlos Amorim, no 4º andar do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e na programação estão magistrados conceituados como o ministro João Otavio de Noronha, Corregedor Nacional de Justiça, e o ministro Lélio Bentes Corrêa, presidente do FONINJ, entre outros.

Entre os temas discutidos nos vários painéis estão Panorama da Infância e Juventude no Brasil: Desafios Éticos; Propostas e Mudanças nos Cadastros da Infância: CNA, CNCA e CNACL; Panorama da Adoção no Brasil: Diagnóstico, Desafios e Propostas Legislativas Atuais; Programa Quero uma Família; Panorama da Adoção e Abrigamento na Sociedade Moderna – Novas Constituições Familiares, Multiparentalidade, Outras Formas de Abrigamento e Outros Temas Polêmicos (desafios, críticas e soluções).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa nas Escolas restabelece paz entre alunas - 29/05/2017



Quebrando um pouco a rotina de estudos, na tarde desta segunda-feira (29) a equipe de facilitadoras da Justiça Restaurativa na Escola, programa da Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do TJMS, apresentou a alunos do 7º e 8º anos da Escola Estadual Dolor Ferreira de Andrade o resultado do trabalho desenvolvido pela equipe para superar o conflito enfrentado entre duas alunas que, em fevereiro deste ano, se envolveram numa briga, cujas imagens de violência foram amplamente divulgadas nas redes sociais e noticiadas pela imprensa local.

De acordo com a coordenadora da Justiça Restaurativa nas Escolas, Márcia Regina Soares Pereira, o projeto iniciou em 2012 com a participação de duas escolas da Capital e hoje atende 21 escolas estaduais e 5 municipais. O trabalho desenvolvido, explica ela, busca por meio do diálogo "das rodas de conversa e dos círculos de construção de paz, trabalhar os valores da justiça restaurativa e prevenir de forma pacífica os conflitos e a violência".

No caso das alunas, explica Márcia, os encontros tiveram início no dia 9 março e dia 12 de maio conseguiram a conclusão, que se deu por meio de um acordo e a restauração da relação num abraço de paz entre as alunas. Durante este período, as adolescentes contaram com o apoio, cada uma, de uma colega que auxiliava na reaproximação e também na manutenção do convívio pacífico no dia a dia na escola.

Conforme explica Márcia, o trabalho da Justiça Restaurativa nas Escolas busca "sensibilizar o corpo discente quanto às práticas pacíficas para resolução de conflitos escolares, utilizando-se do diálogo como ferramenta e os valores da justiça restaurativa: empatia, empoderamento, esperança, honestidade, humildade, interconexão, participação, percepção, respeito e responsabilidade; todos utilizados para resgatar a dignidade humana e disseminar a cultura da paz, promovendo um ambiente pacífico, onde pessoas que antes eram inimigas hoje convivem em harmonia".

A participação nas dinâmicas da Justiça Restaurativa é voluntária, ou seja, no episódio das alunas, ambas concordaram em fazer parte do processo e, mesmo após selado o acordo, há ainda um acompanhamento posterior.

A técnica tem auxiliado inclusive nos casos de crimes contra a vida e é uma prática incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça. Ao apresentarem para turma o resultado do trabalho desenvolvido com as adolescentes, elas tiveram a oportunidade de serem vistas pela escola como exemplo positivo, de que existe outro caminho e de que é possível superar as diferenças e perdoar as falhas para então conviver em paz.

Esta foi a primeira vez que a escola abriu as portas para o trabalho da equipe da Coordenadoria da Infância e da Juventude do TJ, explica o diretor da instituição, Sérgio Júnior. Ele relata que, antes das facilitadoras iniciarem as dinâmicas entre as alunas, o clima entre elas "era de hostilidade, nenhuma olhava para outra, trocando provocações e assim por diante. A partir do início da Justiça Restaurativa mudou completamente este cenário: hoje elas são amigas, elas se abraçam e conversam no pátio". O diretor complementa que, com o sucesso desta dinâmica, o intuito é abrir as portas também para o trabalho preventivo da Justiça Restaurativa nas Escolas, a exemplo do que já ocorre em outras instituições da Capital.

A Coordenadoria da Infância e da Juventude busca ainda a ampliação do projeto para as comarcas do interior do Estado. Um método totalmente alternativo, com técnicas e dinâmicas bem diferenciadas, mas cujos resultados têm contribuído sobretudo para diminuição dos casos de bullying e violência.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação

Carreta realiza reconhecimento de paternidade por videoconferência em Tacuru - 31/05/2017



Carreta realiza reconhecimento de paternidade por videoconferência em Tacuru

Desde segunda-feira (29), a Carreta da Justiça está estacionada na Rua Máximo Giácomo Destéfani, em frente à Secretaria de Assistência Social da comarca de Tacuru. A unidade móvel do Judiciário sul-mato-grossense, com a estrutura de um mini-fórum, ficará no local até sexta-feira (2) para atender a população tacuruense que precisa dos serviços da justiça.

Na manhã de hoje (31), entre as tantas pessoas atendidas, estava uma família que foi obter a prestação jurisdicional na forma de reconhecimento de parternidade para quatro filhos: Fabiana, Edna, Lucas e Alexandre. Edna mora na cidade de Jaú, interior paulista, e seu reconhecimento foi feito por videoconferência. Esta foi a primeira vez que tal procedimento foi realizado na Carreta por este meio tecnológico.

A família vive junto, contudo o pai, Antonio Motta Jandrey, que é campeiro, não tinha documentos pessoais. Ele providenciou o registro de nascimento tardio e, a partir disso, obteve a carteira de identidade e CPF. Assim, estava pronto para o reconhecimento.

Aos 18 anos, Fabiana já é casada, mas não esconde a alegria em ter o nome do pai. Lucas tem 17 anos, Edna está com 20 e Alexandre tem 22. Apesar de adultos, os sorrisos não deixavam dúvida sobre o contentamento dos filhos com a nova situação civil.

"A vinda do Judiciário até Tacuru foi muito boa para nós, que não poderíamos perder essa oportunidade. Além dos custos com locomoção, teríamos os custos dos processos. Agradecemos muito essa iniciativa da justiça", disse o pai.

A exemplo de atendimentos anteriores, as ações disponibilizadas na Carreta da Justiça abrangem matérias jurídicas cíveis e criminais, com destaque para ações de reconhecimento de união estável ou conversão em casamento, pensão alimentícia, execução de alimentos, conversão de separação judicial em divórcio, divórcio, reconhecimento de paternidade, investigação de paternidade e guarda.

A Carreta da Justiça já percorreu as comarcas de Rochedo, Corguinho, Taquarussu, Guia Lopes da Laguna Carapã, Aral Moreira, Antônio João, Bodoquena e Caracol, Coronel Sapucaia e Paranhos, além dos distritos de Campo Grande de Rochedinho e de Anhandui.

A Vara Itinerante atenderá até o início de 2018 as comarcas de Alcinópolis, Douradina, Figueirão, Japorã, Jaraguari, Jateí, Juti, Ladário, Novo Horizonte do Sul, Paraíso das Águas, Santa Rita do Rio Pardo, Selvíria e Vicentina.

Os cidadãos que buscarem a unidade móvel também poderão pedir informações e esclarecimentos ou buscar outros serviços disponibilizados pelo Poder Judiciário, além dos agendamentos já realizados para os processos que tramitam na comarca sede. Assim como nas outras comarcas em que a Carreta da Justiça esteve presente, a expectativa é de atendimento de, pelo menos, 10% da população.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mulher incapaz de se locomover participa de audiência em sua própria casa - 31/05/2017



Ocorreu na tarde desta quarta-feira (31) a primeira audiência realizada pela 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher por sistema de videoconferência, em razão da incapacidade da vítima de comparecer, tendo sido ouvida de sua própria residência.

O caso de lesão corporal em situação de violência doméstica ocorreu na cidade de Paraíso das Águas/MS, mas foi solicitado ao juízo de Campo Grande que ouvisse a vítima, pois esta mora atualmente na cidade. A senhora de 48 anos, porém, vive acamada, em razão de ser tetraplégica, o que, por sua vez, tornava extremamente dificultosa sua presença no prédio do Fórum da Capital. Designada, então, a audiência, deu-se início à busca pela melhor forma de se garantir o bem-estar da vítima ao efetuar o procedimento.

Em um primeiro momento, cogitou-se a possibilidade de envio de veículo oficial, inclusive com funcionário do departamento médico, para buscar a vítima em sua casa e conduzi-la até a audiência. Todavia, o receio com a sua segurança fez se descartar essa possibilidade e levou o magistrado titular da vara, José Carlos de Paula Coelho e Souza, pensar na utilização do sistema de videoconferência para a consecução do ato. Deste modo, foi solicitado ao juiz diretor do foro a disponibilização do sistema em questão, bem como do suporte técnico da Tecnologia da Informação para acompanhamento e auxílio na oitiva, que poderia, assim, ocorrer sem a necessidade da vítima sair de sua moradia.

Atendido o pedido, uma equipe da TI compareceu na residência da senhora em data anterior à designada para a prática do ato com o intuito de fazer os devidos testes, e hoje, essa mesma equipe dirigiu-se ao bairro Parque do Lageado, onde mora a vítima, com um notebook com internet móvel, garantindo a realização da audiência. "A experiência de oitiva remota da testemunha (vítima) foi exitosa e comprovou que o Poder Judiciário dispõe de tecnologia capaz de executá-la. Ressalta-se, no entanto, que para que isso fosse possível foi necessária a colaboração de vários setores, dentre eles, a Tecnologia da Informação, a Direção do Fórum e o Tribunal de Justiça", destacou o juiz, satisfeito com o resultado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Programa Mãos EmPENHAdas Contra a Violência começa a segunda fase - 01/06/2017 -



A Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS iniciou a segunda fase do Programa Mãos emPENHAdas Contra a Violência. A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria, já providenciou a reedição das cartilhas informativas sobre os tipos de violência para distribuição nos salões parceiros.

Ação inédita no país contra a violência doméstica, o Mãos emPENHAdas Contra a Violência é um programa promovido pelo Poder Judiciário de MS, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar e da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande.

Lançada em fevereiro, a iniciativa tem a parceria de salões de beleza de Campo Grande, que se tornaram multiplicadores de informações sobre todas as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres. Os estabelecimentos receberam um Selo de Parceria para identificar a participação na campanha.

A proposta faz parte da campanha Mulher Brasileira e será realizada durante todo o ano de 2017 com atividades em prol da mulher e contra toda forma de violência. Agora, recomeçam as oficinas e são esperados profissionais da beleza que trabalham em pelo menos 50 salões da Capital.

"Vamos fazer uma capacitação com novos colaboradores, além de complementar e ampliar as informações repassadas aos já capacitados. O objetivo em longo prazo é que 100% dos estabelecimentos de estética de Campo Grande participem do projeto e que ele seja implementado também no interior do Estado, pois acreditamos que essa ação será de grande importância na mudança de cultura da sociedade", explicou a juíza.

Questionada sobre os resultados concretos obtidos na primeira fase, Jacqueline lembra que no feedback recebido dos profissionais já capacitados ficou muito evidente que não houve necessidade de distribuição do material de divulgação.

"As mulheres foram espontaneamente pegar as cartilhas, em busca de informação, e foi chocante para elas ver no material o que é violência psicológia e violência patrimonial porque não tinham noção desses tipos de violência. Umas receberam orientação e outras apenas levaram o material. Como o problema é de difícil exposição, acreditamos que muitas utilizaram o material para sair do ciclo de violência ou talvez tenham buscado ajuda, sem se identificar no salão. Ou até mesmo ajudado outras mulheres que precisavam", esclareceu.

Divulgação – Visando ampliar a rede de enfrentamento, a juíza e sua equipe estão preparando uma ampla ação de divulgação em locais como a Feira Central e o Mercadão. A intenção é distribuir panfletos informativos, cartilhas, bottons, adesivos, enfim, todo material disponível sobre a campanha.

"Pretendemos levar uma apresentação teatral, com uma peça que aborda um caso de violência doméstica, que termina com o empoderamento da mulher. Queremos mostrar para o maior número possível de mulheres o que é a violência, quais os tipos de violência de gênero e onde ela pode procurar ajuda", concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juizado de Trânsito é referência e resolve 14.500 casos em três anos - 02/06/2017



O mês de maio é destinado à prevenção e a educação no trânsito e o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul está permanentemente atento à resolução dos conflitos que acontecem nas ruas. Por isto lançou a campanha "Chame o Juizado", uma ação que incentiva os motoristas a acionarem o serviço do Juizado de Trânsito, disponível em Campo Grande, Dourados, Três Lagoas e Corumbá, quando há acidentes sem vítimas. O atendimento é gratuito e feito por unidades móveis, totalmente equipadas.

Em Campo Grande, a procura pelo serviço tem aumentado, é o que explica o juiz da 9ª Vara do Juizado de Trânsito, Djailson de Souza. Segundo o magistrado, no ano de 2016 os chamados diminuíram, mas nos últimos três meses de 2017 a demanda tem crescido substancialmente. Para ele, este é um serviço muito conhecido da população de Campo Grande.

Em 2016, o mês de março teve 268 atendimentos, em abril 292 e em maio 342. Já neste ano, foram 393 em março, 336 em abril e 399 em maio.

"O que pudemos observar foi o aumento da procura, porque o serviço tem resultado imediato. Após o acidente, uma van equipada vai até o local onde um conciliador ajuda os envolvidos a chegarem a um acordo. Em pelo menos 90% dos casos as partes resolvem os conflitos, sem a necessidade de judicializar a questão", diz o magistrado.

O resultado deste trabalho evita uma série de transtornos que vão muito além de passar por um processo judicial, que pode durar meses. O atendimento é diário, inclusive aos finais de semana e feriados. Com isto, o fluxo do trânsito é rapidamente liberado, pois a unidade móvel chega minutos depois do acidente, liberando a via. Como o acordo é proposto pelas partes, sem a imposição de uma decisão de um juiz, as partes estão mais interessadas em cumprir o que foi acordado, assim os danos são reparados nos dias seguintes e os motoristas podem voltar a utilizar seus veículos.

A estatística do Juizado de Trânsito da Capital mostra que, em três anos, 14.500 casos foram resolvidos pelos próprios motoristas. Estes acidentes poderiam se tornar processos em que apenas uma das partes sairia vencedora. Os dados referem-se ao período de agosto de 2014 até maio de 2017.

Conheça – O serviço é oferecido pelo TJMS nas comarcas de Campo Grande, Dourados, Três Lagoas e Corumbá para atender, imediatamente, chamadas referentes a acidentes com veículos automotores (motos, carros, caminhões e ônibus), e conta com uma equipe chefiada por um conciliador, um policial militar e um motorista.

Veja os horários e telefones de atendimento nestas comarcas:

- Campo Grande: 159 ou 0800-647-1333, diariamente, inclusive sábados, domingos e feriados, das 7 às 22 horas;

- Dourados: 0800 647 1770 ou (67) 98462-8243, de segunda a sexta-feira, das 7 às 19 horas;

- Corumbá: (67) 98467-8395, diariamente, inclusive sábados, domingos e feriados, das 8 às 22 horas;

- Três Lagoas: (67) 98478-2201, diariamente, inclusive sábados, domingos e feriados, das 7 às 19 horas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes completam 15 anos na magistratura de MS - 02/06/2017



Essa semana, juízes da Capital e do interior que ingressaram na magistratura pelo XXV concurso completaram 15 anos de judicatura. No dia 29 de maio de 2002 foram empossados como juízes substitutos Adriana Lampert, Alessandro Carlo Meliso Rodrigues, Alessandro Leite Pereira, Aline Beatriz de Oliveira, Bonifácio Hugo Rausch, Cássio Roberto dos Santos, César de Souza Lima, Deni Luís Dalla Riva, Jorge Tadashi Kuramoto, José de Andrade Neto, José Henrique Kaster Franco, Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, Luciane Buriasco Isquerdo, Luiz Alberto de Moura Filho, Luiz Felipe Medeiros Vieira, Marcel Henry Batista de Arruda, Marcus Vinicius de Oliveira Elias, Mario José Esbalqueiro Junior, Marli Miyuki Miyashita, Mauro Nering Karloh, Paulinne Simões de Souza Arruda, Renato Antonio de Liberali, Rosangela Alves de Lima e Silvio César do Prado.

Dentre os aprovados, quatro foram servidores do Poder Judiciário estadual: César de Souza Lima, Luiz Felipe Medeiros Vieira, José de Andrade Neto e Silvio César do Prado. Naquele concurso houve 850 inscritos para os 24 empossados. Embora pareça pouco, se comparado ao número de inscrições dos concursos atuais para ingresso na magistratura, o montante foi considerado recorde tanto de inscrições quanto de aprovações.

Desde o ingresso na carreira, houve muitas mudanças no ordenamento jurídico. Quanto tempo de dedicação é necessário para aprovação no concurso? Luiz Felipe conta que foram quatro anos estudando até passar: ele trabalhava no Tribunal de Justiça e estudava em casa.

"A magistratura sempre foi meu objetivo e na carreira confirmei que o desempenho da função exige muita dedicação e equilíbrio, pois o juiz tem o poder de transformar para melhor a sociedade. Portanto, para aqueles que desejam ingressar na carreira, digo que o façam somente com a certeza que são vocacionados e estejam dispostos a se dedicar integralmente para a causa de fazer Justiça".

Alessandro Meliso também se dedicou muito. Foram três anos, com média diária de sete horas, sem contar o período de aulas, inclusive nos finais de semana. Ele lembra que não tinha feriado, férias e muito

pouco lazer. Antes de ingressar na faculdade já tinha o sonho de ser juiz e, durante o curso, um professor de Direito Civil (o juiz aposentado Raul Roberto Soares de Melo), tornou-se referência e inspiração. Foi com ele que Alessandro teve a certeza que essa era a carreira que desejava.

"A magistratura é algo mágico e transformador. É concreta. Decidir um conflito e pacificar uma situação de insegurança, mediante aplicação das normas jurídicas vigentes, é vivenciar diariamente o Direito na prática. É poder resolver. É o Estado no exercício da função típica de distribuição da justiça e é também efetivar tudo aquilo que um dia sonhei. E quando se prolata uma sentença e decide-se um conflito existe uma sensação implícita de que tudo valeu muito a pena, de que é isso mesmo que quero fazer para o resto da vida. Sou plenamente satisfeito com a função que assumi. Faço com prazer, feliz", confessa.

Alguns manifestaram sua alegria com a data pelas redes sociais. Foi o caso da juíza Luciane Buriasco. "Eu e minha turma de concurso completamos 15 anos de magistratura. Foi uma longa caminhada: mudamos de fisionomia, uma colega faleceu, casamos, tivemos filhos, alguns se separaram, outros se reinventaram, mergulhamos no interior do Estado, decidimos muitos processos, aprendemos a nos relacionar com as partes, advogados, imprensa. Amadurecemos, por certo. Que jornada!"

Outra manifestação foi da juíza Adriana Lampert; "15 Anos de magistratura!!!!15 anos do início de muitas amizades espalhadas por todo Mato Grosso Sul - Estado que acolheu muitos que daqui não eram originários, que nos mostrou a beleza de ser sul-mato-grossense, com muito orgulho, e nos deu o sentimento de pertencimento à família da magistratura!!! 15 anos!!!!".

Será que algum deles se arrependeu da escolha da magistratura como carreira? Jorge Kuramoto respondeu sem titubear: "O que mais me marcou foi a amizade que se criou com este grupo maravilhoso. Pessoas sinceras, solidárias, que sempre me ajudaram. O Des. José Augusto me disse naquela época que o Judiciário agora era a minha família em Mato Grosso do Sul. Vejo que ele tinha toda a razão", disse, lembrando do então presidente do TJMS, Des. José Augusto de Souza, hoje aposentado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJMS participa do 111º Encontro do Conselho dos TJs - 02/06/2017



Foto: Nei Pinto

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, participa, em Salvador (BA), do 111º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça. O Salão Nobre do Fórum Ruy Barbosa foi palco na noite de quinta-feira (1/6) da cerimônia de abertura do evento. Presidentes ou representantes de 22 estados brasileiros estão presentes no encontro.

A anfitriã, desembargadora Maria do Socorro Barreto Santiago, presidente do Tribunal de Justiça da Bahia, ressaltou a importância da troca de experiências entre os tribunais de Justiça dos mais diversos estados. "O Conselho existe para reunir experiências e compartilhá-las. Estes encontros tornam o conhecimento mais amplo e aumentam os acertos no que dá mais resultado", disse a presidente no discurso de abertura.

Na manhã desta sexta-feira (2), os desembargadores iniciaram as reuniões de trabalho no Hotel Convento do Carmo, no Centro Histórico. A primeira palestra do dia ficou a cargo do o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Marcus Vinícius Mendes do Valle, que discorreu sobre Gestão Estratégica de Unidades Judiciárias.

Em seguida, o secretário de Tecnologia da Informação e Modernização do TJBA, Leandro Sady Rodrigues, falou do projeto "Plano Innovare". As atividades da manhã terminaram com a palestra do conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, Luiz Cláudio Allemand, que falou sobre Mediação Digital no CNJ.

No turno da tarde, o diretor de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Junior, apresenta a palestra "Como a Gestão Judiciária pode Melhorar a Prestação Jurisdicional". Em seguida, os presidentes dos tribunais estaduais voltam a se reunir para discutir assuntos internos. O evento termina na manhã de sábado (3).

O Des. João Maria Lós, que desde setembro de 2016 ocupa a vice-presidência regional do Conselho dos TJs como representante da região Centro-Oeste, também participa do Encontro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Ascom TJBA

Central de Processamento Eletrônico é destaque em encontro de presidentes de TJs - 05/06/2017



Foto: Ascom TJBA

Em palestra realizada na última sexta-feira (2), o diretor de Planejamento do TJMS, Newton Cesco Junior, apresentou a Central de Processamento Eletrônico (CPE) do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul aos presidentes de Tribunais de Justiça de todo o país que participaram do 111º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça, realizado em Salvador (BA).

De acordo com o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, os presidentes de Tribunais exaltaram a iniciativa sul-mato-grossense que tem obtido grande êxito e aumentado o volume de processos arquivados. "A reação de todos ao trabalho desenvolvido pela CPE foi muito boa e acredito que Mato Grosso do Sul mais uma vez se tornará paradigma para o Judiciário nacional com este modelo de sucesso que vem dando mais celeridade aos processos", destacou.

Na apresentação aos presidentes de Tribunais de Justiça, o diretor de Planejamento do TJMS falou sobre a importância da Gestão Judiciária na prestação jurisdicional. "Apresentamos o modelo da CPE como gestão judiciária e todos ficaram bastante interessados pela metodologia de trabalho desenvolvida em Mato Grosso do Sul", ressaltou Newton Cesco Junior.

O Des. João Maria Lós, que desde setembro de 2016 ocupa a vice-presidência regional do Conselho dos TJs como representante da região Centro-Oeste, também participou do Encontro.

CPE – Com o início de sua atuação em 2013 nas Varas de Execução Penal do Estado, a Central de Processamento Eletrônico está constantemente ampliando sua atuação em diversas varas da Capital e do interior do Estado. O resultado desta ação tem sido um volume muito grande de processos sendo arquivados.

O “Cartório do Futuro”, como é conhecida, permite uma automatização de muitas etapas, além disso, a efetividade da CPE se deve a fatores estruturais e tecnológicos. A Secretaria Judiciária de Primeiro Grau (SJPG) é a responsável pela execução e funcionamento da CPE.

Dentre os diferenciais da CPE estão o uso de equipamentos de alta tecnologia, treinamento de pessoal, além de uma estrutura física onde o mobiliário e o local foram planejados para propiciar o máximo de produtividade e concentração.

O objetivo da Central é estar, em poucos anos, atuando em processos de todas as Varas do Poder Judiciário estadual. Tudo isto só será possível porque atualmente quase a totalidade dos processos que tramitam em Mato Grosso do Sul são eletrônicos.

A inovação do TJMS despertou interesse por parte de várias Cortes brasileiras, que já enviaram representantes para conhecerem pessoalmente as instalações da CPE.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comitê Estadual debate judicialização da saúde no TJMS - 07/06/2017



Foi realizada na manhã desta quarta-feira (7), no Salão Pantanal do TJMS, a primeira reunião do Comitê Estadual do Fórum Judiciário para a Saúde sob a coordenação do Des. Nélio Stábile. Com a participação efetiva dos membros do Comitê e de representantes de instituições convidadas, na pauta do encontro estavam itens relacionados à judicialização da saúde e questões relacionadas ao tema.

Para o coordenador do Comitê, foi muito proveitosa a discussão sobre os temas propostos e, nas próximas reuniões, os próprios integrantes do comitê farão as sugestões de pauta a serem discutidas. "Nesse encontro pude perceber não só a profundidade de todos os integrantes com relação ao assunto, da saúde, da judicialização da saúde. Todos os participantes se dispuseram a evoluir na matéria, para solucionar ou melhorar a questão da saúde, da judicialização da saúde, diminuir a judicialização, independentemente do cargo que ocupe, da instituição a qual pertença", ressaltou o Des. Nélio Stábile.

Participaram da reunião, além do desembargador coordenador, o secretário estadual de Saúde, Nelson Tavares, o secretário municipal de Saúde, Marcelo Vilela, os juízes Fernando Paes de Campos e Alexandre Branco Pucci, e representantes do Ministério Público Estadual e Federal, da Defensoria Pública Estadual e da União, do TRF, do Procon, da OAB, das Procuradorias do Estado e do Município, do COSEMS, de hospitais da Capital e do Núcleo de Apoio Técnico (NAT). O próximo encontro do Comitê está agendado para o dia 26 de julho.

Discussões – O início da pauta da reunião tratou sobre a decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que afetou o Recurso Especial n. 1.657.156/RJ para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (Tema n. 106/STJ): Obrigatoriedade de Fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). Com isso, o STJ determinou a "suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão e que tramitem no território nacional" (art. 1.037, II, do CPC).

Em relação a este item da pauta, foi deliberado que a coordenação do Comitê irá pedir ao Tribunal de Justiça para que, assim também entendendo, encarecer aos juízes para que determinem, de ofício, a suspensão dos processos relacionados ao tema repetitivo do Recurso Especial.

Dentre outros assuntos, também foram debatidas a regularização quanto à disponibilização de vagas para internação pelo SUS em hospitais das cidades polo (Campo Grande, Dourados, Três Lagoas, Aquidauana, etc); e questões Judiciais quanto a atendimento, pelo Estado e pelos Municípios, de pacientes de outros Municípios, Estados e Países.

Números – Relatório dos anos de 2015 a 2017 na primeira instância apontam que o número de ações relativas a saúde subiu de cerca de 2.500 processos no ano de 2015, para aproximadamente 5 mil feitos em 2016 e, somente nos primeiros cinco meses de 2017, já são cerca de 2.500 novos processos, o mesmo patamar atingido em todo o ano de 2015.

No âmbito do Tribunal de Justiça, do início deste ano até o dia 5 de junho já ingressaram 707 ações ou recursos sobre o tema.

Saiba mais – O Comitê Estadual tem a função de aconselhar e sugerir aos Entes Federativos, Magistrados, classe médica e demais operadores do Direito envolvidos com saúde pública, medidas que visem amenizar o problema da judicialização da saúde, além de estreitar laços com as principais esferas políticas, por meio de política judiciária voltada ao gerenciamento da área da saúde.



Comitê Estadual debate judicialização da saúde no TJMS

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS doa R$ 1,6 mi de penas alternativas a entidades beneficentes - 08/06/2017



Nesta quinta-feira (8), a Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa) oficializou a doação de mais de R$ 1,6 milhão de recursos provenientes de penas alternativas para 18 entidades beneficentes de Campo Grande. Os recursos foram entregues aos representantes das instituições pelo juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Mário Esbalqueiro Junior, que coordena a Central.

Conforme explica o magistrado, a quantia se refere à arrecadação das penas pecuniárias na Capital ao longo de um ano e os projetos agraciados prestam contas sobre a correta aplicação dos recursos. A cada ano, novas entidades são contempladas e outras se repetem, explica o juiz, pois é levada em consideração a relevância do serviço prestado e a quantidade de pessoas atendidas. Além disso, instituições que atendem público idoso e infantil e que prestam serviços de saúde, são projetos em especial que são considerados e novamente agraciados, diante da importância do trabalho que é desenvolvido.

Para este ano, os projetos das 18 entidades filantrópicas atingirão diretamente um público de mais de 7.400 pessoas, número 20% maior do que o ano anterior. Entre os projetos, a Associação Franciscana Angelinas (Afrangel) construirá depósito e playground. Já o Sirpha – Lar do Idoso desenvolverá um projeto de ampliação das instalações, com a construção de um bloco de apartamentos para aumentar o número de pessoas atendidas.

O Hospital do Câncer, Hospital Nosso Lar e o Hospital São Julião foram contemplados com a aquisição de equipamentos novos que melhorarão a qualidade dos serviços prestados. Há outros projetos que contemplam a reforma e melhoria das instalações físicas das instituições, compra de materiais, entre outros.

Na entrega dos recursos, o magistrado ressaltou a importância de as instituições beneficiadas receberem cada vez mais condenados para a prestação de serviço comunitário como contrapartida pelas doações, "já que foram agraciadas com o dinheiro que é proveniente também de quem cumpre pena alternativa, que ampliem o número de vagas, até porque é um público que cometeu pequenos delitos, e a aplicação de uma pena alternativa é o mais recomendado".

Sobre as instituições escolhidas, o juiz destacou que todas elas fizeram por merecer, ou seja, são instituições que prestam relevantes serviços à sociedade e que, se não fosse o serviço que elas desenvolvem, certamente a vida da sociedade seria mais difícil.

Saiba mais – Para estar entre as beneficiadas, faz-se necessário que a instituição, estando credenciada junto à Cepa, receba mão de obra de condenados a penas alternativas, e elabore um projeto detalhado, viável, com finalidade específica e de grande impacto e alcance social, que será submetido à apreciação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Receberam os recursos da Cepa as seguintes entidades: Associação dos Amigos da Casa de Abraão; Associação Franciscanas Angelinas – Afrangel; Associação Pestalozzi; Casa de Ensaio; Centro de Apoio e Orientação à Criança Lar Vovó Miloca; Centro de Integração da Criança e do Adolescente; Cotolengo Sul-mato-grossense; Educandário Getúlio Vargas; Escola Colibri; Grupo Espírita Amor e Paz; Instituto Luther King; Recanto da Criança; MEIMEI – Sociedade Assistencial; e Comando-Geral da Polícia Militar.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS recebe visita de cortesia de conselheiro do CNJ - 19/06/2017



Quando esteve em MS para a XIV Conferência Estadual da Advocacia de Mato Grosso do Sul, o conselheiro do CNJ Henrique Ávila esteve no Tribunal de Justiça para uma visita de cortesia e foi recepcionado pelo presidente da AMAMSUL, juiz Fernando Cury, e pelo juiz auxiliar da Vice-Presidência do TJMS, Albino Coimbra Neto, que representou o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran. O Des. Ruy Celso Barbosa Florence também fez parte da recepção ao conselheiro.

O encontro foi realizado na sala de reuniões da Presidência do TJMS, gentilmente cedida pelo Des. Divoncir, pois o conselheiro foi palestrante da conferência e visitou o Poder Judiciário sul-mato-grossense pela primeira vez.

Conheça – O advogado Henrique de Almeida Ávila foi empossado como conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na 34º Sessão Plenária Extraordinária, no dia 14 de fevereiro de 2017. Ele assumiu a vaga destinada a representante da sociedade e é doutorando, mestre e professor de Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Ao ser indicado, o advogado ressaltou a importância do Conselho perante o cidadão e outros órgãos. "O CNJ, reconhecido pela sociedade por suas elevadas missões constitucionais, não é apenas um órgão de cooperação com o Poder Judiciário, mas também contempla todo o sistema de justiça: a advocacia, a Defensoria Pública, o Ministério Público e todos os demais órgãos essenciais à administração e efetivação da Justiça".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

MS avança no combate ao machismo e na valorização da mulher, diz juíza - 20/06/2017



Mais uma ferramenta no combate à violência contra mulheres passou a existir em Mato Grosso do Sul. É a Lei nº 5.011, de 14 de junho 2017, sancionada pelo Governador do Estado, que dispõe sobre a valorização das mulheres e o combate ao machismo na Rede Estadual de Ensino de Mato Grosso do Sul. A nova norma terá um impacto importante para a mudança de cultura e diminuição dos casos de violência contra mulher, como explica a juíza Jacqueline Machado, coordenadora estadual da Violência Doméstica e Familiar de MS.

Para magistrada, que é titular da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande, que funciona dentro da Casa da Mulher Brasileira, o triste cenário existente só pode ser transformado por meio da educação.

"O enfrentamento à violência de gênero só terá resultados eficazes e que causem uma mudança real na sociedade por meio da educação. E este é o ponto forte desta lei. A repressão é importante, mas ela não basta. É necessário que se faça uma transformação na educação", diz Jacqueline Machado.

Pela nova norma, considera-se machismo as práticas fundamentadas na crença da inferioridade das mulheres e na sua submissão ao sexo masculino. Assim, propõe que equipes pedagógicas e trabalhadores em educação, professores e técnicos sejam capacitados sobre o tema, além de promover campanhas educativas e debates que coíbam a prática de machismo, discriminação, constrangimento e violência contra mulheres, tudo com a participação da comunidade, da sociedade civil e dos meios de comunicação.

"Este debate de gênero na escola é muito positivo, pois pode frutificar e dar um resultado, a longo prazo, trazendo a diminuição dos índices de violência doméstica contra mulher. Esperamos que a lei tenha uma efetividade e tudo contido nela seja colocado em prática", diz a juíza, lembrando que o Poder Judiciário de MS tem uma campanha permanente, denominada "Mulher Brasileira", que desenvolve diversas ações em âmbito estadual.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

População será ouvida para construção das Metas da Justiça para 2018 - 21/06/2017



Até o dia 31 de junho, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul disponibiliza uma consulta pública para ouvir a sociedade com o intuito de construir as Metas Nacionais e Política Judiciária da Justiça Estadual para o ano de 2018.

A intenção é dar voz a quem tenha uma ideia para melhorar e aperfeiçoar a Justiça no país. A consulta pública já está no Portal do TJMS, no link http://www.tjms.jus.br/metasnacionais2018/, na internet, e também em links de diversos sites e nas redes sociais. A ampla participação social é muito importante.

Para participar basta acessar o link e seguir as instruções. O ambiente virtual traz explicações sobre a construção de uma meta, a legislação vigente a respeito do assunto e a relação dos macrodesafios onde as sugestões podem ser apresentadas. Caso a proposta não se enquadre em nenhum macrodesafio é possível utilizar o campo "Outras sugestões". Participe e dê sua ideia. Você é peça fundamental neste processo.

"Estender a consulta à sociedade amplia a forma democrática e colaborativa, fazendo com que tenhamos uma riqueza de propostas e dando, consequentemente, mais um passo em direção ao objetivo maior que é o aperfeiçoamento do Poder Judiciário Estadual", enfatizou o presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran.

A Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), o Ministério Público e a Defensoria Pública estão engajados e divulgando a consulta amplamente em seus sites e redes sociais: tudo para sensibilizar os cidadãos a compartilharem sua contribuição.

Depois do dia 30 de junho, o material será analisado e compilado pela administração do TJMS. As propostas aprovadas serão apresentadas na reunião preparatória para o Encontro Nacional do Poder Judiciárias e votadas, posteriormente, durante o Encontro Nacional, que será realizado em Brasília, nos dias 20 e 21 de novembro; quando os presidentes de Tribunais de todo o país definirão as metas para o Judiciário no exercício 2018.

Saiba mais – Para ser uma Meta, a sugestão deve conter quatro características: Compreender Tempo, ser Mensurável, Objetiva e Desafiadora.

Uma sugestão de Meta que propõe, por exemplo, "implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de justiça restaurativa" não pode ser considerada, porque não propõe uma forma de mensuração, não compreende um tempo para cumprimento, tampouco é objetiva e desafiadora.

O correto seria: implementar projeto com equipe capacitada para oferecer prática de justiça restaurativa, implantando ou qualificando, pelo menos uma unidade para este fim, até 31/12/2018.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Pavan é um dos autores de conjunto de obras sobre o Novo CPC - 22/06/2017



Na próxima quinta-feira, dia 29 de junho, na Saraiva Megastore do Shopping Pátio Higienópolis, em São Paulo, será lançada, das 18h30 às 22 horas, a obra "Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. 1 a 4", organizada pelo Professor Cassio Scarpinella Bueno em 4 volumes, com a participação de importantes processualistas que estiveram ativos na criação do NCPC. O segundo volume da obra contou com a colaboração do Des. Dorival Renato Pavan.

Neste volume, que engloba os comentários dos arts. 318 a 538, versando sobre o procedimento comum e sobre o cumprimento de sentença, o Des. Dorival Renato Pavan trata da liquidação da sentença e do cumprimento da sentença de pagamento de quantia certa.

"Registro aqui a minha alegria, a minha satisfação, a minha honra e me sinto engrandecido por ter participado desse projeto que se consolida agora nessa obra, porque vinha trabalhando no CPC desde a Comissão no Senado, e sempre observando depois os trabalhos que foram aperfeiçoando o texto final que veio a entrar em vigor. Muito honrado também porque este projeto tem a participação de autores de Mato Grosso do Sul, como os doutores Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Luiz Henrique Volpe Camargo, e também de outros renomados professores, como Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcelo Abelha Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Sérgio Shimura e a professora Tereza Arruda Alvim, dentre inúmeros outros de indubitável expressão. Este grupo, coordenado pelo Professor Cassio Scarpinella Bueno, compõe realmente uma gama muito grande de processualistas que certamente empenharam-se para poder dar o melhor dos seus conhecimentos para os comentários desse Novo CPC, com enfoques que eu não tenho dúvida alguma que vai trazer para os operadores do Direito novos aspectos dos diversos dispositivos, inclusive os mais polêmicos, do Novo Código", destacou o Des. Pavan.

O novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – trouxe profundas mudanças no ordenamento jurídico, com repercussão sobre toda a comunidade jurídica profissional e acadêmica. Esta coleção é um projeto denso de comentários ao novo Código de Processo Civil. A obra é

voltada a todos os estudantes e profissionais que necessitam de comentários sólidos para o enfrentamento dos problemas que surgirão decorrentes da alteração de importante diploma legislativo.

A expectativa do Des. Dorival Renato Pavan é de que este conjunto de obras possa se tornar uma fonte para consulta de todos os operadores do Direito, notadamente os magistrados, advogados e até aqueles que estão também cursando Direito, que possam se mirar nele para poder entender melhor o Código de Processo Civil.

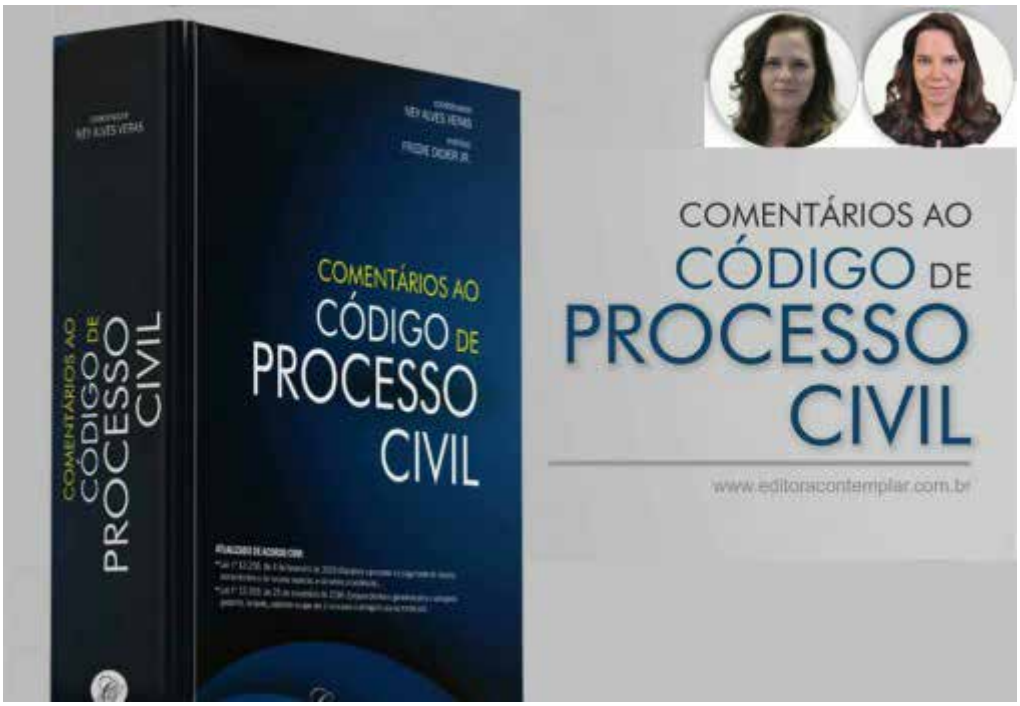
Conheça – O Des. Dorival Renato Pavan é bacharel em Direito e iniciou sua vida funcional no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul quando ingressou na magistratura como juiz substituto, na Comarca de Coxim, em 1985. Em outubro do mesmo ano, por antiguidade, foi promovido para juiz de direito da Comarca de Ribas do Rio Pardo. Em janeiro de 1988, por merecimento, foi promovido a juiz de 2ª entrância para atuar na 3ª Vara Cível de Corumbá.

Em dezembro de 1991, por merecimento, foi promovido para a 3ª Vara Criminal de Campo Grande, entrância especial. No interesse da justiça, em 1992, foi removido para a 5ª Vara Cível da Capital e, dois anos depois, designado para a 2ª Vara Cível de Campo Grande. Atuou como juiz auxiliar da Presidência e da Vice-Presidência do TJMS. Promovido por merecimento para o cargo de desembargador do TJMS em julho de 2008.

Atualmente compõe a 4ª Câmara Cível, a 2ª Seção Cível, a Seção Especial Cível, o Órgão Especial e o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízas estão entre autores de livro sobre o Novo CPC - 23/06/2017



A obra está em período pré-venda e estará disponível no dia 6 de julho, mas já está fazendo sucesso. Muito divulgado nos meios jurídicos, o livro Comentários ao Código de Processo Civil, da Editora Contemplar, reuniu integrantes da magistratura de MS e outros operadores do Direito. Duas juízas destacaram-se entre os autores: Joseliza Alessandra Vanzela Turine e Cíntia Xavier Letteriello.

No total, 58 profissionais assumiram a responsabilidade de comentar o Código de Processo Civil com os 1.072 artigos, atualizados com as inovações trazidas pelas Leis nº 13.256/2016 e nº 13.363/2016. Segundo Ney Alves Veras, coordenador do trabalho, houve intenso debate e confronto da nova legislação processual com as exigências da prática forense e principalmente com o compromisso ético assumido pelos autores desde o início.

"Os autores foram convidados pela especialidade sobre o tema tratado, além de amplo conhecimento comprovado, e principalmente exemplos de conduta ética no exercício de suas habilidades", disse Veras, que é professor de Direito Processual Civil da UFMS.

Questionada sobre sua participação, Joseliza explicou que a temática do julgamento conforme o estado do processo no Novo Código de Processo Civil foi produzido por ela ante a importância do tema.

"O convite para desenvolver a temática do julgamento conforme o estado do processo no Novo Código de Processo Civil foi importante ante a relevância e atualidade do tema e, principalmente, a necessidade de uma contribuição inicial efetiva para fomentar reflexões sobre a fase ordinatória do procedimento comum".

Atuando na 2ª Vara de Família de Campo Grande desde maio de 2009, a juíza Cíntia Letteriello confessou estar muito feliz com o convite para participar de obra tão importante, mas foi sucinta sobre o tema por ela abordado. "Escrevi sobre as ações de família", disse apenas para instigar os futuros leitores da obra.

O livro está sendo impresso, com lançamento previsto para o mês de agosto, contudo chegará às livrarias em julho - antes do lançamento.

Entre os autores está a defensora pública Cláudia Bossay Assumpção Fassa, esposa do Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Na opinião do coordenador, o livro está apto a servir de fonte de consulta indispensável, além de instrumento para a solução de conflitos civis (não penais), destinados a acadêmicos da graduação e pós-graduação, e profissionais do Direito em todos os níveis, pois contribui para uma análise crítica do Código de Processo Civil e colabora para que a lei processual seja interpretada em conformidade com a Constituição e com os ideais de uma justiça mais humana e eficiente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarca de Água Clara realiza primeira audiência por depoimento especial - 26/06/2017



Na última quinta-feira (22), a comarca de Água Clara sediou a primeira audiência com escuta de criança vítima de violência sexual, por meio da técnica do depoimento especial. A assistente social de Três Lagoas, Elisangela Facirolli do Nascimento, que atende a quarta circunscrição, foi a técnica responsável pela escuta da vítima.

Além de ser a primeira escuta com depoimento especial realizada na comarca, foi também a primeira experiência da assistente social com a técnica protetiva e a profissional garantiu: é sim possível evitar a revitimização da criança com o depoimento especial, pois esta foi poupada de estar com o possível abusador.

"O depoimento especial é uma ferramenta muito útil. A criança ficou tranquila e contou os fatos acontecidos com ela, em um ambiente que – apesar de improvisado, pois a comarca ainda não tem a sala apropriada – a fez se sentir protegida. Deu tudo certo e foi uma experiência muito esclarecedora".

O juiz Idail de Toni Filho, da comarca de Ribas do Rio Pardo, que respondeu pela audiência em Água Clara, já tinha feito outras utilizando a técnica e garante que a mudança no formato dessas audiências ajudou muito para evitar a revitimização das crianças.

"Sem contar que essa técnica ajuda a compreender melhor o que efetivamente a vítima passou. Sem dúvidas, eu recomendo porque esse modo de realizar a oitiva da vítima foi um avanço, é muito salutar".

De acordo com o processo, que tramita em segredo de justiça, a vítima contou para a professora do centro de educação infantil, quando tinha quatro anos, que vinha sendo sexualmente abusada pelo pai, que passava a mão em suas partes íntimas. "Tia, ele faz isso de manhã, a tarde, toda hora!".

Além da confissão da vítima, a professora passou a notar alterações no comportamento da criança na escola. Indagada sobre o fato, a menina confirmou os fatos aos conselheiros tutelares que atenderam o caso. A vítima também afirmou que o pai a ameaçava, dizendo que se ela relatasse os abusos para a mãe iria "pegar a faca para ela".

Há nos autos indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, conforme boletim de ocorrência, relatório de atendimento do Conselho Tutelar, exame pericial e depoimentos anexados ao caderno probatório. O Ministério Público denunciou o pai como incurso nas sanções do art. 217-A, combinado com o art. 226, inciso II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJ participa da entrega de agasalhos do Pacijus no Noroeste - 26/06/2017



Presidente do TJ participa da entrega de agasalhos do Pacijus no Noroeste.

Na tarde desta segunda-feira (26), o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, fez questão de ir pessoalmente em mais uma entrega da Campanha do Agasalho do Pacijus. Desta vez, o Centro de Educação Infantil Anandamóyi e a aldeia indígena urbana Darci Ribeiro receberam cobertores e roupas arrecadadas pelos parceiros do Pacijus. Os locais ficam no bairro Noroeste, periferia da Capital.

A primeira entrega ocorreu na Creche Anandamóyi, que atende cerca de 150 crianças do bairro. Elas receberam cobertores e, como agradecimento, fizeram uma apresentação musical para o presidente do TJMS e os demais participantes.

Logo em seguida, foi a vez de os indígenas da aldeia urbana Darci Ribeiro receberem a doação de cobertores, roupas e calçados.

"Eu estou muito grato de estar aqui nestas entregas do Pacijus, um projeto belíssimo que, a cada ano, se aperfeiçoa, beneficiando cada vez mais as pessoas. O Judiciário não é só processo. Ele tem que cuidar da população e mostrar que o nosso objetivo é servir", disse o Des. Divoncir Schreiner Maran, agradecendo os diversos parceiros que sempre acreditam na campanha.

Durante a entrega, na creche do bairro Noroeste, o casal Viviane Alves e Divoncir Schreiner Maran conheceu as instalações da instituição, que já foi beneficiada com recursos da CEPA (Central de Execução de Penas Alternativas), oriundos de penas alternativa. Ao total, foram destinados R$150 mil para a Anandamóyi, utilizados para construir uma ampla sala para o Berçário II, com cozinha e banheiro, o que dá mais conforto às crianças que ficam em tempo integral.

A diretora da Creche Anandamóyi, Artemiza Lima Coelho, agradeceu a campanha do Pacijus e o presidente do TJMS, reforçando a importância das parcerias.

"Hoje foi um dia muito especial, pela entrega dos cobertores e porque pudemos mostrar ao presidente do TJ o resultado da destinação das verbas da CEPA, onde construímos um espaço diferenciado e de qualidade. A gente gostaria que estas campanhas continuassem e que, principalmente, estas visitas continuassem, porque assim os elos se fortalecem e nós precisamos muito desta parceria", disse Artemiza Coelho.

Nesta entrega participaram representantes do Ministério Público Estadual, do Moto Clube HOG e do Lions Clube de Campo Grande.

As entregas e arrecadações continuam até o dia 30 de junho. As instituições ainda aguardam doações de cobertores, roupas e agasalhos, em bom estado, para enfrentarem o inverno que chegou na última semana.

Quem ainda não colaborou pode levar suas doações até qualquer um dos postos de coleta:

- Secretaria de Comunicação do TJMS (Parque dos Poderes), com Marta;

- Núcleo de Informática do Fórum (3º andar), com Érick;

- Núcleo de Imprensa do Cijus, com Luciano;

- Assessoria de Políticas de Saúde do TRE/MS;

- CAO Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do MS;

- Seção de Benefícios e Assistência Social (SUBS) da Justiça Federal/MS;

- Rota 67 - Harley Davidson - Avenida Afonso Pena, nº 4548;

- Cartório do 5º Ofício - Rua Dom Aquino, nº 1330;

- Mécari Distribuídora - Avenida Gury Marques, nº 5164;

- OAB/MS – Avenida Mato Grosso, nº 4682;

- SEMAD da IEADMS - Av. Dr. João Rosa Píres, 482.

Os interessados podem obter mais informações pelo site do TJMS, no link **www.tjms.jus.br/pacijus**.

Estenda a mão, ajude a confortar o inverno de quem mais precisa e colabore com a Campanha do Agasalho.









Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do TJ conhece projeto beneficiado com recursos da Cepa - 27/06/2017



Durante a cerimônia de entrega da Campanha do Agasalho do Pacijus, o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, conheceu as instalações do Centro de Educação Infantil Anandamóyi, que recebeu R$ 152 mil em recursos da Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa). A unidade escolar atende crianças, na maioria filhas de presidiários, que moram no bairro Noroeste, onde fica o Presídio de Segurança Máxima de Campo Grande.

Os valores da Cepa são oriundos de penas alternativas, pagas em dinheiro. Anualmente, os recursos geridos em conta judicial única são destinados a projetos sociais, escolhidos pelo relevante trabalho social desenvolvido em prol da comunidade, como explica o presidente do TJMS.

"Apenas nesta instituição, que cuida de crianças, foram destinados mais de R$ 152 mil das penas alternativas. E hoje eu pude conferir que o trabalho desenvolvido nesta creche é de excelência e que o dinheiro da Cepa foi muito bem empregado na construção do berçário II, beneficiando 30 crianças com esta sala", disse o Des. Divoncir Schreiner Maran.

A presidente da associação Anandamóyi e diretora da creche, Artemiza Lima Coelho, explica que a entidade de fins filantrópicos atende cerca de 150 crianças nesta unidade com serviços de pré-escola, além de outra unidade que realiza projetos, todos com o objetivo de fortalecer os vínculos das famílias, muitas delas destruídas pelo uso de drogas e envolvimento com crimes.

"A maioria das nossas crianças tem algum parente na prisão. O pai, ou a mãe ou uma avó, estão no presídio, então nós atendemos poucas crianças de fora do bairro, que não tenham este tipo de perfil. Por isto estamos no bairro Noroeste, para atender este tipo de família", disse Artemiza.

Para ela, a presença do presidente do TJMS fortalece a instituição e garante que a qualidade e excelência no atendimento às crianças do bairro continue. "Hoje nós tivemos a oportunidade de mostrar ao presidente do Tribunal de Justiça o resultado da obra do berçário II, realizada com os recursos da Cepa.

Para nós, esta visita foi muito importante para fortalecermos este elo com os parceiros e demonstrar que o nosso trabalho é efetivo e traz benefícios para a comunidade carente do Noroeste", completa a presidente da Anandamóyi

O Berçário II, do Centro de Educação Infantil Anandamóyi, possui lactário, refeitório, parquinho, sala de recepção, cozinha, banheiros e depósito. Tudo isto beneficia 30 crianças de dois a três anos. Antes, estas crianças ficavam juntas às mais novas, de 4 meses a um ano, e por questões pedagógicas e de diferenciação das faixas etárias e desenvolvimento físico e mental, foi importante separar as salas, explicou Artemiza.

A iniciativa pioneira adotada pelo juiz Albino Coimbra Neto na Central de Execução de Penas Alternativas ganhou respaldo nacional com a edição da Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que adotou como política institucional do Poder Judiciário nacional a utilização dos recursos das penas pecuniárias, a exemplo do que já vem sendo feito no Estado desde 2009.

A Associação Anandamóyi está localizada na Rua Indianápolis, nº 1590, Bairro Noroeste, em Campo Grande.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Servidores da comarca de Nova Alvorada do Sul homenageiam magistrado - 27/06/2017

Os servidores do Fórum da comarca de Nova Alvorada do Sul manifestaram sua admiração pelo juiz Jessé Cruciol Junior, diretor do foro da comarca desde junho de 2016, com uma mensagem. Os trabalhadores exaltam o entusiasmo do magistrado, que trouxe nova perspectiva, motivando e apoiando os servidores. Confira a mensagem abaixo.

Nova Alvorada do Sul vive um novo momento. A contar do dia 27 de junho de 2016, a sociedade novalvoradense passou a vislumbrar uma nova realidade. É exatamente dessa data que se escreve o primeiro ano da trajetória do Doutor Jessé Cruciol Junior nessa cidade.

Com notório trabalho e elevado entusiamo, o magistrado trouxe uma nova perspectiva para a pequena população de pouco mais de dezesseis mil habitantes, aproximando-a daquilo que se espera: a efetiva prestação jurisdicional.

Não se trata de mero preciosismo. Nem mesmo de ingênua bajulação. É isso que se vê!

Nesse período, não foram poucos os finais de semana e feriados. Até mesmo recesso forense. Em todo esse tempo, o magistrado não se mostrou indiferente ao cenário que estava posto. Buscou incessantemente reduzir o elevado número de processos, tornando possível o atendimento às expectativas dos operadores do direito e de quem mais interessa: do jurisdicionado, é claro. E, realmente, quantos foram os elogios.

Esse trato também se refletiu no cotidiano de sua equipe. Quanta motivação!

Em seu primeiro ano, o Doutor Jessé corrigiu, motivou e apoiou os servidores. Ninguém ficou de fora. O trabalho que já era bom, ficou ainda mais gratificante. Diga-se pela cordialidade, pela disposição em ensinar, além da compreensão das deficiências de cada um.

Por essas razões, e por outras que não se dá o dom de lembrar, que o dia 27 de junho de 2016 é comemorado com muito apreço em Nova Alvorada do Sul.

Obrigado Doutor Jessé!

De sua equipe.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comarcas do Estado podem transmitir ao vivo Curso de Preparação à Adoção - 28/06/2017



A Vara da Infância, Juventude e do Idoso de Campo Grande iniciará no dia 6 de julho a segunda turma do Curso de Preparação à Adoção do ano de 2017. Por iniciativa da Coordenadoria da Infância e da Juventude, será possível a transmissão ao vivo para alcançar pretendentes de outras comarcas do Estado que têm encontrado dificuldade na habilitação de adotantes. O evento é aberto ao público em geral e procedimento obrigatório para os interessados em se habilitarem à adoção.

O curso, embora ocorra no plenário do Júri da Capital, pode ser transmitido ao vivo para todas as comarcas que tiverem interesse. Para tanto, basta que um técnico de informática da Comarca em questão disponibilize os equipamentos necessários em espaço físico adequado para a sua apresentação, bem como que duas pessoas sejam destacadas para controlar a frequência e coordenar as oficinas.

Faz-se igualmente necessário, porém, que a Coordenadoria da Infância e da Juventude e a Secretaria de Comunicação do Tribunal de Justiça sejam avisadas com até 3 dias úteis de antecedência à data de início da realização dos cursos, para que as providências sejam tomadas a contento. Este ano, a comarca de Paranaíba fez com sucesso essa transmissão ao vivo na primeira turma, realizada nos meses de março e abril.

Desde o ano passado houve uma remodelação no CPA, que passou de dois para oito encontros divididos em quatro etapas com dois dias consecutivos de capacitação. Os encontros da segunda tuma do Curso de Preparação à Adoção serão nos dias 6 e 7 de julho; 20 e 21 de julho; 3 e 4 de agosto; e 17 e 18 de agosto de 2017. Os interessados em se habilitar à adoção necessitam concluir o curso com 100% de frequência. Ou seja, participar dos oito encontros.

O curso visa preparar os candidatos para lidar com diferentes aspectos do processo adotivo e aborda possíveis conflitos dos pretendentes, dúvidas e ansiedades quanto ao processo de adoção. A remodelação do curso objetivou aprofundar mais o debate sobre o assunto, trazendo profissionais de diversas áreas.

Mais informações podem ser obtidas no Núcleo de Adoção de Campo Grande com a assistente social Ioara ou a psicológa Naura pelo telefone 3317-3548.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cejusc na UCDB beneficiará acadêmicos de Direito e a sociedade - 29/06/2017



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul continua buscando formas alternativas para solucionar litígios, por meio dos chamados métodos autocompositivos de solução de conflitos. Na manhã desta quinta-feira (29), foi inaugurado, na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB), o sexto Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da Capital, que funcionará em conjunto com o Juizado Especial e o Núcleo de Práticas Jurídicas do Curso de Direito da Universidade.

O presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, inaugurou o novo Cejusc que faz parte do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec). O local possui cinco salas para Mediações e Conciliações, brinquedoteca e uma sala em que os acadêmicos de Direito poderão acompanhar as audiências apenas para ver e ouvir, sem interferir no trabalho.

Para o coordenador da Mediação do Nupemec, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, a conciliação e a mediação beneficia toda a sociedade pois é uma forma moderna de resolver os processos, onde não existe a sentença, mas sim um acordo entre as partes. "Esta é uma parceria do Tribunal de Justiça com a UCDB que já nasce coroada pelo êxito de seus ideais, sendo o principal deles a restauração da paz social. A mediação e a conciliação são políticas que não confrontam nem excluem a jurisdição tradicional", disse o desembargador.

Citando em seu discurso o Filósofo Georg Wilhelm Friedrich Hegel e a Ilíada de Homero, Ruy Celso lembrou que a superação do caos social precede de uma justiça sem formalidades. "Só agora é possível entender o verdadeiro pensamento de Hegel. Para ele a conciliação é uma superação do conflito pelo igualamento com a simples neutralização de forças que se colidem, como na Epopeia grega em que Aquiles entrega o corpo de Heitor a seu pai, Hegel aponta na Epopeia o surgimento de uma nova forma de justiça, pela conciliação, intermediada pelos deuses do Olimpo, a justiça da ética", finaliza.

A juíza da 5ª Vara do Juizado Especial, Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, titular do Juizado que funciona dentro da UCDB, ressalta a característica educacional do novo Cejusc. "Por estar dentro do

campus universitário e por existir um Juizado Especial, este Centro tem um leque amplo de possibilidades de atuação, com conciliações e mediações que são realizadas no Núcleo de Práticas Jurídicas e os casos que vêm do próprio Fórum de Campo Grande. Nós também teremos um projeto-piloto com os métodos autocompositivos de feitos do Juizado. Assim os acadêmicos de Direito terão não apenas a parte teórica, nas aulas, mas a vivência prática proporcionada por este Cejusc", disse.

Para a coordenadora do Curso de Direito da UCDB, Elaine Clair, o novo Cejusc se somará no aprendizado, assim como o Juizado Especial, instalado na Universidade vem contribuíndo na formação do novo operador do Direito.

"Nós teremos aqui o real, daquilo que o aluno aprende na sala de aula. A grande importância para nós da UCDB é o fator motivador para nosso acadêmico. Como temos a disciplina de mediação em sala de aula, aqui o aluno terá a prática da sessão de mediação. Esperamos, também, atrair a população, assim como no ônibus da Justiça Itinerante, em que também somos partes, para ajudar nos conflitos, contribuindo para a pacificação social", disse a professora Eliane Clair

Na cerimônia de instalação, também participaram o vice-presidente do TJMS, Des. Julizar Barbosa Trindade, o Des. Vladimir Abreu da Silva, responsável pela Conciliação do Nupemec, o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fernando Paes de Campos, o presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), juiz Fernando Chemin Cury, o reitor da Universidade Católica Dom Bosco, Pe. Ricardo Carlos, o diretor-geral do Tribunal de Justiça, Marcelo Vendas Righetti, além de professores do Curso de Direito e acadêmicos.

Saiba mais – O Tribunal de Justiça 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, no Centro Integrado de Justiça (Cijus), além do instalado no TJMS, um dos mais eficientes do país.

No interior de MS estão instalados Cejuscs nas comarcas de Corumbá, Naviraí, Três Lagoas, Ponta Porã e Dourados.

Os Centros de Solução de Conflitos instalados em Campo Grande contam com dois juízes responsáveis pela homologação dos acordos pré-processuais: o juiz Cézar Miozzo é o responsável pela homologação dos acordos oriundos da conciliação pré-processual e o juiz Aldo Ferreira Júnior pelos acordos vindos da mediação pré-processual.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. João Maria Lós é homenageado pela Assembleia Legislativa - 29/06/2017



A Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul reconheceu o trabalho exitoso do Pacijus do Tribunal de Justiça. O Des. João Maria Lós recebeu nesta quarta-feira (28) a Comenda de Honra ao Mérito Legislativo "Amigo do Idoso", pelas diversas campanhas em prol da pessoa idosa. A servidora Marta Lopes, coordenadora de integração social do TJMS e responsável pelo Pacijus, recebeu a comenda no lugar do desembargador.

A honraria da Casa de Leis sul-mato-grossense é uma proposição da Frente Parlamentar em Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, cujo coordenador é o deputado Renato Câmara. A indicação do nome de João Maria Lós foi feita pelo deputado Herculano Borges. A comenda tem por objetivo homenagear aqueles que prestaram relevantes serviços à população idosa de Mato Grosso do Sul.

Criado em 2009, o Programa para Ajuda à Criança e ao Idoso (Pacijus) é uma ação social dos magistrados e servidores do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul que realiza campanhas, em âmbito estadual, em datas comemorativas, para idosos e também crianças e adolescentes.

Durante sua administração como presidente do TJMS, no biênio 2015/2016, o Des. João Maria Lós institucionalizou o Pacijus, criando a Coordenadoria de Integração Social, vinculada à Secretaria de Comunicação do TJMS. A partir disto, o programa, que atuava desde 2009 como iniciativa particular de servidores do TJMS, tomou corpo podendo ajudar cada vez mais.

Na campanha do agasalho de 2016 foram distribuídos para instituições 3.567 cobertores e 56 mil roupas e calçados. Na campanha de páscoa, 1.875 ovos de chocolate, na campanha para idosos 702 kits de higiene e beleza, e na campanha de natal 1.205 presentes para crianças e idosos.



Coordenadora de Integração Social do TJ recebeu a comenda em nome do Desembargador na solenidade. Autor: Wagner Guimarães / ALMS.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Alexandre Bastos

Apelação nº 0801296-03.2013.8.12.0020 063
Apelação nº 0802496-68.2014.8.12.0001 069
Mandado de Segurança nº 1400941-62.2017.8.12.0000 088

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0800619-55.2013.8.12.0025 093
Apelação nº 0802192-32.2015.8.12.0002 106
Agravo de Instrumento nº 1408160-63.2016.8.12.0000 115

Carlos Eduardo Contar

Direta de Inconstitucionalidade nº 1400283-38.2017.8.12.0000 126

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0804565-86.2013.8.12.0008 136
Mandado de Segurança nº 1413273-95.2016.8.12.0000 156
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000756-72.2017.8.12.0000 168

Dorival Moreira dos Santos

Mandado de Segurança nº 1400059-03.2017.8.12.0000 185

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0842473-33.2015.8.12.0001 191
Mandado de Segurança nº 1413436-12.2015.8.12.0000 198
Agravo Regimental nº 1413189-94.2016.8.12.0000/50000 238
Agravo de Instrumento nº 1402153-21.2017.8.12.0000 246

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0800651-12.2013.8.12.0041 254
Apelação nº 0800698-56.2012.8.12.0029 265
Apelação nº 0801884-27.2015.8.12.0024 273

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0550209-62.2005.8.12.0055 277
Apelação nº 0802682-69.2016.8.12.0018 292
Mandado de Segurança nº 1410928-59.2016.8.12.0000 298

João Maria Lós

Apelação nº 0069776-31.2010.8.12.0001 307
Apelação nº 0805174-90.2013.8.12.0001 312
Apelação nº 0804367-33.2014.8.12.0002 317

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0803080-17.2015.8.12.0029 322
Apelação nº 0805976-54.2014.8.12.0001 330
Apelação nº 0806445-63.2015.8.12.0002 339

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0800572-10.2014.8.12.0005 348
Apelação nº 0800087-76.2016.8.12.0025 355
Apelação nº 0800061-26.2016.8.12.0010 362
Mandado de Segurança nº 1414052-50.2016.8.12.0000 369

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0003088-90.2011.8.12.0021 375
Apelação nº 0800437-18.2012.8.12.0021 381
Apelação nº 0805442-50.2014.8.12.0021 387

Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0800656-65.2015.8.12.0008 396
Apelação nº 0800894-05.2015.8.12.0002 407
Apelação nº 0802282-89.2015.8.12.0018 423

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0020033-86.2009.8.12.0001 439
Apelação nº 0800389-37.2013.8.12.0017 448
Apelação nº 0803165-87.2015.8.12.0001 453

Nélio Stábile

Apelação nº 0000720-94.2009.8.12.0016 458
Apelação nº 0801945-33.2015.8.12.0008 463
Apelação nº 0805659-82.2016.8.12.0002 470

Odemilson Roberto Castro Fassa

Mandado de Segurança nº 0009764-83.2012.8.12.0000 473
Apelação nº 0810865-17.2015.8.12.0001 493
Apelação nº 0831091-77.2014.8.12.0001 505

Paschoal Carmello Leandro

Apelação nº 0802431-95.2013.8.12.0005 511

Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0802431-95.2013.8.12.0005 519
Agravo Regimental nº 1404141-14.2016.8.12.0000/50000 530
Agravo de Instrumento nº 1412143-70.2016.8.12.0000 544

Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0801184-94.2014.8.12.0021 554
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0043869-78.2015.8.12.0001/50001 561
Direta de Inconstitucionalidade nº 1401856-14.2017.8.12.0000 571

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0802267-37.2016.8.12.0002 580
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000024-28.2016.8.12.0000 586
Conflito de Competência nº 1600108-60.2017.8.12.0000 593

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0001254-37.2010.8.12.0005 599
Apelação nº 0048570-87.2012.8.12.0001 603
Apelação nº 0801678-32.2014.8.12.0029 612

Vilson Bertelli

Apelação nº 0800454-49.2015.8.12.0021 621
Apelação nº 0800727-16.2016.8.12.0046 626
Habeas Data nº 1400525-94.2017.8.12.0000 631

Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0818652-34.2014.8.12.0001 634
Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 1404510-42.2015.8.12.0000/50000 643
Apelação nº 0800201-45.2016.8.12.0015 678

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Recurso em Sentido Estrito nº 0030871-78.2015.8.12.0001 691

Habeas Corpus nº 1401780-87.2017.8.12.0000 708

Dorival Moreira dos Santos

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0001682-03.2016.8.12.0007/50000 715

Habeas Corpus nº 1401016-04.2017.8.12.0000 727

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação nº 0004004-02.2012.8.12.0018 745

Habeas Corpus nº 1401948-89.2017.8.12.0000 758

Habeas Corpus nº 1402798-46.2017.8.12.0000 767

Geraldo de Almeida Santiago

Apelação nº 0034106-58.2012.8.12.0001 773

Apelação n.º 0040791-47.2013.8.12.0001 779

Apelação nº 0000953-36.2014.8.12.0010 783

Habeas Corpus nº 1405219-09.2017.8.12.0000 789

Jairo Roberto de Quadros

Apelação nº 0000079-27.2014.8.12.0018 794

Apelação nº 0000957-16.2014.8.12.0029 801

Habeas Corpus nº 1405001-78.2017.8.12.0000 817

José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0000198-18.2010.8.12.0021 822

Apelação nº 0004727-80.2010.8.12.0021 834

Agravo de Execução Penal nº 0038828-96.2016.8.12.0001 840

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0000600-73.2013.8.12.0028 846

Apelação nº 0001237-56.2014.8.12.0006 868

Recurso em Sentido Estrito nº 0006290-28.2017.8.12.0001 890

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0002756-35.2007.8.12.0031 900
Apelação nº 0002710-62.2014.8.12.0011 906
Apelação nº 0002720-06.2014.8.12.0012 918

Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0038924-19.2013.8.12.0001 926
Agravo de Execução Penal nº 0044737-22.2016.8.12.0001 942
Agravo de Execução Penal nº 0047418-62.2016.8.12.0001 947

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0061038-83.2012.8.12.0001 952
Apelação nº 0000635-84.2014.8.12.0032 956
Habeas Corpus nº 1403617-80.2017.8.12.0000 966

Paschoal Carmello Leandro

Apelação nº 0001640-22.2014.8.12.0007 974
Apelação nº 0006071-20.2014.8.12.0001 983

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0003957-88.2013.8.12.0019 994
Apelação nº 0012948-07.2013.8.12.0002 998
Apelação nº 0006863-34.2015.8.12.0002 1011

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Vínculo matrimonial *pos mortem*. Celebração de casamento. Incapacidade do *de cujus*. Anulação do matrimônio. (0801678-32.2014.8.12.0029).....612

Ação civil pública

Acompanhamento especial para criança autista. Matrícula em instituição particular de ensino. Estatuto da pessoa com deficiência. Atendimento educacional adequado. (0804565-86.2013.8.12.0008).....136

Acumulação ilegal de cargos. Professor municipal em tempo integral. Lesão aos princípios da administração. Dano ao erário. Improbidade administrativa. (0800437-18.2012.8.12.0021) 381

Denúncia de irregularidades. Centro de Controle de Zoonoses (CCZ). Controle judicial de atos vinculados. Proteção ao meio ambiente. Atendimento médico-veterinário. (0805442-50.2014.8.12.0021).....387

Imposição de medidas contra autarquia. Proliferação do mosquito *aedes aegypti*. Proibição de efetuar o depósito dos veículos em local desprovido de cobertura. Direito ao meio ambiente equilibrado. (0800698-56.2012.8.12.0029) 265

Obrigação de implementar políticas públicas. Ilegitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul. Dever de estruturar UTI neonatal e pediátrica. Princípio da separação dos poderes. Reserva do possível. (0800656-65.2015.8.12.0008) 396

Ação de busca e apreensão

Constituição em mora do devedor. Notificação extrajudicial. Falecimento do devedor. Expedição da notificação. (0801945-33.2015.8.12.0008) 463

Teoria do adimplemento substancial. Decreto-lei 911/1969. Pagamento de dívida. Consolidação da posse. Rescisão do contrato. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da função social dos contratos. (0810865-17.2015.8.12.0001) 493

Ação de cobrança securitária

Litigância de má-fé. Cobrança de indenização. Indenização referente ao mesmo sinistro. (0805659-82.2016.8.12.0002) 470

Ação de improbidade administrativa

Ausência injustificada. Médico de unidade básica de saúde. Desconto na remuneração. Mera irregularidade. Improbidade administrativa. Princípio da supremacia do interesse público. Princípio da moralidade. (0803080-17.2015.8.12.0029).....322

Inépcia da petição inicial. Cumulação de cargo efetivo de agente de saúde com mandato eletivo de vereador. Faltas injustificadas no cargo efetivo. Percepção integral dos vencimentos. Lesão ao erário. (0800454-49.2015.8.12.0021) 621

Prefeito municipal. Enriquecimento ilícito. Aumento patrimonial incompatível com a renda auferida. Dolo do agente. Sanções impostas cumulativamente. (0550209-62.2005.8.12.0055) 277

Ação de indenização por danos morais

Ato ilícito. Declarações ofensivas em *blog*. Conteúdo abusivo. Manifestação de pensamento. Repercussão das declarações. (0801296-03.2013.8.12.0020).....063

Corpo estranho dentro de garrafa refrigerante. Produto não ingerido. Ausência de ato ilícito da empresa. Mero aborrecimento. Código de defesa do Consumidor. (0831091-77.2014.8.12.0001) 505

Registro de pessoa física em órgão de proteção ao crédito. Ação movida contra arquivista. Notificação. Endereço incorreto. Dano *in re ipsa*. (0802682-69.2016.8.12.0018) 292

Preliminar de ilegitimidade passiva. Informação por outdoors e panfletos. Exposição sensacionalista. Princípio *restituo in integrum*. (0806445-63.2015.8.12.0002) 339

Urna funerária. Tamanho maior que jazigo. Responsabilidade civil da funerária. *Quantum* indenizatório. Código de defesa do consumidor. (0802496-68.2014.8.12.0001) 069

Ação de natureza constitutivo-condenatória

Financiamento agrícola. Lavoura atingida por fenômeno natural. Laudo de assistência técnica, dever de indenizar. Inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplentes. (0800061-26.2016.8.12.0010).....362

Prescrição de dívida. Novação. Exigibilidade de cobrança de dívida por instrumento particular. Prazo quinquenal. (0800087-76.2016.8.12.0025).....355

Ação de obrigação de fazer

Conserto de veículo avariado por acidente de trânsito. Seguro privado. Responsabilidade da seguradora. Ato ilícito configurado. Pagamento do prêmio. (0802282-89.2015.8.12.0018) 423

Imóvel. Composse. *Pro indiviso*. Atos possessórios. Pagamento de aluguel. Alienação da coisa comum. (0842473-33.2015.8.12.0001).....191

Ação de reintegração de posse

Bem público. Faixa de domínio de ferrovia federal. Lei n.º 6.766/1979. Parcelamento do Solo Urbano. Posse justa. Princípio da boa-fé. (0001254-37.2010.8.12.0005) 599

Ação de reparação de danos

Furto de aparelho celular. Agência bancária. Coletor de metais junto à porta giratória. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Risco inerente à atividade econômica. (0800389-37.2013.8.12.0017).....448

Sequestro relâmpago. Estacionamento de hipermercado. Responsabilidade objetiva. Ausência de excludente de culpabilidade. Dano moral. Provas documentais e testemunhais. (0020033-86.2009.8.12.0001) 439

Ação de restituição de valores

Eletrificação rural. Prejudicial de mérito de prescrição. Prazo vintenário. Prova diabólica. Vício de coação. (0800619-55.2013.8.12.0025 -) 093

Ação direta de inconstitucionalidade

Emenda constitucional. Gratuidade em transporte urbano. Pacientes carentes em tratamento contínuo. Violação à autonomia política, administrativa e econômica dos municípios. (1400283-38.2017.8.12.0000) 126

Lei municipal de Brasilândia n.º 2.552 de 2014. Definição de cores oficiais do Município. Cor da bandeira do Município. Princípio da separação dos poderes. (1401856-14.2017.8.12.0000).....571

Lei Municipal de Campo Grande nº 2.909/92. Direito ambiental. Poluição sonora. Inconstitucionalidade formal. Competência municipal suplementar. (2000024-28.2016.8.12.0000) 586

Medida cautelar. Excepcional urgência. Uso de carros particulares remunerados. Uber. Município de Dourados. Inconstitucionalidade formal. Competência da União. Reserva de mercado. Taxistas. (2000756-72.2017.8.12.0000) 168

Ação revisional de contrato

Litispendência. Ação anterior revisando o mesmo contrato. Cartão de crédito. Litigância de má-fé. (0818652-34.2014.8.12.0001) 634

Ação rescisória

Agravo interno. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Tutela provisória. Verbas de caráter alimentar. (1413189-94.2016.8.12.0000/50000) 238

Curso de formação de soldado da PMMS. Constitucionalidade da limitação etária na carreira policial. Carreira da polícia militar ou judiciária. Impossibilidade de distinção. (1411635-27.2016.8.12.0000) ...511

Agravo interno

Decisão monocrática. Decisões interlocutórias. Prescrição da pretensão. Código de Processo Civil. Restrição da recorribilidade. Questão prejudicial de mérito. (1404141-14.2016.8.12.0000/50000).....530

Benefício previdenciário

Empréstimo consignado. Pessoa idosa e indígena. Prescrição quinquenal. Mútuo bancário. (0800201-45.2016.8.12.0015) 678

Cadastro de passagem

Ação civil pública. Cadastro de passagem. Direito à privacidade e intimidade do consumidor. Registro de natureza negativa. Ausência de consentimento prévio do consumidor. Dano moral coletivo. (0069776-31.2010.8.12.0001) 307

Comissão parlamentar de inquérito

Mandado de segurança. Delimitação do objeto de apuração. Fatos indeterminados. *Quórum* de instalação. Direitos fundamentais. Princípio da separação dos poderes. (0802267-37.2016.8.12.0002).....580

Concurso público

Mandado de segurança. Reserva de vagas aos candidatos índios. Percentual fracionado. Desprezo da fração. Validade do concurso não expirado. (1414052-50.2016.8.12.0000) 369

Conflito de competência

Execução de título extrajudicial. Competência territorial. Competência funcional. Lei estadual n.º 4.613/2014. Princípio da perpetuatio jurisdicionis. (1600108-60.2017.8.12.0000) 593

Contrato de prestação

Prestação de serviços educacionais. Indenização por danos materiais e morais. Extinção unilateral do curso superior. Falha na prestação de serviços. (0804367-33.2014.8.12.0002) 317

Dano ambiental

Ação civil pública. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Carvoaria em operação sem licença de operação. Dano constatado. (0800651-12.2013.8.12.0041) 254

Ação civil pública. Construção em área de preservação permanente. Código Florestal. Novo Código Florestal. Princípio do *tempus regit actum*. Obrigação de remoção, recomposição vegetal e recuperação da área degradada. (0003088-90.2011.8.12.0021).....375

Direito autoral

Ação de indenização por danos morais. Utilização de fotografia não autorizada. Prova do direito alegado. Dano moral presumido. (0801184-94.2014.8.12.0021).....554

Direito do Consumidor

Responsabilidade civil. Equipamento de hemodiálise. Vício de fabricação. Produto defeituoso. Restituição de quantias pagas. Substituição do equipamento. Mitigação da teoria finalista. (0800894-05.2015.8.12.0002)..... 407

Estatuto da Criança e Adolescente

Direitos fundamentais inerentes à infância e adolescência. Projeto padrinho. Convivência familiar. Direito a lazer. (0801884-27.2015.8.12.0024) 273

Execução de título extrajudicial

Responsabilidade solidária. Consórcio público. Recuperação judicial processada. Desconsideração da personalidade jurídica. Inexistência de bens. (1408160-63.2016.8.12.0000).....115

Fato do produto

Responsabilidade civil objetiva. Acidente automobilístico. Sistema de *air bag* não acionado. Risco à vida e incolumidade do condutor. (0802192-32.2015.8.12.0002).....106

Habeas data

Concurso público. Retificação de dados. Posicionamento de candidato homem em lista feminina. Demonstração de resistência na via administrativa. Prova pré-constituída. (1400525-94.2017.8.12.0000).....631

Imposto sobre circulação de mercadorias e serviço

Incompetência do magistrado. Venda de mercadoria por meio de comércio eletrônico. Alíquota estadual. Apreensão de mercadorias como meio coercitivo. Súmula n.° 323 do Supremo Tribunal Federal. (0048570-87.2012.8.12.0001) 603

Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana

Lançamento equivocado pelo município. Terreno desapropriado. Utilidade pública. Dano moral *in re ipsa*. Negligência da prefeitura. Excludente de ilicitude. (0805174-90.2013.8.12.0001) 312

Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCD)

Inventário. Transmissão de quotas societárias. Base de cálculo. Patrimônio líquido da sociedade empresária. (1412143-70.2016.8.12.0000).....544

Incidente de arguição de inconstitucionalidade

Direito penal e direito processual penal. Código de Trânsito Brasileiro. Crime de abandono do local do acidente. Matéria objeto de recente julgamento pelo Órgão Especial. (0043869-78.2015.8.12.0001/50001) 561

Incidente de uniformização de jurisprudência

Execução de sentença. Demanda coletiva. Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Expurgos inflacionários. Precedente. *Distinguishing*. Fixação de tese jurídica. Execução individual. Necessidade de liquidação. (1404510-42.2015.8.12.0000/50000) 643

Licença maternidade

Servidora pública. Adotante. Garantia constitucional. Direito de igualdade entre filhos biológicos e adotivos. Vedação à discriminação. (1400059-03.2017.8.12.0000).....185

Mandado de segurança

Conflito de competência. Vara da Fazenda Pública e Juizado Especial da Fazenda Pública. Lei 12.153/2009. Competência absoluta. Revogação da resolução n.º 48 do TJMS. Nulidade de questões de concurso. (1400941-62.2017.8.12.0000).....088

Direito do servidor. Servidor aposentado. Agentes tributários estaduais e fiscais de renda. Diferenças de proventos de aposentadoria. Inadimplência do Estado. Viúva pensionista. Suspensão do prazo prescricional. (1413273-95.2016.8.12.0000).....156

Mandado de segurança coletivo

Intervenção estatal municipal. Estacionamento. Cobrança dos estabelecimentos privados. Inconstitucionalidade formal e material. (0803165-87.2015.8.12.0001).....453

Penhora

Cumprimento de sentença. Hospital beneficente. Penhora sobre repasse financeiro. Empresa prestadora de serviço de assistência à saúde. Clientes conveniados. (1402153-21.2017.8.12.0000) 246

Plano de saúde

Inseminação artificial. Fertilização *in vitro*. Ausência de cláusula expressa negativa de cobertura. Tratamento da patologia azoospermia. Princípio da boa-fé objetiva. (0800727-16.2016.8.12.0046) 626

Precatório

Mandado de segurança. Emenda constitucional n.º 61 de 2009. Súmula vinculante n.º 17 do Supremo Tribunal Federal. Coisa julgada material. (1413436-12.2015.8.12.0000).....198

Processo de sindicância administrativa

Servidora pública estadual. Recebimento de adicional pelo cargo. Sem exercício de função. Poder de autotutela do Estado. Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal. (1410928-59.2016.8.12.0000) 298

Repercussão geral

Mandado de segurança. Juízo de retratação não exercido. Técnica de distinção ou *distinguishing*. Promoção de servidor. Concurso interno. (0009764-83.2012.8.12.0000) 473

Responsabilidade civil do Estado

Polícia militar. Dispersão de aglomerado e multidão. Disparo de balas de borracha. Estrito cumprimento do dever legal. Manual de controle de distúrbios civis. (0805976-54.2014.8.12.0001).....330

Responsabilidade objetiva do Estado. Prisão indevida. Poucas horas. Irrelevância para configuração do ato ilícito. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Erro judiciário. (0802431-95.2013.8.12.0005) 519

Serviço de telefonia móvel

Proposta de adesão. Advertência de fidelização. Oferecimento de aparelho celular gratuito. Assinatura falsa. (0800572-10.2014.8.12.0005).....348

Título Cambial

Sustação de protesto. Ilicitude na obtenção do cheque. Endosso ao portador. Assinatura no verso da cártula. Lei Uniforme de Genebra. (0000720-94.2009.8.12.0016) 458

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abolitio criminis

Posse irregular de munição de uso permitido. Apreensão na residência. Exclusão de tipicidade. Prescrição virtual ou em perspectiva. Súmula n.º 438 do Superior Tribunal de justiça. (0004727-80.2010.8.12.0021) 834

Agravo em execução penal

Expedição de carteira de visitação. Preservação da ordem pública, segurança do estabelecimento penal. Princípio da dignidade da pessoa humana. (0044737-22.2016.8.12.0001) 972

Prisão domiciliar. Câncer de mama. Restabelecimento de prisão domiciliar. Cárcere aberto. Princípio da dignidade da pessoa humana. (0047418-62.2016.8.12.0001).....947

Apropriação indébita

Denunciação caluniosa. Princípio da insignificância. Reprovabilidade da conduta. Ausência de materialidade. (0061038-83.2012.8.12.0001).....952

Gravação ambiental. Interlocutor sem conhecimento da gravação. Assistência à acusação. Posse ou detenção lícita dos objetos. Recrudescimento da pena. (0000600-73.2013.8.12.0028) 846

Arma de fogo

Habeas corpus. Posse irregular. Uso permitido. Ameaça. Prisão em flagrante. Vítima estranha à denúncia. (1402798-46.2017.8.12.0000).....767

Cartas rogatórias

Testemunhas residentes em outros países. Art. 222-A do Código de Processo Penal. Demonstração de imprescindibilidade. (1405001-78.2017.8.12.0000).....817

Crimes contra a ordem tributária

Constituição de crédito tributário. Condição objetiva de punibilidade. Prazo prescricional. Súmula vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal. (1401780-87.2017.8.12.0000) 708

Crimes contra as relações de consumo

Lei 8.137/1990. Produtos vencidos. Crime de perigo abstrato. Vigilância sanitária. Individualização da pena. (0000079-27.2014.8.12.0018).....794

Crime de fraude processual

Falta de justa causa. Conduta atípica. Exercício de autodefesa. (0006290-28.2017.8.12.0001).....890

Denunciação caluniosa

Art. 339 do Código Penal. Elemento objetivo. Dolo demonstrado. Consciência da ilicitude. Princípio da bagatela imprópria. Crimes contra a administração pública. (0040791-47.2013.8.12.0001).....779

Desacato

Desacato. Desobediência. Princípio da consunção. Resistência. Ausência de elementos caraterizadores do tipo penal. Atipicidade da conduta descrita. (0030871-78.2015.8.12.0001) 691

Direito autoral

Violação. Princípio da insignificância. Absolvição. Comércio de mercadorias falsificadas. Consciência da ilicitude. (0002756-35.2007.8.12.0031) 900

Estelionato

Falsificação de documento público. Aluguel de veículo. Cheque-caução. Autenticidade. Conduta atípica. Princípio da *ultima ratio*. (0038924-19.2013.8.12.0001) 926

Formação de quadrilha. "Operação Canindé". Fronteiras estaduais. Ordem pública. Relaxamento de prisão. Demora na conclusão de inquérito policial. Denúncia oferecida. (1401016-04.2017.8.12.0000) 727

Falsidade ideológica

Continuidade delitiva. Peças judiciais e extrajudiciais. Exaurimento do delito. Dosimetria da pena. (0003957-88.2013.8.12.0019).....994

Feminicídio

Homicídio qualificado. Ex-companheira. Corrupção de menores. Prova testemunhal. *Modus operandi*. (1405219-09.2017.8.12.0000).....789

Furto

Furto qualificado. Cerceamento de defesa. Nulidade parcial de sentença. Prova testemunhal. Princípio da insignificância. (0004004-02.2012.8.12.0018) 745

Homicídio

Habeas corpus. Absolvição. Medida de internação. Falta de recursos estatais. Vaga em hospital psiquiátrico. Estabelecimento prisional comum. (1403617-80.2017.8.12.0000) 966

Homicídio doloso qualificado. Tentativa. Substituição da pena, prisão domiciliar. Réu enfermo. Princípio do contraditório. Sigilo. Interesse público. (1401948-89.2017.8.12.0000) 758

Tentativa. Ameaça. Agravante. Violência doméstica. Confissão. Princípio da soberania dos vereditos. (0002720-06.2014.8.12.0012).....918

Juízo de retratação

Controvérsia. Julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Afastamento da hediondez. Artigo 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006. Cancelamento da Súmula 512 do Superior Tribunal de Justiça. (0006863-34.2015.8.12.0002) 1011

Latrocínio

Desclassificação para homicídio. Crime patrimonial. Bem móvel. Ocultação de cadáver. Crime permanente. (0001237-56.2014.8.12.0006).....868

Peculato

Venda de bem móvel de repartição pública. Auferir vantagem. Discricionariedade fundamentada. Cerceamento de defesa. (0034106-58.2012.8.12.0001) 773

Prescrição retroativa

Servir bebida alcóolica a menor de 18 anos. Homicídio culposo. Direção de veículo automotor. Extinção da punibilidade da contravenção. (0012948-07.2013.8.12.0002) 998

Receptação

Princípio *in dubio pro reo*. Furto simples. Pretensão absolutória. Prescindibilidade de apreensão da res furtiva. Confissão informal. (0000198-18.2010.8.12.0021) 822

Vias de fato

Absolvição. Princípio da bagatela imprópria. Indenização à vítima. Direitos da personalidade. Prejuízo material. Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça. (0006071-20.2014.8.12.0001).....983

Violência doméstica

Lesão corporal. Delito de ameaça. Perdão da vítima. Irrelevância. Confissão do réu. Substituição da pena. *Sursis*. (0001640-22.2014.8.12.0007).....974

Lesão corporal leve. Crime de "tortura-castigo". Desinteresse na ação penal. Retratação da representação. (0000635-84.2014.8.12.0032).....956

Lesão corporal. Pleito absolutório. Depoimento da vítima. Suspensão condicional do processo. Transação penal. (0000953-36.2014.8.12.0010).....783

Tráfico de entorpecentes

Desclassificação do crime. Lei de drogas. Delito de porte/posse ilegal de arma de fogo. Crime de mera conduta. Crime de simples desobediência. Afastamento da hediondez. (0002710-62.2014.8.12.0011) 906

Tráfico interestadual. Substituição de pena. Regime inicial fechado. Transferência de preso. Juízo de execução penal. (0000957-16.2014.8.12.0029) 801

Tráfico privilegiado. Afastamento da hediondez. Equiparação constitucional. Súmula n.º 512 do Supremo Tribunal Federal cancelada. (0001682-03.2016.8.12.0007/50000) 715

Unificação das penas

Agravo em execução penal. Supervisão de nova condenação definitiva. Concessão de novos benefícios prisionais. Data-base alterada. (0038828-96.2016.8.12.0001) 840