Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul



Ano 39 - n. 207
Janeiro a Março de 2018



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 39 - n. 207 - Janeiro-Março de 2018

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 39, n. 207

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. 207 (2018)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2018 - .

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

Dr. Waldir Marques (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

Robson Carvalho de Queiroz 007

Jurisprudência Cível 017

Jurisprudência Criminal 551

Noticiário 887

Índice Onomástico 923

Índice de Assuntos 929

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR INFRATOR

Robson Carvalho de Queiroz[1]

Resumo: *Pretende-se, por meio deste artigo fazer um estudo sobre a importância das famílias na ressocialização do menor infrator. A pesquisa destacará a contribuição do núcleo familiar dos adolescentes que cometeram atos infracionais dentro do processo de ressocialização e também buscará entender a família como uma instituição social em constante processo de construção e mudança, de forma a desmitificar os conceitos e pré-conceitos estabelecidos ao longo da história. Serão estudadas as políticas públicas e as medidas socioeducativas que são aplicadas ao adolescente, com o objetivo de reintegrá-lo ao convívio social. Será apresentada algumas discussões acerca do conceito família, partindo da concepção de alguns autores que estudam o tema. Ressaltando que a família é um espaço de fortalecimento e, portanto, possui conflitos. Trataremos, também, da necessidade de maior investimento em políticas públicas voltadas para o fortalecimento e garantia de direitos dos menores infratores.*

Palavras-chaves: *Família. Importância. Ressocialização. Menor. Infrator.*

Summary: *This article intends to make a study about the importance of families in resocialization of the juvenile offender. The research will highlight the contribution of the family nucleus of the adolescents who committed infractional acts within the process of resocialization and will also seek to understand the family as a social institution in a constant process of construction and change, in order to demystify the concepts and preconceptions established throughout Of history. The public policies and socio-educational measures that are applied to the adolescent will be studied, with the objective of reintegrating them into the social environment. Some discussions about the family concept will be presented, starting from the conception of some authors who study the theme. Emphasizing that the family is a space of strengthening and therefore has conflicts. We will also address the need for greater investment in public policies aimed at strengthening and guaranteeing the rights of juvenile offenders.*

Keywords: *Family. Importance. Ressocialização. Smaller. Offender.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo da importância das famílias na ressocialização do menor infrator.

A adolescência é uma fase do ciclo vital bastante vulnerável, marcada por intensas mudanças biológicas, cognitivas, emocionais e sociais. Essas mudanças proporcionam diferentes experiências de vida para os jovens e geram um aumento nas demandas da família.

Como resposta a esta complexidade, alguns adolescentes podem apresentar um desenvolvimento saudável, enquanto outros podem apresentar problemas de comportamento e, muitas vezes, cometer atos infracionais.

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

O trabalho procura demonstrar como a educação com a presença da família influencia no processo de encaminhamento dos jovens que estão dirigidos ao programa de Liberdade Assistida, bem como o seu papel positivo na educação do jovem.

Estudaremos que o ato infracional é uma consequência de um processo de exclusão a que são submetidos estes jovens, ou seja, falta de acesso à escola, à oportunidade de lazer, ao convívio familiar, à relação com a comunidade;

Diante dessa situação, que medida deve ser tomada para amenizar ou resolver a situação?

Analisaremos algumas condições que contribuem para o surgimento de atos infracionais na adolescência, entre elas o baixo nível socioeconômico, que aparece como destaque. Além disso, famílias com problemas psicossociais frequentemente são menos unidas, tem menos conexão ou menos harmonia, de modo que esses sinônimos os levam a apresentarem relações hierárquicas não balanceadas, distanciando os indivíduos de um desenvolvimento saudável.

No decorrer deste artigo, será apresentado de forma singela alguns aspectos importantes para a compreensão da problemática dos adolescentes autores de ato infracional, a importância da família, a maneira como estas veem as medidas socioeducativas, bem como, a apreensão sobre o conceito e a importância da categoria família.

As várias mudanças ocorridas no nível socioeconômico-culturais, nos últimos tempos, pautadas no processo de globalização do mundo capitalista, vêm interferindo na dinâmica e na estrutura familiar e possibilitando alterações em seu padrão tradicional de organização.

Outrossim, falaremos da vulnerabilidade social dos indivíduos como um agravante que interfere no convívio familiar e da importância da convivência familiar na formação da identidade do indivíduo em desenvolvimento.

Observaremos que as doutrinas se divergem em alguns pontos, entre eles:

O que torna a família efetiva? Condições financeiras? Psicológicas? Afetivas? Ou todas fazem um conjunto da ópera?

A adolescência é uma fase da vida marcada por intensas mudanças que geram transformações nos jovens e na sua família. No que se refere aos adolescentes, estes vivenciam a emergência da sexualidade e a busca por uma maior autonomia e se tornarem independente dos pais. Este momento, delicado por natureza, a família percebendo as evidentes transformações na sua estrutura e no seu funcionamento deverá recorrer a uma renegociação dos papéis e da autoridade parental.

Sabe-se que esta não é uma tarefa simples. Porém, é de suma importância que seja trabalhado pela família um elo de amizade e confiança entre pais e filhos, o que precisará de uma maturidade de ambos os lados e sem elas tudo tende a ser mais complicado, haja vista que nem os pais nem os filhos estão prontos para esta mudança.

Abordaremos algumas considerações sobre o adolescente em medida socioeducativa, apontando a perspectiva de minimizar o envolvimento dos adolescentes em atos infracionais.

Embora fiquem evidentes os inúmeros desafios de uma família com filhos adolescentes, ela desempenha um papel fundamental na educação formal e informal dos jovens, pois é a família quem inicialmente transmite valores éticos, normas e modelos de conduta que servirão de parâmetro para prevenir o surgimento de atos infracionais.

Diante dessa realidade, o presente estudo vem analisar a importância da família como ferramenta de atuação e resistência contra os fatores de riscos sociais e individuais os quais acometem estes adolescentes em atos infracionais.

1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

É importante e muito relevante o estudo do tema, pois a realidade é que atualmente há uma grande parte de menores, adolescente em formação, que deixam o seio da família, seu conforto e sua estrutura para se envolverem em situações reprováveis pela sociedade. Observa-se que a condição financeira não é o ponto fulcral deste envolvimento, pois encontramos casos de adolescentes, filhos de pais de média e alta sociedade, envolvidos em atos infracionais. Então o que leva esses menores a esses desvios de conduta?

O estudo abordará alguns motivos que levam o indivíduo a tomar tal decisão.

Veremos se nos dias atuais, tempos em que a tecnologia e os meios de comunicação estão ao alcance de grande parte da população mundial, falta conhecimento nas famílias a respeito de como se portar diante da relevante transformação pela qual passam os adolescentes?

É possível afirmar que tanto os pais quanto os filhos têm consciência de seus direitos e deveres, sejam eles legais ou morais?

Sendo assim, neste trabalho será feita uma pesquisa objetiva e esclarecedora de assuntos relacionados a importância da família na ressocialização do menor infrator.

Qual a responsabilidade dos pais para com seus filhos?

Os pais são veículos de influência na decisão dos filhos?

A autoestima, autonomia, inteligência e orientação social positiva, a coesão familiar, caracterizada pela resolução construtiva de conflitos, bem como a comunicação, afeto e presença de pelo menos um adulto, de preferência um dos pais, com interesse pela criança, influenciará na decisão do menor?

Quando serão aplicadas as medidas de proteção, conforme consta no art. 98 do ECA?

E as medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do ECA?

Apesar de algumas controvérsias sobre o assunto, entende-se que a família é parte essencial tanto na conscientização do adolescente quanto na sua ressocialização.

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 busca fazer uma breve abordagem sobre a importância da família na ressocialização do menor infrator e de que maneira aqueles agirão diante dos comportamentos destes. As possibilidades de ocorrência simples até as mais radicais.

Quais as possíveis soluções para questões que o tema envolve, tais como:

- O que fazer quando o menor sai do convívio das casas de guarda e volta para o seio da família?

- Qual a atitude da família frente aos questionamentos dos desvios de conduta do menor infrator?

- Que tipo de tratamento deverá ser dispensado ao menor?

- O Estado tem contribuído nessa ressocialização?

- Como a sociedade tem reagido com referência ao tema em estudo?

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

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

3 DESENVOLVIMENTO

3.1 A importância da família na ressocialização do menor infrator

O foco principal deste artigo é destacar a importância da contribuição do núcleo familiar dos adolescentes que cometeram atos infracionais dentro do processo de ressocialização.

Abordaremos alguns conceitos de família, ressaltando que ela é um espaço de fortalecimento, e que, no entanto, possui conflitos. Bem como, a necessidade de maior investimento em políticas públicas voltadas para o fortalecimento e garantia de direitos de tais sujeitos.

As questões ligadas à criança e ao adolescente têm ganhado espaço desde o Cristianismo onde deu-se início às discussões sobre a garantia de seus direitos, e a partir de então, inúmeras leis surgiram para proteger a criança e o adolescente.

O termo “criança e adolescente” foi criado em 1990 com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No entanto, a luta para acabar com o preconceito e proteger essas crianças, iniciou-se durante as décadas de 1970 e 1980, na consolidação da Constituição de 1988.

O referido Estatuto considera autores de infração apenas os adolescentes. No caso do Brasil, o menor de 18 anos responde por uma infração, ou seja, não responde penalmente, mas tem responsabilidade social, podendo ser aplicado a estes, as medidas socioeducativas, desde que comprovada a autoria e materialidade da infração.

As medidas socioeducativas visam a reintegração social e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários;

A Liberdade Assistida consiste em uma medida coercitiva que necessita de um acompanhamento da vida social do adolescente que deve ser feito juntamente com a sua família, a qual, através da sua participação, garante uma manutenção do comportamento saudável.

3.2 Conceitos

Família – tradicionalmente era definido como o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar, ou seja, normalmente, formada pelo pai e mãe, unidos por matrimônio ou união de fato, e por um ou mais filhos, compondo uma família nuclear ou elementar.

Atualmente, a Constituição Federal estabeleceu:

> *Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [....]*
>
> *§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*
>
> *§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*[2].

Maria Helena Diniz discorre sobre família como:

> *(...) todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole*[3].

Silvio Venosa, assevera que a Família em um conceito amplo:

> *(...) é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, em conceito restrito, compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder*[4].

A família atual está vinculada à afetividade como elemento essencial para a existência de uma entidade familiar, ou seja, ela nada mais é do que a união de pessoas ligadas entre si por laços consanguíneos ou afetivos.

Quanto ao ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente define:

> *Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*

3.3 Possíveis causas que levam a criança e o adolescente à marginalização

A família é, sem dúvida, a principal motivadora e ocasionadora das primeiras relações afetivas e sociais, visto que ela é uma instituição que agencia a socialização primária e a educação durante a infância e adolescência e onde ocorre a maior parte das aprendizagens. Assim, nessa socialização primária são interiorizadas normas, valores e formas de relacionamento, dando um norte ao comportamento dos indivíduos, o que será fundamental para as relações familiares.

Quando a criança se identifica com seus pais em seus primeiros anos de vida adquire muitas de suas características, pensamentos, sentimentos, absorvendo o comportamento da família. Portanto, se a família oferecer à criança um contexto cultural composto de leituras, de visitas a teatros, a museus, a bibliotecas, a galeria de artes, a cinemas, dentre outros, estará propiciando um ambiente cultural e saudável para o futuro da criança.

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

3 DINIZ, Maria Helena**. Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 23.ed. rev., atual. e ampl. v.5. São Paulo: Saraiva, 2008.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de família**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Nessa linha de pensamento vale lembrar que, de acordo com o ECA é dever da família propor a educação aos filhos, veja:

> *Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais*[5].

A família com seu papel fundamental de educar as crianças, torna-se proporcionadora de condições para que estas se tornem indivíduos e possam viver em sociedade. Partindo disso, a socialização primária consiste em construir o primeiro mundo do indivíduo e promover uma relação do indivíduo com os primeiros significados para ele. Já a socialização secundária é a internalização e a obtenção de novos conhecimentos catalogados a funções específicas e arraigados na divisão do trabalho, que podem acontecer nas mais diversas esferas sociais.

Ocorre que várias mudanças ocorrem no nível socioeconômico-culturais, pautadas no processo de globalização do mundo capitalista e interferem na dinâmica e estrutura familiar, possibilitando alterações em seu padrão tradicional de organização.

Isso ocorre, principalmente, nas famílias em situação de pobreza e é importante se ter consciência que a desigualdade e a má distribuição de renda não só destrói a família, mas toda a rede da sociedade.

Historicamente, o que se percebe é que durante o processo de socialização, algumas famílias que possuem adolescentes em conflito com a lei, nunca impuseram limites aos filhos, faltou diálogo entre pais e filhos, o ambiente na casa foi de agressividade nas relações familiares e a educação relaxada, o que levou a criança ou o adolescente a comportamentos antissociais.

Ainda, na sociedade brasileira muitas famílias encontram-se monoparentais, ou seja, onde a mãe é a única responsável pela manutenção da casa, haja vista a ausência da figura paterna, fator que, em muitos casos, acarreta a marginalização, pois a mãe tem dificuldades em manter a casa devido a problemas financeiros.

A ausência da figura paterna acaba construindo uma estrutura familiar diferente na qual a mãe com função dupla não dá conta de sustentar a família, fazendo com que seus filhos vão mais cedo ao mercado de trabalho, o que, consequentemente, terá menos oportunidade de lazer, de dialogo familiar, acompanhamento dos pais nos seis compromissos e, em muitos casos, excluindo a escola de sua vida.

Fato é que as famílias ao se depararem com uma perspectiva empobrecida que se caracteriza na realização de trabalhos desvalorizados e mal remunerados, o que acarreta uma vida sem conforto e uma ausência de expectativa de mudança, o que leva a uma crise na identidade dos pais, que se sentem enfraquecidos em realizar suas funções de sujeitos capazes de serem um parâmetro para seus filhos, tornando-os fragilizados como modelo de identificação.

Os filhos, vítimas da injustiça social, se veem ameaçados e violados em seus direitos fundamentais. Essas crianças e adolescentes têm como todos, o direito à convivência familiar e comunitária.

No caso, são necessárias ações não apenas para provimento do seu acesso aos serviços essenciais, mas também o desenvolvimento de políticas sociais que ofereçam apoio à família ou responsáveis, políticas e ações voltadas para proteger as crianças e adolescentes quando os seus vínculos familiares estão fragilizados ou rompidos, tais políticas devem apoiar as famílias no cumprimento de suas funções de cuidado e socialização de seus filhos, buscando promover a inclusão social e a superação das vulnerabilidades.

5 BRASIL. Senado Federal. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, 13-06-1990.

3.4 Legislações que protegem a criança e o adolescente

O artigo 227 da Constituição é um dos pioneiros na utilização do termo criança e adolescente e coloca o adolescente salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, observe:

> *(...) É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.*

Em 13 de julho de 1990 com a promulgação do ECA, Lei 8.069/90, o termo "menor" deixa, definitivamente, de existir na legislação brasileira e a lei passa a utilizar apenas duas denominações: criança e adolescente. Podemos considerar que esse novo termo engloba toda criança e adolescente garantindo igualdade, dignidade e respeito a todos, independentemente de classe social. O Estatuto considera adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade e também aponta como criança, aqueles até 12 anos incompletos.

4 Quais desafios da família para com os menores autores de atos infracionais

A partir da Constituição Federal de 1988, nos termos do seu artigo 227, a família juntamente com o Estado e a sociedade civil passa a ser responsáveis a garantir os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

No entanto, nesse período, a família surge também como "salvadora", responsável pelo cuidado de seus membros devendo assisti-los, criá-los e educá-los, considerando aqui uma visão conservadora, pois, não apreende a família como espaço que sofre mudanças e é permeado por conflitos, além de não garantir as condições necessárias para assumir tal compromisso, restando a ela apenas o ônus.

Ao longo dos anos o Sistema de Proteção de crianças e adolescentes passou por intensas modificações, do Código de Menores, marcado pelo uso da violência ao Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, que instituiu a esse segmento a condição de sujeitos de direitos. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA foi aprovado no ano de 1990, trata-se então da Lei n° 8.068 de 13/07/1990, que institui os direitos fundamentais e estabelece as linhas de atendimento, como as políticas e programas sociais, serviços de prevenção, entidades de atendimento, medidas de proteção e organização pública.

O Estatuto da Criança do Adolescente – ECA representou um avanço para a luta da garantia de direitos estando ele, articulado com outras políticas públicas sociais que "no papel", atuam de forma articulada. As legislações que defendem os direitos das crianças e adolescentes enfatizam a importância de trabalhar a família, tornando explícitos seus deveres e responsabilidades, o ECA por sua vez, apresenta os deveres dos pais e dos filhos, no entanto, torna-se necessário um esforço para real efetivação deste, no sentido de proporcionar a garantia de direitos dos sujeitos envolvidos, não só delegando responsabilidades as famílias, mas dando condições objetivas para tal.

5 EXISTE CULPA DA FAMÍLIA QUANTO AOS DISTÚRBIOS DOS MENORES?

Na maioria dos casos as famílias dos adolescentes autores de ato infracional vivem num contexto de privação e dificuldade no acesso as políticas públicas consideradas essenciais, tais como: educação, saúde, habitação. E, não bastando, se deparam com um processo de culpabilização e condenação

evidentes. Os meios de comunicação, por exemplo, diante da precariedade da informação, divulgam de maneira sintética e acrítica que tais sujeitos não são punidos por seus atos, propagando-se a ideia errônea de que o adolescente fica impune.

6 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A IMPORTÂNCIA DAS FAMÍLIAS

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA traz não só direitos, mas deveres para responsabilizar os adolescentes que cometem atos infracionais, institui as Medidas de Proteção e as Medida Socioeducativas estas, de natureza sancionatória e conteúdo socioeducativo, aplicadas somente a adolescentes sentenciados em razão do cometimento de ato infracional.

Ou seja, há todo um processo de apuração, aplicação e execução das medidas.

Deste modo, para o adolescente, a submissão a uma medida socioeducativa não é só responsabilização, mas, também um respeito à equidade (no sentido de dar tratamento adequado e individual a cada adolescente a quem se atribua um ato infracional), bem como, considerar as necessidades sociais, psicológicas do adolescente, possibilitando sua inclusão social do modo mais célebre possível e, principalmente, o seu pleno desenvolvimento como pessoa.

Sendo assim, os programas e ações são fundamentais para a efetivação das Medidas Socioeducativas, devendo, baseado no princípio da territorialidade e descentralização, haver a participação dos entes federativos, União, Estados e Municípios, os quais possuem obrigação quanto ao atendimento do Sistema Socioeducativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo serviu para maior conscientização sobre o envolvimento dos pais no processo de educação dos seus filhos que cumprem a medida socioeducativa de Liberdade Assistida. Conclui-se que a família é a principal responsável pela formação da consciência cidadã do adolescente e também apoio importante no processo de adaptação para a vida em sociedade, ou seja, uma boa educação dentro de casa garante uma base mais sólida e segura no contato com as adversidades culturais e sociais, características do período de amadurecimento.

Várias são as questões que permeiam o universo dos adolescentes autores de ato infracional, dentre as quais se podem citar, a situação de privação econômica vivenciada pela maioria, a fragilização dos vínculos familiares, situações de rua que resulta na inserção no "mundo do crime". Nesses casos, o que ocorre usualmente é uma culpabilização para com as famílias, dizendo que elas são "desestruturadas" ou não cumpriram seu "papel" e por isso os filhos se envolveram no mundo do crime.

Porém, em nenhum momento é exposta as condições que essa família possui para educar e orientar seus filhos, muitos pais não possuem nem condições de alimentar e prover o sustento para a família, inseridos no mercado informal de exploração do trabalho, e nenhuma garantia de direitos, outros, vivem em extrema pobreza, na mendicância, e isso, muitas vezes, não é levado em conta.

Portanto, as políticas públicas devem apoiar as famílias no cumprimento de suas funções de cuidado e socialização de seus filhos, buscando promover a inclusão social e a superação das vulnerabilidades, sendo também necessárias políticas e ações voltadas para proteger as crianças e adolescentes quando os vínculos estão fragilizados ou rompidos, oferecendo atenção especializada e acompanhamento sistemático em programas de orientação, apoio e proteção no contexto social.

Porém entre aos diversos obstáculos encontrados, ainda está presente a resistência para o desenvolvimento dos serviços institucionais porque a família não se faz presente ou não atende as exigências das instituições assim sendo, esta eficácia não se efetiva. Por fim, o que se considera de fundamental importância no processo de ressocialização desses adolescentes é a criação de uma parceria entre o Estado, a família e a sociedade, preparando a família para o retorno do adolescente em conflito com a lei, através de políticas públicas que visam a proteção social, buscando superar velhas ações e concepções centradas a partir das famílias.

Foi perceptível no decorrer do processo de formação profissional, as famílias que se inseriam no processo socioeducativo, os resultados eram positivos, os adolescentes assíduos nas atividades desempenhadas no cumprimento das medidas socioeducativas. Cabe aqui enfatizar que a família é co - participante nesse processo, não a única responsável. E ainda que ocorra uma penalização para com estas, percebe-se que a retração do Estado promove consequentemente, um aumento das responsabilidades da família, sendo esta, analisada algumas vezes como a "família ideal", e aquela que foge dos preceitos ideais continua sendo penalizada.

Finalmente, ressalta-se que o objetivo desse artigo foi demonstrar de forma singela a importância da família no acompanhamento às medidas socioeducativas enquanto uma instituição de amor e apoio, apesar das inúmeras dificuldades enfrentadas por estas. Constata-se a necessidade de um maior investimento em políticas e programas que elucidem cada vez mais a importância do cumprimento das medidas socioeducativas, bem como, o apoio da família, pois, muitas não sabem o significado e importância dessas para a vida de seus filhos.

METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho será desenvolvido na perspectiva da pesquisa qualitativa, que envolverá 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 importância da família na ressocialização do menor infrator.

Por isso que, inicialmente, a pesquisa terá 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 a Constituição Federal, Leis Infraconstitucionais e alguns doutrinadores brasileiros como: Nilo Batista, Alessandro Barata e Wilson Donizeti Liberati, entre outros.

Além disso, utilizar-se-á de uma outra opção metodológica que é a consulta à jurisprudência sobre o tema, pois é fundamental saber qual o posicionamento dos Tribunais com referência à matéria.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Revan, 2011.

BARROSO FILHO, José. **Do ato infracional**. Jus Navigandi: Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em:. Acesso em: 08 dez. 2016.

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

BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940). *Vade Mecum* 19. ed. (Versão Digital). São Saulo: Saraiva, 2015.

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

BRASIL. Senado Federal. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, 13-06- 1990.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei nº 17.943, de 12 de outubro de 1927. Institui o Código de Menores. <Disponível: www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes>. Acesso em: 08 de dez. 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Raimundo Luiz Queiroga de. **O menor infrator e a eficácia das medidas sócio-educativas**. Jus Navigandi: Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: Acesso em: 08 dez. 2016.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação nº 0800741-76.2014.8.12.0011 - Coxim
Relator designado Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – VEICULAÇÃO DE REPORTAGEM COM INFORMAÇÕES EQUIVOCADAS – DESVIO DE FUNÇÃO EXERCIDO PELA IMPRENSA – CONFLITO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS – MATÉRIA QUE EXTRAPOLA OS LIMITES INERENTES AO DIREITO INDIVIDUAL – JUÍZO DE PONDERAÇÃO – PESSOA PÚBLICA – OFENSA À HONRA – COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL – DEVER DE REPARAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Ainda que haja conflito de direitos constitucionais (liberdade de imprensa/direito à honra e imagem) deve ser feito um juízo de ponderação em cada caso concreto, sendo que ao constatar que a matéria publicada possui fatos equivocados e que acarretaram comprovadamente ofensa à honra e imagem do indíviduo, visto que ultrapassaram os limites de informar, claro está a preponderância do direito à personalidade, cabendo assim a indenização.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º Vogal, após o Relator e o 1º Vogal terem retificado seus votos.

Campo Grande, 7 de dezembro de 2017.

Des. Alexandre Bastos – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Oswaldo Mochi Júnior interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Coxim, que julgou *"improcedente o pedido formulado por Oswaldo Mochi Júnior em desfavor de Edição de Notícias e Sheila Foratto Ferreira"*.

> *Condeno o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte contrária, os quais fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), observado o julgamento antecipado, o valor, a natureza da causa, bem como o respeitoso trabalho desenvolvido pelos causídicos* (art. 20, §4º, do CPC)."

Alega que o Direito à Liberdade de Imprensa e de Expressão é Direito Fundamental insculpido na Constituição Federal, o que não significa que sobredito Direito goze de supremacia incondicional, sobretudo quando se está diante de Direito da mesma relevância, insculpido também em regra constitucional, necessário

à tutela da dignidade da pessoa humana, tal como os Direitos da Personalidade, os quais, inclusive foram alçados à condição de cláusulas pétreas.

Aduz que o exercício do direito à informação não pode ser admitido em caráter absoluto e ilimitado, sendo imprescindível a fixação de limites ao seu exercício, os quais hão de ser balizados pelos próprios Direitos da Personalidade, devendo estar com eles em total consonância.

Afirma que admitir que a liberdade de imprensa sobrepõe-se ao direito à imagem do recorrente, é possibilitar que as notícias falaciosas e notadamente inverídicas lancem a escanteio direito fundamental, operando-se aí verdadeira inversão de valores, alçando ao cume da tábua axiológica erigida no caso concreto direito exercido em verdadeiro abuso.

Estabelece que cientes de que o recorrente é pessoa pública que depende, *sine dúbio*, de sua imagem, estando, ainda, em período pré-eleitoral, o mínimo que se espera de qualquer meio de informação sério de grande alcance é que verifique a veracidade dos fatos que serão narrados, sendo, inclusive, dever profissional insculpido no artigo 2º, incisos I e II do Código de Ética Jornalística.

Dispõe que, em se tratando de prática explícita de abuso de direito, não há falar na necessidade de comprovação de culpa lato sensu, restando, assim, suficiente a comprovação da prática do ato danoso, do dano sofrido e do nexo causal que os interliga, fala-se, pois, em responsabilidade objetiva por abuso de direito.

Sustenta que, em momento algum o recorrente foi procurado pelas recorridas, tampouco sua assessoria de imprensa, para prestar esclarecimentos sobre o quanto veiculado ao seu respeito, fator este que reforça a desídia das recorridas no exercício de seu mister, fazendo-o de maneira irresponsável, incutindo prejuízos das mais diversas ordens ao recorrente, os quais repercutiram tanto em sua vida pública, quanto privada.

Requer seja dado provimento ao recurso, "*de tal sorte a impor às recorridas o dever de indenizar o recorrente por danos morais a ele incutidos em patamar a ser equitativamente fixado por Vossas Excelências, além de condená-las ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a serem fixados em 20% do valor da causa*."

Decorreu o prazo sem a manifestação das apeladas.

VOTO (EM 14/09/2017)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Oswaldo Mochi Júnior em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Coxim, que julgou *"improcedente o pedido formulado por Oswaldo Mochi Júnior em desfavor de Edição de Notícias e Sheila Foratto Ferreira"*.

> *Condeno o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono da parte contrária, os quais fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), observado o julgamento antecipado, o valor, a natureza da causa, bem como o respeitoso trabalho desenvolvido pelos causídicos* (art. 20, §4º, do CPC)."

Requer seja dado provimento ao recurso, "*de tal sorte a impor às recorridas o dever de indenizar o recorrente por danos morais a ele incutidos em patamar a ser equitativamente fixado por Vossas Excelências, além de condená-las ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios a serem fixados em 20% do valor da causa*."

Estabelece o art. 5º, incisos IV e XIV, da CF:

> *"Art. 5º. (...)*
>
> *IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*
>
> *(...)*
>
> *XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"*
>
> *A respeito do tema, leciona Alexandre de Moraes, in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, prefácio do Supremo Tribunal Federal, 9ª edição, atualizada até a EC n. 71/12, Editora: Atlas, p. 140 e 199:*
>
> *"5.17 Liberdade de Pensamento*
>
> *(...)*
>
> *A proteção constitucional engloba não só o direito de expressar-se, oralmente, ou por escrito, mas também o direito de ouvir, assistir e ler. Consequentemente, será inconstitucional a lei ou ato normativo que proibir a aquisição ou recebimento de jornais, livros, periódicos, a transmissão de notícias e informações, seja pela imprensa falada, seja pela imprensa televisiva.*
>
> *(...)*
>
> *5.35. Liberdade de Informação*
>
> *(...)*
>
> *A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba as eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador (...)".*

No caso dos autos, a reportagem publicada pela apelada Sheila Foratto Ferreira ME, em 07/4/2014, não se tem como negligente, objetivando prejudicar o apelante em sua honra e imagem.

Trata-se, ao que se pode observar pela simples leitura da notícia, que a jornalista responsável pela matéria nada mais fez do que relatar os fatos ocorridos entre 2001 e 2004, tendo como base nota emitida pelo Ministério Público Federal.

Verifica-se que a empresa jornalística encaminhou mensagem à redação do apelante com os dizeres: "*Bom dia, as informações foram divulgadas com base na nota do Ministério Público Federal. Caso a assessoria do deputado em questão queira emitir uma nota, deixamos o espaço à disposição*."

Em resposta, o apelante assim manifestou: "*Oi Sheila, segue nota de esclarecimento do MPF se retratando em relação à notícia divulgada sobre o deputado. Como você colocou o site a disposição para qualquer esclarecimento, gostaria que fosse divulgada essa nota.*"

Constata-se que, em 10/4/2014, a apelada publicou a seguinte notícia: "*MPF divulga nota de esclarecimento sobre processo de Júnior Mochi*"

Portanto, não se vislumbra qualquer ato ilícito da jornalista ao publicar a reportagem "*Tribunal Regional Federal mantém condenação contra Junior Mochi*" que pudesse ensejar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Assim, por qualquer ângulo que se possa analisar a questão, vê-se que não merece reparos a sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1° Vogal)

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 06-11-2017, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Alexandre), após o relator e o 1º vogal negarem provimento ao apelo.

VOTO (EM 07/12/2017)

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (2° Vogal)

Oswaldo Mochi Júnior interpôs apelação em face da sentença (f. 89/92) de improcedência dos pedidos formulados na ação indenizatória proposta em desfavor de Edição de Notícias e Sheila Foratto Ferreira.

A questão cinge-se à análise do dever ou não da indenização em favor do apelante que alega ter sofrido danos morais em virtude da veiculação de reportagem "*falaciosa e inverídica publicada pelas recorridas em 07 de abril de 2014, a qual tinha por título: Tribunal Regional Federal mantém condenação contra Júnior Mochi"*.

O caso em análise não caracteriza dano moral puro, havendo diante disso necessidade de comprovação do alegado dano, o que, ao analisar detidamente os autos, entendo procedente o pedido inicial formulado pelo ora apelante, ousando divergir do Eminente Relator e 1º vogal.

Em suma, os artigos de que determinam a reparação por danos morais, ou seja, arts. 927, 186 e 187 do CC dispõem que aquele que causar dano a outrem em virtude de ato ilícito fica obrigado a reparar e ainda estabelecem os requisitos: conduta ilícita, dano e nexo de causalidade, os quais precisam estar todos presentes para caracterizar a indenização.

Ao analisar a reportagem veiculada pelos recorridos e demais documentos dos autos, entendo que a matéria jornalística extrapolou os limites inerentes ao direito individual do recorrente.

Os direitos à liberdade de pensamento e expressão são preceitos fundamentais garantidos pelos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição Federal. E uma das formas de garantir a concretização destes direitos está prevista na própria Carta Magna, em seu art. 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 na Constituição, dentre elas, a proteção aos direitos a personalidade e à dignidade da pessoal humana, que é assegurada no inciso I do art.1º, como um dos fundamentos da Ordem Constitucional Brasileira.

Cabe, diante disso, a análise do caso concreto para evitar que o exercício de um direito/garantia atinja, ainda que indiretamente, outro direito/garantia igualmente protegido. Ou seja, embora a imprensa ao

divulgar notícias e matérias jornalistas esteja amparada pelo direito à liberdade de expressão, pensamento e de informação, o recorrente também tem resguardado a inviolabilidade da vida privada, honra, e imagem e, consequentemente, o direito à reparação de eventual violação de tais direitos.

E assim quando em conflito direitos fundamentais, cabe ao interprete ou ao julgador ponderar os interesses envolvidos, de modo a ponderar a sua aplicação.

No caso em análise, o recorrente é pessoa pública, que na propositura da ação informou exercer o cargo de deputado estadual e que em anos anteriores exerceu o cargo de prefeito municipal de Coxim.

E em virtude do exercício do mandado de prefeito, quando firmou convênio para estruturação do aterro sanitário para depósito de lixo da cidade, após vistoria, o Ministério Público propôs ação civil pública e a reportagem veiculada pelas recorridas decorre de, conforme alegado pelo apelante, informações inverídicas sobre tal processo.

Verifica-se dos autos que as recorridas esclareceram que receberam um e-mail do Ministério Público Federal do Estado de Mato Grosso do Sul com uma matéria intitulada " *Justiça nega recurso e matem condenação de deputado, assessor e empreiteira*" e que o *link* enviado pelo órgão gerou diversas reportagens por *sites* do Estado.

Afirmaram ainda na defesa que oportunizaram ao recorrente o direito de resposta, porém que só se manifestou após a publicação da matéria e que algumas informações, de fato foram equivocadas, sendo esclarecido em nota de esclarecimento, inclusive oportunizado ao deputado o direito de defesa.

Diante das informações prestadas nos autos pelas apeladas, entende-se que, ainda que tenham as recorridas transcrito dados repassados pelo Ministério Público Federal, não agiu com prudência e normalidade, visto que não confirmaram as informações divulgadas referente à processo judicial, ocasionando assim uma conduta ilícita que gerou dano ao recorrente.

Explica-se.

O equívoco dos fatos relatados na reportagem foi confirmado pelas recorridas, que eximem da responsabilidade afirmando que apenas repassaram a informação trazida e antes publicada pelo Ministério Público Federal.

Esclarece-se que ainda que tenha ocorrido a retratação ou direito de resposta garantido ao recorrente, o dano já havia ocorrido, visto ser uma pessoa pública, em período de candidatura e principalmente por não se a reportagem apenas o retrato dos fatos, ou seja, além de trazer informações equivocadas, sem a prévia confirmação antes da publicação, também trouxe insinuações e comentários que fogem da normalidade do direito à correta informação ou à liberdade de informação.

Como bem asseverado pelo Des. Amaury da Silva Kuklinski no julgamento da apelação nº 0805526-17.2015:

> *"No que diz respeito à matérias jornalísticas e ao direito não só de informar como de externar posição crítica, também necessária a ponderação de quando há antijuridicadade ou não na manifestação, como, por exemplo, quando o animus narrandi tem clara intenção de deturpação de fatos e afronta à honra alheia, reproduzida sem o fito de atender ao interesse público e ao direito de informação dos cidadãos acerca de dados objetivos de realidade para sua formação e opinião" (*TJMS. Apelação n. 0805526-17.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 21/09/2017, p: 22/09/2017)

Pela reportagem publicada pelas recorridas, entende-se que houve desvio da função exercida pela imprensa ou melhor pelo site jornalístico, visto que não cumpriu com a transmissão de informação verdadeira aos seus leitores, pois como dito, não analisou a pertinência e veracidade das declarações acerca do recorrente, afrontando assim o direito à honra e imagem.

Por mais que tenha enviado e-mail para a assessoria do deputado, não aguardou um dia sequer a resposta ou declaração, como se vê na fundamentação da defesa (f. 44).

Analisando a reportagem trazida e discutida nos autos percebe-se a veiculação além do enfoque informativo, principalmente considerando o fato de que o recorrente é pessoa pública e a matéria decorria de seu exercício como prefeito na cidade de Coxim.

Veja-se trecho publicado (f. 18):

> *O TRF-3 (Tribunal Regional Federal da 3ª Região) negou mais um recurso do deputado estadual Oswaldo Mochi Junior (PMDB), que está condenado à perda dos direitos políticos por 8 anos - o que implica a perda do mandato - e multa de R$ 6,5 milhões, segundo o MPF (Ministério Público Federal). As irregularidades foram praticadas quando ele era prefeito de Coxim, entre 2001 e 2004. É a terceira vez que o parlamentar tenta recorrer sem sucesso. Também tiveram recursos negados outros condenados no mesmo processo: O atual assessor do departamento de Obras da prefeitura de Três Lagoas, Getúlio Neves da Costa Dias, e a empresa Tocmax.*

É evidente a diferença na forma de expor as informações quando se faz o comparativo entre o e-mail enviado pelo Ministério Público Federal (f. 53) e ainda outra reportagem de site diverso não parte nestes autos em que veicula a mesma notícia, porém de forma mais escorreita e sem termos que fogem da função da informação aos leitores (f. 54).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça em casos como este analisado, em que há um conflito de direitos constitucionais fundamentais, é que exista ponderação das circunstâncias do caso concreto, pautando-se o julgador na razoabilidade e na proporcionalidade para que se chegue a prevalência de um dos direitos.

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

Veja-se, portanto, que se trata de realizar o juízo de ponderação cujo propósito é a flexibilização de interesses jurídicos que entram em conflito no caso concreto e conquanto válidos, um preponderá sobre o outro mediante a incidência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que garantem a análise do caso concreto.

Importante mencionar trecho do voto proferido pelo Des. Dorival Renato Pavan, que em caso semelhante, justifica a aplicação de tal juízo de ponderação, perfeitamente aplicável também nestes autos:

> *Além desses elementos, tenho que quando do exercício do direito de informar advém ofensa à honra alheia, mediante ato doloso ou ainda mediante simples culpa, pela não adoção do cuidado objetivo exigível na espécie, exsurge induvidoso o dever de indenizar, pela aplicação, também, além do preceito constitucional referido, dos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, que prevêem inclusive a possibilidade de indenização por dano moral.*
>
> *A imprensa e a liberdade que dela advém, regra de matriz constitucional, não pode servir de escudo para a prática de atos que denigram a imagem alheia, com o único propósito de vender o jornal, imprimindo à reportagem um cunho sensacionalista ou, pior do que isso, como ocorre em algumas situações, com objetivos espúrios, escondidos, mediante paga talvez, financiado por terceiros, calcado no único propósito de ofender, de difamar.* (TJMS. Apelação n. 0006392-39.2011.8.12.0008, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 20/05/2014, p: 16/07/2014).

Assim, a conclusão é de que as recorridas no exercício do direito de informar acabou por ofender à honra do recorrente, pois deixou de verificar e confirmar as declarações publicadas decorrentes de processo de investigação/julgamento de eventuais irregularidades praticadas pelo apelante, veiculando dados equivocados, fato incontroverso, já que confirmado por elas em sua defesa.

Ainda que não evidenciado dolo ao exercer o direito de informar e que acabou por causar dano à parte, surge o dever de indenizar, considerando a ponderação feita entre os direitos constitucionalmente garantidos e evidente dano causado ao apelante.

Há nos autos elementos suficientes quanto à comprovação do dano moral sofrido, pois além de se tratar de pessoa pública, que tem atividade relacionada a representação da vontade popular, ou seja, a veiculação de notícia equivocada tem real influência, tanto é que juntou aos autos manifestações de repulsa e reprovação de cidadãos, leitores do site da recorrida. (f. 80/83)

Ou seja, resta caracterizado os requisitos ensejadores para a condenação à indenização do dano moral, pois evidenciada a conduta ilícita das recorridas, que por meio de sua conduta (nexo causalidade) geraram um dano moral ao apelante.

Importante mencionar que hoje em dia em que se observa a massificação da *internet*, com proliferação de redes sociais, sites jornalísticos em que as notícias são veiculadas de forma instantânea e de imediato aos fatos e acontecimentos, cabe ao público filtrar as informações recebidas face a quantidade de falsas notícias e pós verdades.

Ou seja, o que se percebe diante das mudanças dos canais de mídia, com a utilização de meios eletrônicos, é que as notícias são acessadas mais facilmente e por um número muito maior de cidadãos, o que, além do lado positivo, pois são mais abundantes as formas, fontes, e opções de informação em prol da população, há também o grande números de dados/informações que são repassadas sem qualquer verificação de veracidade, criadas, e aquelas ainda que buscam apenas ressaltar crenças e ideologias sem qualquer observação dos fatos em si.

Diante disso, essencial a função da imprensa e dos jornalistas para evitar tal proliferação de inverdades, dados equivocados, cabendo a real apuração dos fatos, com análise dos lados envolvidos, de modo a preservar a transmissão fiel e verdadeira aos leitores.

Tem-se em evidência inclusive a chamada pós verdade sendo que departamento da universidade de Oxford, considerando a importância na atualidade, principalmente em face do meio político e eleições

internacionais do ano de 2016, conceituou como " *circunstância em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos a emoção e crença pessoal*".[1]

Isso quer dizer que tem ocorrido muito a prevalência de sensacionalismo, a importância em emoção, opinião e o que se pode instigar na opinião pública, do que realmente o fato objetivo que deve ser repassado, isto é, deixa-se ter por finalidade a informação, o que não pode ser admitido ou ainda deixado de ser analisado quando tal situação gera um dano.

Na situação do caso concreto, o dano moral resta caracterizado pela forma em que foi divulgada a notícia, comprovadamente equivocada em alguns pontos, com dados distorcidos do trâmite processual discutido, em que o recorrente fazia parte, e conquanto garantido o direito de defesa e feita nota de esclarecimento, a reportagem, objeto de discussão, gerou efeitos em desfavor do apelante, por isso o dever de indenizar.

O dano moral, nos dizeres de Yussef Said Cahali[2], é *"Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza (...)"*.

Percebe-se, então, que à luz da Constituição vigente, o dano moral é aquele que decorre da violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Ainda que se relacione com sentimentos de dor, vexame ou humilhação, deve-se atentar que o dano moral não está ligado à reação da vítima - até porque eles não suscetíveis de serem avaliados em termos pecuniários, em sua precisa extensão, mas à violação aos direitos da personalidade, constitucionalmente garantidos. Eventual dor ou sofrimento experimentado pela vítima será consequência do dano (e com ele não se confundido). Daí entra a função compensatória do dano moral.

O valor da indenização pelos danos morais deve ser fixado ao arbítrio do juiz, de forma moderada e equitativa, respeitando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro.

A análise deve ser caso a caso, estipulando-se um valor razoável, que não seja irrelevante ao causador do dano (possibilite a satisfação compensatória) e que cumpra a sua função de desestímulo/prevenção a novas práticas lesivas (caráter punitivo).

É o que se colhe da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> *Para a quantificação do dano moral deve-se levar em conta a condição social das partes, a gravidade da lesão, o caráter punitivo para o agente e a natureza compensatória da condenação para a vítima, não podendo ser fonte de locupletamento.* (STF-Excerto de acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento 455846/RJ-Informativo 364).

Pois bem. Tendo tais considerações em mente, entendo por proporcional e razoável a quantia de R$ 20.000,00, considerando ainda os parâmetros adotados por este Tribunal, não se mostrando tal quantia excessiva ou abusiva.

1 www.conjur.com.br/2016-dez-05/henrique-carvalho-efeitos-pos-verdade.

2 Cahali, Yussef Said. Dano moral / Yussef Said Cahali – 3. Ed. Rev., ampl. E atual. Conforme o Código Civil de 2002. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 11.

Muito pelo contrário, referido montante está em consonância com valores indenizatórios fixados em casos semelhantes por este tribunal e sua fixação atenta-se às peculiaridades do caso concreto e à necessidade de prevenir/desestimular a reiteração dessas práticas lesivas por parte das instituições financeiras.

No que tange aos juros de mora devem incidir nos termos da súmula 54 do STJ, por se tratar de relação extracontratual e correção monetária da data do arbitramento, conforme sumula 362 do STJ.

Diante do julgamento procedente do pedido, inverte-se o ônus da sucumbência, os quais ficam fixados nos termos do art. 85, §2º do CPC, em 10 % sobre o valor da condenação.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, ouso divergir do Eminente Relator e dou provimento ao recurso para condenar as recorridas ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos de juros e correção monetária. Invertendo-se o ônus da prova.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Eu tive acesso ao voto do Des. Alexandre Bastos e reanalisei os autos e a solução por ele proposta é a mais justa, portanto retifico o meu voto para acompanhar o voto do 2° vogal.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1° Vogal)

Retifico o meu voto e acompanho voto do 2° vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º vogal, após o relator e o 1º vogal terem retificado seus votos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 07 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0840051-51.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO DE FALSA IMPUTAÇÃO DE CRIME - REVELIA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR – NÃO CABIMENTO – CONTRADIÇÃO COM A PROVA DOS AUTOS – DIREITO INDISPONÍVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O efeito material da revelia não tem lugar nas hipóteses em que as alegações de fato formuladas pelo autor sejam inverossímeis ou estejam em contradição com a prova constante dos autos, conforme previsão do art. 345, IV do CPC. *In casu*, a alegação de que a ré agiu de forma ilícita ao representar criminalmente o autor, além de inverossímil, vai de encontro à prova constante nos autos, pois o próprio apelante admite que causou intencionalmente as lesões na parceira, de forma que a conduta de registrar boletim de ocorrência não pode ser tida como injusta, temerária, leviana, configuradora de ato ilícito, mas, sim, exercício regular do direito de uma pessoa que é vítima de violência.

A presunção de veracidade como efeito da revelia incide tão somente sobre os fatos alegados pelo autor, e não sobre suas consequências, tampouco sobre o juízo de valor que o autor faz dos fatos. Assim, não há como aplicar a presunção de veracidade sobre a alegação de que a ré teria consentido com a lesão corporal, pois isso é um juízo de valor do autor, mero achismo. Consequentemente, não se tem por verdadeira a alegada injustiça da conduta da ré de representar criminalmente o autor.

A revelia também não opera seu efeito material se o litígio versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II do CPC) e o consentimento do ofendido só tem o condão de excluir a ilicitude do ato quando a ofensa recai sobre bens jurídicos disponíveis. Ainda que se admita a disposição do próprio corpo, isso não pode ser utilizado para o fim de retirar do ofendido que consente com a lesão o direito de arrepender-se e denunciar a ofensa. Caso contrário, estar-se-ia desviando a finalidade do instituto do consentimento do ofendido como causa excludente da ilicitude, a qual visa tão somente a não punição do autor da ofensa, e, não, a punição do ofendido.

O contexto reportado nos autos aparenta um típico caso de violência doméstica, em que o homem procura justificar a violência sexual na alegação de que houve o consentimento da parceira. E a mulher, quando encontra coragem para denunciar o fato, acaba sendo intimidada, para não dizer ameaçada, sendo forçada a "voltar atrás". É por isso também que a alegação de que a ré arrependeu-se de ter registrado o boletim de ocorrência, na hipótese dos autos, é inverossímil, e não condiz com a triste realidade vivenciada por grande parte das mulheres. Pelos mesmos motivos, neste específico caso, não se pode atribuir à revelia o significado de um evento processual! Ao contrário, longe de representar desídia com o fato de ter que indenizar o homem que nela bateu, o absenteísmo da ré pode significar medo e intimidação.

Recurso 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, 3 de maio de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposta por Samy Davis Balhesteiros Soares em face da Sentença de f. 57/60, que julgou improcedente os pedidos contidos na ação de reparação de danos morais, proposta em desfavor de Jacqueline Rios Coelho.

Em suas razões (f. 63/70), o apelante alega que foi denunciado caluniosamente como sendo autor de crimes jamais cometidos, tendo, em decorrência disso, sofrido diversos transtornos em sua vida. Defende que imputar crime a pessoa sabendo ser inocente, atenta contra a dignidade da administração da justiça, devendo a intenção de prejudicar o requerente ser reparada a título de danos morais. Ao final, requer seja reformada a decisão *a quo* e seja a requerida condenada ao pagamento de indenização no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Intimada (f. 74), a Apelada deixou de apresentar contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Samy Davis Balhesteiros Soares em face da sentença de f. 57/60, que julgou improcedentes os pedidos contidos na Ação de reparação de danos morais, proposta em desfavor de Jacqueline Rios Coelho.

Mérito

O apelante requer a reforma da sentença para que seja reconhecida a ilicitude do ato da apelada de imputar-lhe falsamente a prática de crime, postulando indenização a título de danos morais.

O pleito não merece prosperar.

Na inicial, o autor afirma, em síntese, que durante certo tempo de sua vida, ele e a ré mantiveram um relacionamento caracterizado por encontros casuais, com o único objetivo de terem relação sexual, e que, em uma dessas ocasiões, *"desferiu três tapas nas nádegas direita da parceira e mordeu a nádega esquerda"*, o que teria ocorrido de forma consentida.

Aduz que, posteriormente, motivado pelo compromisso de namoro que já havia assumido com outra pessoa, comunicou à Ré que não tinha mais interesse em manter os encontros, razão pela qual, movida unicamente por sentimento de vingança, a requerida apresentou-se à autoridade policial como vítima de crime de lesão corporal, dando ensejo à instauração de inquérito e posterior ação penal contra o autor.

Afirma que as lesões por ele causadas no corpo da requerida ocorreram num contexto de masoquismo e que, por isso, não cometeu crime algum, tanto que foi absolvido na ação penal por ausência de provas.

Diante disso, pretende seja a ré condenada à obrigação de indenizar-lhe os danos morais sofridos em razão da injusta persecução penal.

Em que pese a revelia da recorrida, não há como presumirem verdadeiras as alegações do Autor, no sentido de que ela imputou-lhe a prática de crime que não cometeu, dando causa a injusta investigação criminal.

Isso porque a revelia não produz o mencionado efeito, de presunção de veracidade, nas hipóteses em que as alegações de fato formuladas pelo autor sejam inverossímeis ou estejam em contradição com a prova constante dos autos, conforme previsão do art. 345, IV do CPC.

É o que ocorre no caso em apreço.

Não há verossimilhança na alegação de que a lesão não tenha configurado crime, e que, portanto, a denúncia feita pela recorrida tenha sido temerária e injusta. Tanto que a absolvição do apelante no processo criminal não se deu pela prova de inexistência do crime, mas, por ausência de provas de seu cometimento.

Para além de ser inverossímil essa alegação, ela vai de encontro à prova constante nos autos, pois, como visto, o próprio apelante admite que lesionou intencionalmente a recorrida, de forma que a conduta da Ré de registrar boletim de ocorrência não pode ser tida como injusta, temerária, leviana, configuradora de ato ilícito, mas, sim, exercício regular do direito de uma pessoa que foi vítima de violência.

É importante consignar que a presunção de veracidade como efeito da revelia incide tão somente sobre os fatos alegados pelo autor, e não sobre suas consequências, tampouco sobre o juízo de valor que o autor faz dos fatos.

Eis trecho da obra de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

> *"Ela só pode dizer respeito aos fatos, nunca ao direito: fará o juiz, em princípio, concluir que eles ocorreram na forma como o autor narrou, mas não o obrigará a extrair as consequências jurídicas pretendidas pelo autor."*[1]

In casu, o autor pretende que o ato da ré de fazer a comunicação de crime seja considerado ilícito sob o argumento de que as lesões ocorreram com seu consentimento, o que excluiria a configuração de crime.

No entanto, não há como aplicar a presunção de veracidade sobre a alegação de que a ré teria consentido com a lesão corporal, pois isso é um juízo de valor do Autor, mero achismo, sobre o qual não incide o efeito material da revelia. Consequentemente, não se tem por verdadeira a alegada injustiça da conduta da ré de representar criminalmente o autor.

1 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 344.

Ainda que se admitisse o contrário, ou seja, que o efeito da revelia, no caso, pudesse incidir sobre a alegação de que a recorrida, por ter consentido com as lesões, agiu de má-fé ao denunciar o Apelante, a hipótese subsumir-se-ia a outra exceção prevista no art. 345 do CPC, qual seja, a de que não opera a presunção de veracidade se o litígio versar sobre direitos indisponíveis (inciso II).

Ora, o consentimento do ofendido só tem o condão de excluir a ilicitude do ato quando a ofensa recai sobre bens jurídicos disponíveis.

Ainda que se admita a disposição do próprio corpo, o que não é objeto da presente análise, isso não pode ser utilizado para o fim de retirar do ofendido que consente com a lesão o direito de arrepender-se e denunciar a ofensa. Caso contrário, estar-se-ia desviando a finalidade do instituto do consentimento do ofendido como causa excludente da ilicitude, a qual visa tão somente a não punição do autor da ofensa, e, não, a punição do ofendido.

Na hipótese dos autos, o autor quer se valer da figura do consentimento da ré não apenas para justificar seu ato de violência, eximindo-se de qualquer responsabilidade, como também para punir a própria ofendida, obrigando-a a pagar indenização, o que é ilógico.

Além disso, o contexto reportado nos autos aparenta um típico caso de violência doméstica, em que o homem, dotado do mais profundo sentimento de machismo, em nome de sua "virilidade", procura justificar a violência sexual na alegação de que houve o consentimento da parceira. E a mulher, quando encontra coragem para denunciar o fato, acaba sendo intimidada, para não dizer ameaçada, sendo forçada a "voltar atrás".

A hipótese é tão recorrente que não mais se exige representação para a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos no contexto de violência doméstica, impedindo, assim, que o medo da mulher de prosseguir com a ação acarrete na impunidade do homem.

Desse modo, é indiscutível que a integridade física e o direito da mulher de comunicar atos de violência são indisponíveis, inclusive, para fins de aplicação do efeito material da revelia.

É por isso também que a alegação de que a Ré arrependeu-se de ter registrado o boletim de ocorrência, na hipótese dos autos, é inverossímil, e não condiz com a triste realidade vivenciada por grande parte das mulheres.

Pelos mesmos motivos, neste específico caso, não se pode atribuir à revelia o significado de um evento processual. Ao contrário, longe de representar desídia com o fato de ter que indenizar o homem que nela bateu, o absenteísmo da ré pode significar medo e intimidação.

Nesse sentido, é a presente decisão não apenas para indeferir o pedido do Autor, mantendo a Sentença, mas declarar altamente reprovável seu ato de pleitear danos morais contra a vítima da violência que assumidamente cometeu!

Dispositivo

Ante o exposto, conheço da Apelação e nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença que julgou improcedente a presente ação indenizatória por danos morais.

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. Paulo Alberto de Oliveira

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 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1403722-57.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE GUARDA E ALIMENTOS – DECISÃO QUE ENCAMINHA O FEITO PARA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E/OU MEDIAÇÃO – AGRAVANTE EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – IMPOSSIBILIDADE DE SUBMETER À VÍTIMA AO ENCONTRO COM O PRÓPRIO AGRESSOR – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – MEDIDA PROTETIVA FIXADA – IMPOSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Consoante sabido o Novo Código de Processo Civil prioriza os métodos de solução consensual de conflitos, exprimindo como obrigatória a audiência de conciliação ou mediação, com exceção dos casos em que as partes manifestarem desinteresse ou quando a autocomposição for inadmitida (inteligência do artigo 334 do CPC). Ocorre que tal regra não pode ser tida como absoluta.

A notícia de ocorrência de situação de violência doméstica entre as partes inviabiliza a autocomposição, sob pena se ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos individuais fundamentais.

Não há como obrigar a vítima de violência doméstica que enfrente, encontre, conviva ou se relacione com seu próprio agressor, seja por um minuto ou uma hora, sob o pretenso – e estritamente processualista – fundamento de se fazer cumprir norma técnica que será sabidamente ineficaz no caso.

Ao ferir o princípio da isonomia demonstra-se que eventual acordo que pudesse ser realizado, muito provavelmente não retrataria a real vontade das partes, em especial da mulher, que ao se encontrar fragilizada e em posição de inferioridade/subordinação, muitas vezes se encontra tolhida da sua autonomia de vontade e liberdade.

Sem o empoderamento feminino, tão necessário para a autocomposição justa e efetiva às partes, a audiência se torna ineficaz.

Além de desarrazoada, portanto, a realização de audiência causaria violação à medida protetiva fixada, o que não seria só contraditório mas também exporia a vítima à risco concreto e desnecessário.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por M. K. G. M., em face da decisão proferida às f. 27 dos autos da ação de guarda e alimentos ajuizada em desfavor de D. L. T. K. (n. 0806368-86.2017.8.12.0001).

A recorrente se insurge contra a decisão que concedeu a guarda da menor N. K. G. K. em favor da agravante, fixando alimentos provisórios em 30% do salário mínimo a ser pago pelo recorrido, além de determinar o encaminhamento dos autos ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJ/MS, para a designação da respectiva audiência de mediação/conciliação, nos termos do art. 334 do CPC.

Pede a reforma da decisão para que seja cancelada a realização da audiência de mediação, pois foi vítima de violência doméstica e o encontro de ambos irá piorar a situação, colocando a agravante em situação de risco.

Disse que *"(...) a aplicação das soluções consensuais de conflitos deve observar a autonomia da vontade das partes e dos direitos individuais, excepcionando sua aplicação quando a (ou transação) é inadmissível, a exemplo dos casos de violência doméstica."* (f. 7)

Em decisão de f. 39/43 o recurso foi recebido no efeito devolutivo e suspensivo.

Não foi apresentada contraminuta ao recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 55/62 pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por M. K. G. M., em face da decisão proferida às f. 27 dos autos da Ação de Guarda e Alimentos ajuizada em desfavor de D. L. T. K. (n. 0806368-86.2017.8.12.0001) .

Do mérito

Pugna a agravante pela reforma da decisão combatida para que seja cancelada a realização da audiência de mediação, pois foi vítima de violência doméstica e o encontro de ambos irá piorar a situação, colocando a agravante em situação de risco.

O recurso merece prosperar, pelos motivos a seguir expostos.

A decisão combatida encaminhou o feito para o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJ/MS, para a designação da respectiva audiência de mediação/conciliação, nos termos do art. 334 do CPC.

Consoante sabido o Novo Código de Processo Civil prioriza os métodos de solução consensual de conflitos, exprimindo como obrigatória a audiência de conciliação ou mediação, com exceção dos casos em que as partes manifestarem desinteresse ou quando a for inadmitida (inteligência do artigo 334 do CPC).

Aliás, tal entendimento mostra-se ainda mais interessante e eficiente em conflitos envoltos no direito de família, buscando justamente a preservação dos vínculos familiares e interesses das partes.

Ocorre que tal regra não pode ser tida como absoluta.

No caso em análise a agravante é vítima de violência doméstica e familiar por parte do agravado.

Tendo isso em mente resta patente que o fato de o agravado não ter se insurgido contra a audiência, por si só, não impõe a sua realização.

A notícia de ocorrência de situação de violência doméstica entre as partes inviabiliza a, sob pena se ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e outros direitos individuais fundamentais.

Não há como obrigar a vítima de violência doméstica que enfrente, encontre, conviva ou se relacione com seu próprio agressor, seja por um minuto ou uma hora, sob o pretenso – e estritamente processualista – fundamento de se fazer cumprir norma técnica que será sabidamente ineficaz no caso.

Como bem destacado pela Procuradoria-Geral de Justiça às f. 60, a Lei da Mediação *"elege a isonomia das partes como fundamento basilar para a , sendo certo, em contrapartida, que nos casos familiares com histórico de violência doméstica contra a mulher referida isonomia não se fará presente por completo, havendo nítida situação de desigualdade entre as partes (agressor e agredida)"*.

Ao ferir o princípio da isonomia demonstra-se que eventual acordo que pudesse ser realizado, muito provavelmente não retrataria a real vontade das partes, em especial da mulher, que ao se encontrar fragilizada e em posição de inferioridade/subordinação, muitas vezes se encontra tolhida da sua autonomia de vontade e liberdade.

Sem o empoderamento feminino, tão necessário para a justa e efetiva às partes, a audiência se torna ineficaz.

Se não bastasse isso, há medida protetiva fixada em favor da agravante, que impede a aproximação do agravado e contato deste com a recorrente, devendo aquele manter distância de no mínimo 100 metros desta (Autos n 0001583-45.2017.8.12.0800).

Além de desarrazoada, portanto, a realização de audiência causaria violação à tal medida, o que não seria só contraditório mas também exporia a vítima à risco concreto e desnecessário.

Como a própria parte agravante destaca (f. 09):

> *Seguindo a perspectiva destacada pelo relatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o poder de negociação da mulher em situação de violência doméstica pode não estar presente nessas audiências de conciliação/mediação, em razão da internalização da violência sofrida, que altera a força pessoal da mulher para tomar escolhas que não sejam baseadas exclusivamente no medo ou na busca por sair daquela situação de todas as formas.*
>
> *Além disso, o fato de que colocar as partes frente a frente revitimiza a mulher em situação de violência doméstica e familiar ou pode, até mesmo, colocar a mulher em risco, nos casos em que há perigo de que novas violências aconteçam.*
>
> *A Agravante sofreu violência de diversas ordens, que sem dúvida nenhuma, abalam o seu aspecto emocional e psicológico. Na petição inicial, ficou demonstrado que, não obstante a separação, o Agravado ainda praticou atos de violência física e psicológica.*

> *Verifica-se, portanto, que qualquer mediador (a), por mais bem-intencionado (a) que possa ser, violará os direitos da Agravante, que não deseja manter contatos com o Agravado, tão pouco negociar ou abrir concessões, conforme declaração anexa.*

Sendo assim, utilizando-se da sensibilidade que o caso requer e ponderando as circunstâncias do caso concreto, deve-se prover o recurso para o fim de reformar a decisão, afastando a realização no caso de qualquer audiência de conciliação ou mediação.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, com o parecer ministerial, conheço do recurso para dar-lhe provimento, reformando a decisão combatida para que seja o feito principal julgado sem a designação de nenhuma audiência de mediação ou conciliação no caso, considerando a situação de violência doméstica vivenciada pela agravante que não só desaconselha como impossibilita a imposição de no caso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 18 de dezembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0820185-28.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIREITO DE VIZINHANÇA – RECURSO DOS AUTORES – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VIZINHO QUE DIFICULTOU O CONSERTO DE VAZAMENTO NO CONDOMÍNIO QUE OCASIONOU RACIONAMENTO DE ÁGUA E VAZAMENTO NO APARTAMENTO DE UMA DAS AUTORAS – RESISTÊNCIA E EXIGÊNCIAS INCABÍVEIS – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL – DANOS MORAIS DEVIDOS – CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO APELADO – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O caso em epígrafe se amolda ao artigo 187, do Código Civil, que estabelece que *"também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". In casu*, em virtude da resistência e exigências incabíveis impostas pelo recorrido, a decisão deve ser reformada para condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

II - Na imputação dos ônus sucumbenciais, deve-se levar em consideração o princípio da causalidade, segundo o qual responde por tais verbas aquele que indevidamente deu causa ao processo.

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 2º Vogal, de acordo com o art. 942, do CPC.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Condomínio Edifício Ana Regina e Terezinha da Silva Gomes, devidamente qualificados, interpõem apelação cível (f. 514-524) em face de Mário Sebastião da Silva, insurgindo-se contra a sentença de f. 495-501 do douto juiz da 13ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Alexandre Corrêa Leite, que julgou improcedente o pedido formulado pelos apelante em ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos e danos morais, condenando-as ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré, arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Sustenta a recorrente que ajuizou a presente demanda para que fosse determinado pelo juízo através de liminar, a entrada de engenheiros e prestadores de serviço no apartamento nº 35, de propriedade do

apelado, uma vez que havia infiltrações que acometiam outras unidades, em especial a unidade nº 25 de propriedade da 2ª requerente, já que o recorrido não permitia a entrada e vistoria do local, sendo que foi deferida a liminar que determinou o acesso dos profissionais na unidade condominial do apelado para vistoria e realização dos serviços necessários ao estancamento da infiltração no prédio.

Aduz que devem ser indenizadas pelo dano moral advindo do ato do apelado de condicionar a algumas exigências a entrada dos profissionais em seu apartamento para realização de reparos para conter vazamento no condomínio e no apartamento da segunda apelante.

Salienta que a ação foi distribuída em 25.06.2014 com pedido de liminar para permissão de acesso a unidade nº 35 de propriedade do apelado para vistoria e conserto da infiltração que atingia algumas unidades condominiais, visto que, os apelantes tentavam uma solução desde 29 de maio de 2014 com o apelado, que se recusava a colaborar e permitir acesso ao seu apartamento.

Ressalta que a exigência do apelado para acesso à sua unidade não se resumia a contratar profissional habilitado, mas a contratar engenheiro específico, o Sr. Carlos Higa, determinar prazos para início e conclusão da vistoria e eventuais consertos, escolher os locais de compra de materiais, além da disponibilização, pelo condomínio, de funcionário para realizar a limpeza nos locais do conserto, sob pena de multa diária, impondo ainda indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00 para o caso de descumprimento de qualquer condição.

Argumenta que, se o apelado não tivesse dificultado acesso ao seu apartamento, não haveria razão para propor esta ação, vez que as causas da infiltração seriam apuradas, e aconteceria o que aconteceu neste processo, o condomínio apelante se responsabilizaria pelo conserto.

Pede a reforma da sentença para que o apelado seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Plaiteia, sucessivamente, a redução do valor fixado a título de honorários advocatícios, salientando que é três vezes superior ao valor inicial da ação.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 528-546, suscitando a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade. Salienta que os fundamentos da razão de pedir não propostas no juízo inferior não poderão ser suscitados na apelação, segundo art. 1.014 do CPC.

Regularmente intimados, os apelantes se manifestaram às f. 553-556 sobre a preliminar aventada em contrarrazões.

VOTO (EM 13/12/2017)

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

Condomínio Edifício Ana Regina e Terezinha da Silva Gomes, devidamente qualificados, interpõem apelação cível (f. 514-524) em face de Mário Sebastião da Silva, insurgindo-se contra a sentença de f. 495-501 do douto juiz da 13ª Vara Cível da comarca de Campo Grande, MS, Dr. Alexandre Corrêa Leite, que julgou improcedente o pedido formulado pelos apelantes em ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos e danos morais, condenando-as ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré, arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos do NCPC, o *d. Juízo a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e está devidamente preparado (f. 525-526).

Assim, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação em seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do NCPC, e passo à sua análise.

Extrai-se dos autos que a demanda foi proposta pelos apelantes, Condomínio Edifício Ana Regina e Terezinha da Silva Gomes, em face do apelado, tendo em vista os seguintes fatos, conforme relatado na petição inicial:

> *A coautora Terezinha é idosa e reside no apartamento 25, do Condomínio Ana Regina, localizado abaixo da unidade do requerido sob nº 35, conforme consta na documentação em anexo.*
>
> *No andar superior, precisamente no apartamento nº 35, reside o requerido que vem causando conflito ao direito de vizinhança, decorrente de problemas oriundos da sua unidade de moradia, ocasionando danos por imprudência, negligência e imperícia, de ordem material e moral a autora e aos condôminos que estão enfrentando um verdadeiro "racionamento de água" diante da falta de atitude e bom senso do requerido em sanar o problema da infiltração que atinge de maneira significativa o apartamento da condômina Terezinha, e por via de consequência as demais unidades que ficam abaixo deste, inclusive a garagem do condomínio, além das outras unidades superiores afetadas pela ausência de água.*
>
> *O Condomínio em conjunto com a condômina Terezinha, tentou de todas as maneiras solucionar o problema da infiltração, que vem atingindo a lavanderia e a cozinha das unidades residenciais, tentou amigavelmente tratar com o requerido para permitir que o profissional prestador de serviços hidráulicos do condomínio, Servsul, de propriedade do Sr. Paulo 'Paulinho' adentre e faça uma vistoria em seu apartamento, no intuito de detectar as causas do vazamento e apresentar um orçamento, bem como promover os reparos necessários. Contudo, o requerido Sr. Mário não permitiu a sua entrada no imóvel.*
>
> *O requerido foi notificado pela Sra. Terezinha, em 29 de maio, conforme documento anexo, tendo contra notificando no mesmo documento sua recusa, sob o argumento de que não havia indícios de vazamento em sua unidade.*
>
> *Confessando, no entanto, que já havia sido realizado um serviço anteriormente, embora aduza que nada foi detectado, razão não lhe assiste, conforme se infere das notas fiscais, planilha de débitos e cópia do cheque emitido em favor desse, justamente porque havia vazamento na unidade, tanto que foi trocado o tanque e diversos componentes hidráulicos (responsabilidade do requerido), cujo pagamento foi realizado pelo condomínio por mera liberalidade para evitar discussões judiciais e manter a boa paz no prédio.*
>
> *O requerido alegou ainda que isso causaria transtornos à sua família, não dando importância às demais famílias prejudicadas com sua atitude, que se ressalta são em sua maioria pessoas idosas, conforme se infere do abaixo assinado, apresentado por esses ao condomínio.*
>
> *Frisa-se que, em todas as ocasiões que os autores buscam solucionar o problema, o requerido faz uma nova exigência, impossibilitando assim a vistoria e apuração do problema. Prova disso, é o contrato elaborado pelo próprio requerido, que segue anexo,*

onde faz uma série de exigências descabidas, para que seja autorizada a entrada de técnicos em seu apartamento, bem como exige a presença na obra de engenheiro escolhido por ele, por tempo integral.

Além de fixar prazos que não poderão ser cumpridos, exigir materiais ao seu arbítrio exclusivo, o requerido sabe que o prédio é antigo e por certo não serão mais encontrados pisos e azulejos iguais, motivo pelo qual faz uma série de exigências, buscando uma verdadeira reforma à custas do condomínio, além de fixar um valor de indenização por dano moral em caso de descumprimento, com isso o condomínio não pode aceitar as exigências já que estas não poderiam ser cumpridas.

Diante do que se verifica que o requerido pretende apenas opor objeções, afrontado os direitos coletivos que devem sobrepor ao individual.

Pediram a concessão de tutela de urgência que foi deferida pelo douto juízo, conforme decisão de f. 103-104.

Porém, o nobre julgador de primeiro grau julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais, tendo em vista a ausência de prova de que o réu tenha proibido a entrada em seu apartamento de profissionais habilitados para realizarem o serviço, enfatizando que era direito dele não permitir o acesso de pessoas inabilitadas.

Irresignados, os autores interpuseram o presente recurso de apelação, sendo que o réu, em contrarrazões, suscitou a preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade que passo a analisar.

Da preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade

Contrário ao que sustenta o recorrido, da simples leitura do recurso de apelação dos autores é possível extrair os pontos de sua insurgência, bem como, suas alegações para tanto, inexistindo ofensa à dialeticidade, tenha ao ou não razão o apelante, o que será enfrentado adiante.

Ademais, observa-se que os fatos trazidos na apelação foram todos relatados na petição inicial, de modo que não houve violação ao art. 1.014 do CPC.

Fato é que, o recurso observa todos os pressupostos indicados no art. 1.010[1] do CPC, não havendo outra medida pertinente, senão refutar a preliminar arguida.

Nesse sentido, já decidiu por unanimidade esta E. 4ª câmara cível:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – ALEGAÇÃO, EM SEDE DE CONTRARRAZÕES, DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA.

Se é possível extrair as razões de fato e de direito do recurso de apelação com as quais o recorrente pretende obter a modificação do julgado, nos termos do artigo 514, inciso II[2], do Código de Processo Civil, não ocorre ofensa ao princípio da dialeticidade.

Preliminar rejeitada." (TJ-MS, Apelação - Nº 0812211-03.2015.8.12.0001 - Campo Grande, 4ª câmara cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julg. 19/10/2016, publ.

1 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.

2 Correspondente ao art. 1.010 do NCPC.

21/10/2016)

Rejeito, portanto, a preliminar.

Do dano moral

É de se ver que o réu-apelado, após ser notificado pelo Condomínio-autor a respeito da suposta existência de defeito em seu apartamento que seria a causa de vazamento no apartamento da segunda apelante, de fato, condicionou a permissão de vistoria e reparos à assinatura de Termo de contrato de Acordo por ele elaborado, o qual trouxe inúmeras regras e condições, além da previsão de multa e prévio estabelecimento de indenização por danos morais (f. 28-32).

O réu foi notificado em 28 de maio de 2014, tendo em vista que não permitiu a vistoria do apartamento pela empresa Servsul (f. 52).

A contra-notificação foi encaminhada em 13 de junho de 2014 (f. 28).

Em 13 de julho de 2014 foi juntado pelas autoras o Laudo de Engenharia (f. 88-101) no qual o responsável técnico descreve o problema existente no condomínio, especificamente no apartamento da autora, salientando que a causa está no apartamento do réu, mas que não foi possível a vistoria em seu apartamento por falta de autorização para entrada (f. 100).

> *Sobreveio, então, a decisão que concedeu a tutela de urgência (f. 103-104), determinando que o réu permitisse o imediato acesso do administrador do condomínio ou seu preposto para vistoria e realização dos serviços que se fizerem necessários à cessação da infiltração nas unidades inferiores.*
>
> *Em contestação (f. 267-297), o réu alega que realmente impediu a entrada do encanador Paulinho, afirmando que o mesmo não possui qualificação técnica para a solução do problema crônico de vazamentos repetidos que o Edifício Ana Regina vem sofrendo, relatando que já houve outras obras em seu apartamento - para conserto do mesmo vazamento - que durou aproximadamente 1 ano e sete meses.*
>
> *Conta que permitiu a vistoria pelos engenheiros devidamente habilitados.*
>
> *Assim, o que se observa é que há um impasse entre o Condomínio e o réu, sendo que o réu entende que o vazamento existente no prédio é crônico e precisa ser solucionado por técnico devidamente habilitado, além de tentar impor condições para a realização dos reparos, tendo em vista obra anterior que teria afrontado direito seu, em razão da demora excessiva, falta de azulejos para reposição, etc.*
>
> *Os autores, por sua vez, argumentam que a recusa foi imotivada e merecem a reparação por danos morais, pois impedidos de solucionar o problema, uma vez que o réu não permitiu a vistoria também por profissionais devidamente habilitados, impondo a assinatura de contrato descabido, o que ocasionou a demora na solução do problema, causando transtornos à autora, moradora do apartamento 25.*
>
> *Do depoimento das testemunhas advém as seguintes conclusões: a) o vazamento estava localizado na prumada do condomínio, especificamente no encanamento na altura no apartamento do réu, de modo que só era possível o reparo se fosse por ele autorizado; b) o réu não permitiu a entrada do prestador de serviços do condomínio; c) o problema ocasionou racionamento de água por 50 dias em 12 unidades condominiais; d) o engenheiro indicado pelo réu detectou o problema e fez algumas recomendações ao condomínio tais como a instalação de uma portinhola de visita em cada apartamento por onde passe a*

prumada do condomínio, que seria um canal de acesso à tubulação para as manutenções necessárias; e) houve um vazamento anterior na prumada que gerou reparos também na altura do apartamento do réu.

Porém, da documentação carreada e do depoimento das testemunhas, observo que as exigências do réu para permitir a entrada do prestador de serviço e de outros profissionais, em que pese serem exageradas, não foram totalmente desmotivadas, tendo em vista experiência negativa anterior quando permitiu os reparos pelos prestadores de serviço do condomínio.

De fato, o réu colocou empecilhos que impediram a solução do problema que causava danos e sofrimento à segunda apelante - e a outros condôminos que não fizeram parte da relação processual -, tendo em vista o vazamento em sua unidade e o racionamento de água por 50 dias.

Porém, a meu ver não ficou devidamente comprovado o ato ilícito por parte do réu, pois a prova é dúbia a respeito das permissões de entrada, pois há depoimento de engenheiro, Carlos Higa (f. 452), que declarou ter sido chamado pelo condomínio – em que pese ter sido indicado pelo réu – que fez a vistoria, detectou o problema e fez algumas recomendações, mas não aceitou o serviço, segundo ele, devido às "picuinhas" existentes entre as parte.

O Engenheiro Wellington Alencar Onofre, que elaborou um laudo a pedido do condomínio, declarou em seu depoimento que, em um primeiro momento, não foi permitida a sua entrada, mas em outra oportunidade fez a vistoria no apartamento do réu e foi bem tratado por ele. Porém, afirma que a proibição foi informada pelo zelador do Condomínio, de modo que não sabe afirmar se, de fato, partiu do réu.

O réu, no entanto, nega que tenha proibido a entrada de engenheiros, confirmando apenas que permitiu que o problema fosse detectado pelo prestador de serviços.

Portanto, não há elementos que permitam a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais aos autores, sendo importante ressaltar que o Condomínio não teria mesmo direito à indenização, pois não foi comprovado o dano direto à sua imagem ou honra, mas aos condôminos prejudicados pela falta de água, os quais, no entanto, não fizeram parte da presente relação processual.

No diploma aplicável à espécie dispõe o art. 373, inc. I e II:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Nessa toada, oportuno trazer à baila as lições de Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer[3]:

No que concerne à verificação dos fatos narrados pelas partes, impõem-se a elas o ônus de provar os fatos que respectivamente dão suporte às suas alegações. (...) ao autor, portanto, incumbe o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu cabe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A origem dessa distribuição do ônus probatório tem natureza prática, pois cada parte tende

3 *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antônio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. 2ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2016. P. 577.

a ter maior facilidade de provar as alegações que fizer, e ética, na medida em que se espera das partes a responsabilidade de alegar apenas fatos que elas tenham reais condições de demonstrar. Caso isso não ocorra, dada a vedação ao non liquet, como técnica de julgamento, impõe-se o julgamento desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu respectivo ônus. Assim, se houver insucesso na investigação fática (o que não ocorrerá nas questões de direito, dada a aplicação do iura novit curia), sendo obrigado a julgar, deve o magistrado se valer do ônus probatório como técnica de julgamento a fim de impor decisão desfavorável à parte que não se desincumbiu de seu respectivo ônus. A distribuição legal do ônus da prova é apta a viabilizar o julgamento do juiz.

Assim, não está comprovado o ato ilícito apto a embasar o pedido de indenização por danos morais, de modo que a sentença deve ser mantida quanto a este ponto.

Dos honorários advocatícios

Os autores pleiteiam, sucessivamente, a redução do valor fixado a título de honorários advocatícios, salientando que é três vezes superior ao valor inicial da ação.

Como visto, o douto juiz *a quo* fixou os honorários advocatícios, em R$ 3.000,00 (três mil reais), com base no § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º"

No caso dos autos, o valor atribuído à causa corresponde a R$ 1.000,00 (mil reais), o que permite a fixação por equidade, tendo em vista se tratar de valor irrisório.

Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA - QUANTUM MINORADO. Nas causas de valor inestimável, irrisório ou ínfimo, o juiz poderá valer-se da equidade para fins de fixação de honorários advocatícios, conforme previsto no art. 85, §8º, do novo CPC. (TJMG - Apelação Cível 1.0344.15.001032-2/001, Relator(a): Des.(a) Mônica Libânio , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/07/2017, publicação da súmula em 18/07/2017) Ora, não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de múnus público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

Ocorre que igualmente não se pode albergar a pretensão de perceber honorários incompatíveis com o serviço prestado, dada a complexidade da matéria, a natureza da lide e, igualmente, o proveito econômico obtido com o sucesso da empreitada, com base apenas e tão somente no valor atribuído à causa.

Penso que, no caso, em que pese a renúncia, pelas autoras, do direito em relação ao pedido de obrigação de fazer o conserto, deve-se levar em consideração a necessidade de instauração da demanda para obter provimento jurisdicional que, ao final, trouxe solução à lide, uma vez que os reparos foram feitos e permitidos somente após a concessão da liminar.

Assim, levando-se em consideração a natureza, complexidade e a importância da causa, bem como o tempo despendido na presente demanda, e atendendo aos parâmetros definidos no art. 85, §§ 2°, 3° e 8°, do Novo Código de Processo Civil, penso que o valor arbitrado deve ser reduzido para R$ 1.000,00 (mil reais).

Dispositivo

Ante o exposto, rejeito a preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade, conheço do recurso interposto por Condomínio Edifício Ana Regina e Terezinha da Silva Gomes e lhe dou parcial provimento apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios para o importe de R$ 1.000,00 (mil reais).

Na forma do § § 1º e 11 do art. 85 do NCPC[4], e diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento de honorários advocatícios recursais, os quais fixo em R$ 400,00 (quatrocentos reais), sendo que 30% deste valor deve ser pago pelos recorrentes e 70% pelo recorrido em favor do advogado *ex adverso*.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o Relator rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso. o 2º Vogal aguarda.

VOTO (31/01/2018)

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (1º Vogal)

Condomínio Edifício Ana Regina e Terezinha da Silva Gomes interpõem recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, na ação de obrigação de fazer c/c danos morais, ajuizada em face de Mário Sebastião da Silva, que julgou improcedente o pedido, condenando-as ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da ré, arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais).

A parte recorrente alega que ajuizou a presente ação para que fosse determinado pelo juízo, através de liminar, a entrada de engenheiros e prestadores de serviço no apartamento nº 35, de propriedade do recorrido, uma vez que havia infiltrações que acometiam outras unidades, em especial a unidade nº 25 de propriedade da 2ª requerente, já que o recorrido não permitia a entrada e vistoria do local. Aduz que a liminar foi deferida, determinando-se o imediato acesso dos profissionais na unidade condominial do apelado para vistoria e realização dos serviços necessários ao estancamento da infiltração no prédio, sob pena de multa (f. 103/104).

Sustenta que há necessidade de indenização pelo dano moral oriundo do ato do apelado de condicionar a algumas exigências a entrada dos profissionais em seu apartamento para realização de reparos para conter vazamento no condomínio e no apartamento da segunda recorrente.

Assevera que a ação foi distribuída em 25.06.2014 com pedido de liminar para permissão de acesso a unidade nº 35 de propriedade do apelado para vistoria e conserto da infiltração que atingia algumas unidades condominiais, visto que os apelantes tentavam uma solução desde 29 de maio de 2014 com o apelado, que se recusava a colaborar e permitir acesso ao seu apartamento.

4 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

.....

§ 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.

Ressalta que a exigência do apelado para acesso à sua unidade não se resumia a contratar profissional habilitado, mas sim contratar engenheiro específico, o Sr. Carlos Higa, determinar prazos para início e conclusão da vistoria e eventuais consertos, escolher os locais de compra de materiais, além da disponibilização, pelo condomínio, de funcionário para realizar a limpeza nos locais do conserto, sob pena de multa diária, impondo ainda indenização por danos morais no valor de R$ 2.000,00 para o caso de descumprimento de qualquer condição.

Salienta que, se o apelado não tivesse dificultado acesso ao seu apartamento, não haveria razão para propor a ação, uma vez que as causas da infiltração seriam apuradas, e o condomínio apelante se responsabilizaria pelo conserto.

Requer a reforma da sentença, para o fim de que o apelado seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais.

Sucessivamente, requer a redução do valor fixado a título de honorários advocatícios, salientando que é três vezes superior ao valor inicial da ação.

Contrarrazões às f. 528/546, suscitando a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade. Aduz que os fundamentos da razão de pedir não propostas no juízo inferior não poderão ser suscitados na apelação, consoante artigo 1.014 do CPC.

Os apelantes se manifestaram às f. 553/556 sobre a preliminar aventada em contrarrazões.

O desembargador relator entendeu pelo parcial provimento do recurso, apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios para o importe de R$ 1.000,00 (mil reais).

Peço vênia para divergir do voto do relator e dar provimento ao recurso, mormente no que tange à necessidade de condenação do apelado em danos morais.

Analisando os autos, percebe-se que houve sim ato ilícito do apelado, uma vez que elaborou um contrato leonino, com o escopo de forçar o condomínio recorrente a se responsabilizar e contratar engenheiro específico (Sr. Carlos Higa) para entrar no apartamento, vistoriar e realizar os consertos necessários, sem franquear aos recorrentes o acesso ao mesmo.

O condomínio apelante buscou ter acesso ao apartamento do apelado para apurar o fato e a origem do vazamento, verificando se era responsabilidade do condomínio ou do apartamento do recorrido, para somente então tomar as medidas cabíveis. Entrementes, obteve como resposta um contrato com exigências para acesso a sua unidade condominial, de tal sorte que, como corolário, os recorrentes lançaram mão da propositura da referida demanda judicial.

Resta incontroverso que, se o apelado não tivesse dificultado acesso ao seu apartamento, não haveria razão para propor a ação, uma vez que as causas da infiltração seriam apuradas e o condomínio apelante se responsabilizaria pelo conserto. Anote-se que ficou patente que o acesso só foi possível após o deferimento liminar, e não por ato voluntário da parte apelada.

Gize-se que a falta de boa vontade e de bom senso do apelado em ajudar o condomínio apelante a descobrir as causas do vazamento deve ser reparada.

> *Ademais, entendo que o caso em epígrafe se amolda ao artigo 187, do Código Civil, que estabelece que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".*

Portanto, em virtude da resistência e exigências incabíveis impostas pelo recorrido, a decisão deve ser reformada para condenar o recorrido ao pagamento de indenização por danos morais, devendo ser considerados para tanto: a) o desgaste e a vã tentativa de composição amigável para vistoria no apartamento nº 35; b) a espera de 50 (cinquenta) dias para ver resolvida a situação; c) a necessidade de contratação de advogado para ajuizar e acompanhar a ação; d) a elevada idade da apelante, que ficou impossibilitada de usar as dependências do imóvel, área de serviço, que ficou tomada pela água, consoante demonstrado nas fotografias anexadas aos autos. Desta feita, entendo perfeitamente cabível a indenização pelos danos morais sofridos pela apelante Terezinha da Silva Gomes.

O objetivo da indenização por dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco[5]

> *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.*

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar a parte autora um lenitivo, confortando-a pelo constrangimento moral a que foi submetida, e de outro lado serve como fator de punição para que o requerido reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos, já que se a vida em sociedade impõem obrigações, a vida em condomínio as impõem em muito maior escala, limitando o direito de propriedade para preservar inclusive o direito a viver em razoável conforto sem inconvenientes maiores.

Aplicando-se esses parâmetros ao caso em tela, entendo que o valor a título de danos morais deve ser fixado em R$ 500 (quinhentos reais), e embora não observados integralmente os requisitos da proporcionalidade e razoabilidade ante os incômodos que certamente a conduta do requerido causou, serve de lenitivo moral a requerente pessoa física; já que no caso o condomínio entendo não ser pessoa jurídica passível de dano moral no presente caso; evitando por outro lado deflagrar cizânia ainda maior entre os condôminos.

Ante o exposto, divergindo do eminente relator, conheço da apelação interposta, e dou-lhe provimento, para o fim de condenar o recorrido Mário Sebastião da Silva ao pagamento de indenização por danos morais à recorrente Terezinha da Silva Gomes, no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Com o resultado do julgamento, considerando o princípio da causalidade, condeno o apelado ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios, sendo que estes fixo no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), na forma do artigo 85, §8º do Código de Processo Civil/2015.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Acompanho o voto do Relator.

Por maioria, rejeitaram a preliminar e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento em face da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942, do CPC.

5 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil.* 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123.

VOTO (EM 27/02/2018)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (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 2º vogal, de acordo com o art. 942, do CPC.

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, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0804161-25.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – SOCIEDADES QUE POSSUEM NATUREZA JURÍDICA DISTINTAS, PATRIMÔNIOS PRÓPRIOS E QUE SÃO DISTINTAS ENTRE SI – IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO DOS BENS DA SOCIEDADE CONSTITUÍDA SOB ESSE REGIME SOCIETÁRIO – LEGALIDADE DELE – HONORÁRIOS MANTIDOS – APELAÇÃO DESPROVIDA.

Sociedades formadas sob o regime societário previsto nos artigos 265 e seguintes da Lei 6.404/76, possuem personalidade jurídica e patrimônio distintos, de tal forma que não podem ser penhorados/arrestados bens pertencentes à empresa que não foi partícipe da relação processual executiva, a qual se constitui como terceiro em relação ao feito executivo, com aptidão de colocar a salvo bens próprios da constrição judicial.

Uma vez que, na fixação dos honorários, a sentença respeitou o disposto no artigo 85, §§ 2º, Incs. I a IV, 8º, do CPC, deve ser mantida inalterado o *decisum*.

Pela nova sistemática do Código de Processo Civil/15, 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 (art. 85, § 11, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Portal Comércio e Locação de Equipamentos Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível de Três Lagoas, nos Embargos de Terceiro nº 0804161-25.2015.8.12.0021, ajuizada por Galvão Logística, Exportação e Importação Ltda.

Relata que a sentença recorrida deu procedência aos embargos de terceiro nº 0804161-25.2015.8.012.0021, com o fim de restituir os bens penhorados nos autos nº 0801400-21.2015.8.12.0021. Afirma ainda que tais bens a propriedade resolvida em favor do Banco Caterpillar S/A. (Autos n. 0801512-

19.2017.8.12.0021 - 1136411- 68.2016.8.24.0100). Assevera que a apelada em momento algum informou acerca da alienação fiduciária de tais máquinas, o que poderia ter esvaziado a constrição realizada.

Assevera que na execução a Galvão Engenharia tratou os bens como de sua propriedade e nunca alegou que pertenciam à Galvão Logística. Afirma que nos documentos colacionados é possível verificar que há identidade de contabilidade e patrimônio entre as empresas Galvão Logística e Galvão Engenharia, caracterizando a existência de grupo econômico.

Além disso: "*Assim, a leitura atenta das circunstâncias fáticas acima denunciada e demais documentos que integram os presentes autos denunciam que a recorrente foi induzida à titularidade dos bens como pertencentes à Galvão Engenharia S/A.*" (f. 758).

Defende que a despeito do princípio da causalidade, este deve ser aliado ao da equidade, e, assim, a verba honorária deve ser reduzida (fixada em 10% sobre R$ 1.800.000,00 – valor da causa), devendo ser considerado que o crédito do recorrente não foi recebido e não há qualquer garantia de que o será.

Requer a reforma da sentença, para o fim de reduzir equitativamente a condenação em honorários, uma vez que fixada em valor exorbitante.

Contrarrazões às f. 784-792, pugnando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Portal Comércio e Locação de Equipamentos Ltda interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pela Juíza da 2ª Vara Cível de Três Lagoas, nos Embargos de Terceiro nº 0804161-25.2015.8.12.0021, ajuizada por Galvão Logística, Exportação e Importação Ltda.

Relata que a sentença recorrida deu procedência aos embargos de terceiro nº 0804161-25.2015.8.012.0021, com o fim de restituir os bens penhorados nos autos nº 0801400-21.2015.8.12.0021. Afirma ainda que tais bens a propriedade resolvida em favor do Banco Caterpillar S/A. (Autos n. 0801512-19.2017.8.12.0021 - 1136411- 68.2016.8.24.0100). Assevera que a apelada em momento algum informou acerca da alienação fiduciária de tais máquinas, o que poderia ter esvaziado a constrição realizada.

Assevera que na execução a Galvão Engenharia tratou os bens como de sua propriedade e nunca alegou que pertenciam à Galvão Logistíca. Afirma que nos documentos colacionados é possível verificar que há identidade de contabilidade e patrimônio entre as empresas Galvão Logística e Galvão Engenharia, caracterizando a existência de grupo econômico.

Além disso: "*Assim, a leitura atenta das circunstâncias fáticas acima denunciada e demais documentos que integram os presentes autos denunciam que a recorrente foi induzida à titularidade dos bens como pertencentes à Galvão Engenharia S/A.*" (f. 758).

Defende que a despeito do princípio da causalidade, este deve ser aliado ao da equidade, e, assim, a verba honorária deve ser reduzida (fixada em 10% sobre R$ 1.800.000,00 – valor da causa), devendo ser considerado que o crédito do recorrente não foi recebido e não há qualquer garantia de que o será.

Requer a reforma da sentença, para o fim de reduzir equitativamente a condenação em honorários, uma vez que fixada em valor exorbitante.

Contrarrazões às f. 784-792, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. Decido.

Recebo o presente recurso em ambos os efeitos em razão da disposição contida no artigo 1.012, do CPC/2015, segundo o qual, em regra, a apelação terá efeito suspensivo.

No que se refere a alegação de configuração de grupo econômico entre as empresas Galvão Engenharia e Galvão Logística, não assiste razão ao apelante, primeiramente por que conforme consignado na sentença e ao contrário do que defende a recorrente, os documentos que instruem os autos não levam a essa conclusão, deixando evidente somente que a Galvão Engenharia é sócia-quotista Galvão Logística, Exportação e Importação Ltda (contrato social de f. 388), juntamente com a Empresa Nacional de Participações S/A.

Além disso, como corretamente destacado no *decisum*: "*(...), mesmo sendo a executada Galvão Engenharia S/A (GESA) sócia controladora da empresa embargante e possuir 99% (noventa e nove por cento) de seu capital social, referido fato, por si só, não tem o condão de excluir a embargante da condição de terceira, por tratar-se de pessoas jurídicas distintas, com CNPJ diferentes.* ***Com efeito, reza o artigo 266 da Lei 6.404/76: "Art. 266. As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos.***" destaquei.

Ou seja, mesmo na hipótese de Grupo Econômico, as empresas que o compõe preservam sua personalidade jurídica e seu patrimônio, não existindo responsabilidade solidária entre elas.

Este foi o entendimento adotado pela 4ª Câmara Cível, por ocasião do julgamento de caso semelhante, (Apelação nº 0804135-27.2015.8.12.0021 - Três Lagoas, parte: Galvão Engenharia S/A, interessada: Sinopec Petroleum do Brasil Ltda e apelante: Galvão Logística, Exportação e Importação Ltda), conforme podemos observar da transcrição de trecho pertinente do voto do Desembargador Dorival Renato Pavan, vejamos:

> *"A constituição das empresas, nas modalidades constantes dos autos, foi em muito antecedente à constituição do Consórcio UFN III, este destinado a executar as obras do empreendimento sob responsabilidade da Petrobrás, em Três Lagoas, como se constata do documento de f. 17, revelando que foi ela constituída, ainda, no ano de 2005, com CNPJ distinto da Galvão Engenharia S.A., a qual é apenas sócia da embargante apelante. Se a Galvão Engenharia S.A. detém 99% do capital social da Galvão Logística, tal é irrelevante para os fins objetivados nesta ação. O fato inconsteste é que se tratam de pessoas jurídicas completamente distintas e não existe confusão patrimonial entre ambas. Nem se pode acoimar de procedimento que visaria fraudar credores no ato de constituição da GALVÃO LOGÍSTICA com a participação da GALVÃO ENGENHARIA em seu quadro societário, porque a lei admite tal forma empresarial. A se albergar o pensamento do douto juízo de primeiro grau, com o máximo respeito, a maior parte dos grandes conglomerados empresariais deveria ser também taxado como empresas constituídas com o objetivo de fraudar a lei, dela estando a margem, quando não é essa a conclusão que se afere pela observação da legislação aplicável na espécie. Com efeito, até para fins de planejamento societário e tributário, ou ainda por estratégia comercial, a Lei 6.406/76 alberga a forma de empreendimento pela qual se constituiu a GALVÃO LOGÍSTICA, aqui embargante, como se afere dos artigos 265 e seguintes da referida lei, que trata, ali, do GRUPO DE SOCIEDADES. Nada existe de irregular, ilegalidade ou ilicitude nessa forma de constituição empresarial."*

Também deve ser indeferido o pedido de redução da verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa. Inicialmente, convém observar que o valor de R$ 1.800.000,00 foi atribuído à causa pela própria recorrida (f. 13).

Observem que o parágrafo 2º, do artigo 85, do CPC, normatiza que:

> *Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*
>
> *I - o grau de zelo do profissional;*
>
> *II - o lugar de prestação do serviço;*
>
> *III - a natureza e a importância da causa;*
>
> *IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

Vejam que a magistrada *a quo* fixou os honorários no patamar mínimo (10%), além disso, o arbitramento atendeu aos critérios estabelecidos na lei que rege a matéria, restando consignado na sentença que:

> *Por fim, condeno o embargado ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como, em honorários advocatícios, estes que fixo em 10% do valor atualizado da causa, o que faço com fundamento no art. 85, § 2º, do Novo Código de Processo Civil, atento aos parâmetros indicados nos incisos I, II, III e IV do mesmo artigos, especialmente ao trabalho desenvolvido a inexistência de instrução processual. (f. 727).*

Em que pese os argumentos da apelante de que não obteve proveito econômico com o ajuizamento da demanda, tais alegações por si sós, não são suficientes para ensejar a redução da verba honorária.

Portanto, considerando que os honorários devem ser fixados em conformidade com o artigo 85, § 2º, incs. I a IV, 8º, do CPC, considerando, inclusive, o fato de que a ação tramitou na Comarca de Três Lagoas-MS e o escritório dos Patronos da recorrida possui sede na Comarca de São Paulo-SP, há de se manter o valor fixado pela Juíza *a quo* em 10% sobre o valor dado à causa, por mostrar-se condizente com o trabalho prestado, portanto, mantenho intacta a sentença.

Da majoração da verba honorária

Sem prejuízo, ao caso, impõe-se a aplicação do que dispõe o §11 do art. 85 do CPC, *in verbis*:

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

Diante disso, considerando que o presente recurso não merece provimento, impõe-se arbitrar honorários advocatícios em favor do patrono do parte recorrida, em razão da apresentação de resposta ao recurso do *ex adverso*.

Neste passo, afigura-se medida de rigor o arbitramento dos honorários advocatícios, para a fase recursal, em 1% (um por cento) do valor da causa, cujo importe deverá ser arcado pela parte requerida.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, porém, nego-lhe provimento.

Em consequência, com fulcro nos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, condeno a parte requerida ao pagamento de honorários advocatícios recursais para o causídico que representou os interesses da apelada, em 1% (um 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. 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, 07 de fevereiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0822872-07.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PODER DE POLÍCIA – NEGATIVA DE ALVARÁ PROVISÓRIO DE FUNCIONAMENTO – REALIZAÇÃO DE EVENTO – EXISTÊNCIA DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA – DIREITO A LIVRE INICIATIVA E ATIVIDADE ECONÔMICA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, XIII, DA CF – SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO – RECURSO CONHECIDOS E DESPROVIDO.

Não obstante o pretexto de exercício de poder de polícia, a Administração Fazendária não pode negar o fornecimento de alvará de funcionamento, em virtude de o local de realização do evento possuir débito tributário.

O Fisco dispõe de outros meios legais e eficazes para satisfazer o adimplemento da obrigação, de modo que não precisa utilizar medida mais gravosa que priva o exercício das atividades profissionais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Município de Campo Grande interpôs Recurso de Apelação e o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete a Reexame Necessário a sentença de f. 189/191, proferida no Mandado de Segurança ajuizado por Cinemark Brasil S/A, que reconheceu *"a ilegalidade na autuação administrativa em negar o Alvará de Localização e Funcionamento à empresa impetrante em razão da existência de débitos tributários, motivo pelo qual, em consonância com o parecer do Ministério Público"*, confirmando a liminar concedida às f. 131/133, para *"determinar que a autoridade impetrada renove o Alvará de Licença e Funcionamento da impetrante independentemente da existência de débitos fiscais e se por outro motivo não estiver impedida"*.

Alega, em síntese, que: a) o fisco municipal agiu em conformidade com o princípio da legalidade, pois existe legislação municipal que impede a concessão de alvará para os que estão inadimplentes com seus tributos; e, b) não prospera a alegação da recorrida de que o recorrente afrontou as garantias constitucionais, logo, não há que se falar em direito líquido e certo a ser analisado por mandado de segurança. Ao final requer

o conhecimento e o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, denegando a segurança (f. 206/209).

Em contrarrazões, Cinemark Brasil S/A pugna pelo não provimento do recurso (f. 212/218).

VOTO

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

Município de Campo Grande interpôs Recurso de Apelação e o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete a Reexame Necessário a sentença de f. 189/191, proferida no Mandado de Segurança ajuizado por Cinemark Brasil S/A, que reconheceu *"a ilegalidade na autuação administrativa em negar o Alvará de Localização e Funcionamento à empresa impetrante em razão da existência de débitos tributários, motivo pelo qual, em consonância com o parecer do Ministério Público"*, confirmando a liminar concedida às f. 131/133, para *"determinar que a autoridade impetrada renove o Alvará de Licença e Funcionamento da impetrante independentemente da existência de débitos fiscais e se por outro motivo não estiver impedida"*.

Alega, em síntese, que: a) o fisco municipal agiu em conformidade com o princípio da legalidade, pois existe legislação municipal que impede a concessão de alvará para os que estão inadimplentes com seus tributos; e, b) não prospera a alegação da recorrida de que o recorrente afrontou as garantias constitucionais, logo, não há que se falar em direito líquido e certo a ser analisado por mandado de segurança. Ao final requer o conhecimento e o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, denegando a segurança (f. 206/209).

Em contrarrazões, Cinemark Brasil S/A pugna pelo não provimento do recurso (f. 212/218).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 228/231).

É o relatório. Passo a decidir.

Consigno, de início, que entendo aplicáveis, ao caso, as normas processuais vigentes no Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a sentença foi publicada sob a sua égide, como dispõe o art. 14 do Novo Código de Processo Civil[1].

Verifico que nos autos estão presentes os requisitos relativos à admissibilidade e processamento deste recurso.

Trata-se de mandado de segurança interposto por Cinemark Brasil S/A em face do Município de Campo Grande que se negou a emitir o Alvará de Funcionamento pois a impetrante encontra-se com débitos de ISS em aberto, dos quais estão em discussão na execução fiscal nº 0052060-30.2006.8.12.0001.

O magistrado singular, concedeu a liminar, fundamentando sua decisão que:

> *"A exigência de adimplemento do tributo para a impressão de documentos fiscais e renovação de alvará de funcionamento, configura-se ilegal.*
>
> *Flagrante, pois, a violação do direito líquido e certo da impetrante, que não pode ter a sua atividade econômica interrompida. Aliás, tal conduta afronta os artigos 5º, XIII,*

1 Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

da CF, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho.

A Fazenda dispõe de meios próprios para a cobrança do débito fiscal. Assim, a exigência de adimplemento do tributo para a impressão de documentos fiscais e renovação de alvará de funcionamento, configura-se ilegal, principalmente quando tal cobrança se refere a débito fiscal de terceiro. A matéria, inclusive, encontra-se sumulada no STF através de seu enunciado nº 547, in verbis:

Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (f. 131/133)".

E, no mesmo sentido, demonstra em sua sentença que:

A autoridade impetrada negou o Alvará de Localização e Funcionamento à impetrante sob o argumento de que havia débito tributário pendente de adimplemento.

Entretanto, verifica-se que este ato da Administração Pública constitui sanção, que por via oblíqua objetiva impelir o devedor ao pagamento de tributo.

Essa conduta do impetrado desrespeita o princípio do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão contemplado no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, até porque o Fisco Estadual tem a sua disposição os meios judiciais para a satisfação do seu crédito (execução fiscal).

Nesse sentido tem se manifestado o E.TJ-MS, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DÉBITO REFERENTE À TAXA DE PUBLICIDADE RECURSO PROVIDO. É pacífico o entendimento de que à Administração Pública não cabe o cerceamento de atividade profissional por meio da não expedição do competente alvará, condicionando-o ao pagamento de tributo. (TJMS. Apelação Cível 2008.002722-0. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Terceira Turma Cível. Julgado em 15/12/2008). (...) É defeso à Administração impedir ou cercear a atividade profissional de Empresa, para compelir cônjuge de uma de suas sócias ao pagamento de débito, uma vez que tal procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese de autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz (...) (TJMS. Agravo 2008.006111-0. Rel. Des. Josué de Oliveira. Primeira Turma Cível. Julgado em 29/07/2008).

O STF, inclusive, sumulou este entendimento:

Súmula 70- É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo;

Súmula 547- Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades Profissionais.

Com isso, demonstra-se a ilegalidade na autuação administrativa em negar o Alvará de Localização e Funcionamento à empresa impetrante em razão da existência de débitos tributários, motivo pelo qual, em consonância com o parecer do Ministério Público, a segurança deve ser concedida.

Ante o exposto, confirmo a medida liminar e concedo a segurança pleiteada a fim de determinar que a autoridade impetrada renove o Alvará de Licença e Funcionamento da impetrante independentemente da existência de débitos fiscais e se por outro motivo não estiver impedida*" (f. 189/191).*

Com isso, analisando os fundamentos utilizados pelo magistrado singular e os argumentos levantados no recurso, entendo que a sentença deve ser mantida em todos os seus termos. Explico:

A administração Fazendária não pode negar o fornecimento de Alvará de Funcionamento em virtude do requerente possuir débito tributário. Com isso, entendo que o Fisco dispõe de outros meios legais e eficazes para satisfazer o adimplemento da obrigação tributária, logo, não precisa se utilizar de medidas gravosas que poderiam privar o exercício de atividade profissional.

Nesse sentido, é importante salientar que sobre a liberdade do exercício do trabalho, temos o que dispõe o artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

> *XIII – É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.*

Nesse ínterim, qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade ou ofício deverá ter acesso aos meios necessários para tanto, mesmo que essa mesma pessoa possua dívida tributária, pois, como já expliquei, a Administração Fazendária pode se valer de outros meios para satisfazer seu crédito.

No caso dos autos foi indeferido o alvará para funcionamento da impetrante, logo, estamos diante da impossibilidade do direito desta de livremente exercer sua atividade econômica, o que ofende o primado de direito fundamental garantido pelo art. 5º, XIII, da CF.

Sobre esse caso, eis o seguinte julgado:

> *REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO ESPECIAL. FEIRA DA SERRA GAÚCHA. MUNICÍPIO DE SANTIAGO. O dever de proteção do comércio local não legitima a criação de exigências desproporcionais, em clara violação ao exercício do direito à liberdade do comércio, assegurado artigo 5º, inciso XIII e no artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Reexame Necessário Nº 70072137086, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 22/02/2017).*

Quanto ao prequestionamento, desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o julgador obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento. E, eventual oposição de embargos declaratórios com propósito exclusivo de prequestionamento será considerada manifestamente protelatória, na forma do artigo 1.026, § 2º, do NCPC.

Ante o exposto, com o parecer, conheço e nego provimento ao recurso interposto pelo Município de Campo Grande. E, em reexame necessário, ratifico a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do 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, 27 de fevereiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0804066-21.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IMÓVEL NÃO EDIFICADO EM PERÍMETRO URBANO APARELHADO DE MELHORAMENTO E SERVIÇOS PÚBLICOS – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO INCISO VI, DO ARTIGO 148, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE, QUE AUTORIZA A COBRANÇA DO IPTU, COM APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 3,5% SOBRE O VALOR VENAL DO IMÓVEL NÃO EDIFICADO – APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS AUTORIZADA PELO § 1º DO ARTIGO 156 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou o §1º do artigo 156 da Constituição Federal, não há falar em inconstitucionalidade de cobrança de IPTU com alíquotas diferenciadas ou proporcionais, de acordo com o valor, a localização e o uso do imóvel.

Afastada a inconstitucionalidade alegada pelo apelante, não possui ele direito líquido e certo de livrar-se da tributação do IPTU, com alíquota de 3,5% (três e meio por cento) sobre o valor do imóvel não edificado, sendo que a instituição de alíquotas diferenciadas em razão de estar ou não edificado o imóvel urbano não se confunde com progressividade. Precedentes do STF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Jardim Arantes & Cia Ltda interpõe apelação cível, insurgindo-se contra sentença que denegou o mandado de segurança que impetrou contra ato do Secretário de Receita e Controle do Município de Campo Grande**.**

Nas razões de f.149/169, aduz o apelante que, ao contrário do que entendeu o juiz *a quo*, o caso vertente trata de IPTU progressivo no tempo decorrente de terreno não edificado, cujo regime aplicável é o do art. 182, § 4º, II, da CF, e não o do artigo 156 da Carta Magna, em nítida finalidade extrafiscal.

Alega que o IPTU que está sendo cobrado da impetrante, exercício 2016, é progressivo e inconstitucional, instituído pelo art. 148 da Lei Complementar Municipal nº 1466/73, alterado pela LC

78/2005, que traz alíquotas que oscilam entre 1% e 3,5 %, conforme o terreno seja servido por um ou mais melhoramentos, sendo que no caso da impetrante, a alíquota é de 3,5%.

Argumenta que antes de se aplicar a sanção da progressividade, deve o Município notificar o proprietário do imóvel para que dê a ele a função social, o que não foi observado pela autoridade coatora, em afronta aos artigos 5º e 7º, da Lei 10.257/2001.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 78/2005, anulando-se o lançamento do IPTU referente aos imóveis de propriedade da impetrante constantes das matrículas descritas na inicial.

O Município de Campo Grande apresentou contrarrazões às f. 238/243, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Olavo Monteiro Mascarenhas (f. 260-266), opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação.

VOTO

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

Jardim Arantes & Cia Ltda interpõe apelação cível, insurgindo-se contra sentença que denegou o mandado de segurança que impetrou contra ato do Secretário de Receita e Controle do Município de Campo Grande**.**

Nas razões de f. 149/169, aduz o apelante que, ao contrário do que entendeu o juiz a quo, o caso vertente trata de IPTU progressivo no tempo decorrente de terreno não edificado, cujo regime aplicável é o do art. 182, § 4º, II, da CF, e não o do artigo 156 da Carta Magna, em nítida finalidade extrafiscal.

Alega que o IPTU que está sendo cobrado da impetrante, exercício 2016, é progressivo e inconstitucional, instituído pelo art. 148 da Lei Complementar Municipal nº 1.466/73, alterado pela LC 78/2005, que traz alíquotas que oscilam entre 1% e 3,5 %, conforme o terreno seja servido por um ou mais melhoramentos, sendo que no caso da impetrante, a alíquota é de 3,5%.

Argumenta que antes de se aplicar a sanção da progressividade, deve o Município notificar o proprietário do imóvel para que dê a ele a função social, o que não foi observado pela autoridade coatora, em afronta aos artigos 5º e 7º, da Lei 10.257/2001.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 78/2005, anulando-se o lançamento do IPTU referente aos imóveis de propriedade da impetrante constantes das matrículas descritas na inicial.

O Município de Campo Grande apresentou contrarrazões às f. 238/243, pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Olavo Monteiro Mascarenhas (f. 260-266), opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação.

É o relatório, passo ao voto.

Extrai-se da leitura da petição inicial emendada pela parte aqui apelante que ela ingressou com mandado de segurança por entender possuir ter o direito líquido e certo de livrar-se da tributação do Imposto Predial Territorial Urbano, lançado em seus imóveis com alíquota máxima de 3,5% (três e meio por cento), isto em razão de supostamente ser inconstitucional o inciso VI, do artigo 148, do Código Tributário do Município de Campo Grande, na redação conferida pela Lei Complementar 78/2005, dispositivo legal que permite seja o IPTU calculado em "*3,5% (três e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos três dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no inciso II*".

Comprovo a veracidade desta assertiva, transcrevendo as afirmações feitas pela parte aqui apelante, quando da emenda da petição inicial, *in verbis*:

> *A Autora promove a presente ação para livrar-se de tributação do Imposto territorial urbano de Campo Grande, eivada de inconstitucionalidade.*
>
> *Efetivamente, os imóveis da Impetrantes foram tributados com alíquota de 3,5% (três e meio por cento), conforme se pode verificar pelos documentos anexados ao pedido inicial.*
>
> *O Município fundamenta a tributação na lei municipal nº78/2005, que deu nova redação ao art. 148 da lei 1.466 de 26 de outubro de 1973 (Código Tributário Municipal):*
>
> *O Imposto Predial e territorial urbano IPTU, sem prejuízo do que se refere o art. 182 § 4º, inciso II da Constituição Federal será progressivo em razão do valor do imóvel e terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e uso do imóvel, sendo cobrado na base de:*
>
> *(...) VI 3,5% (três e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuem, pelo menos, três dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II .*
>
> *Deste modo, os imóveis da Impetrantes estão sendo lançados com alíquota máxima de 3,5% (três e meio por cento).*
>
> *Por tal razão, a presente ação visa anular o lançamento do imposto na sua totalidade, pois a lei que lhe serve de fundamento já foi declarada inconstitucional pelo Egrégio Tribunal de Justiça, conforme assinalado no pedido inicial.*
>
> *Ante o exposto, vem requerer a V. Excia. o prosseguimento da ação, a fim de que seja julgada procedente e anulado totalmente o lançamento do imposto. (f. 84-85).*

Colocada a questão nestes termos, tem-se, então, que, a rigor, somente seria possível reformar a sentença e reconhecer o alegado direito líquido e certo da parte aqui apelante caso se declare, de forma incidental, a inconstitucionalidade do inciso VI, do artigo 148, do Código Tributário do Município de Campo Grande, na redação conferida pela Lei Complementar 78/2005.

Sucede que a Segunda Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso de apelação nº 2010.028255-5/0000-00, ocorrido em 30.11.2010, não acatou a tese de inconstitucionalidade aqui sustentada pela parte aqui apelante, haja vista que declarou ser legítima a aplicação de alíquota de 3,5% nos imóveis não edificados, conforme a ementa do acórdão que transcrevo:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – IPTU – APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA EM 3,5% NOS IMÓVEIS NÃO EDIFICADOS – LEI 1.466/73, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR 78/2005 – ALÍQUOTA SELETIVA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.*

A aplicação de alíquotas diversas para o IPTU nos imóveis não edificado não configura caso de progressividade do tributo, mas sim de seletividade, conforme precedente do STF. (TJMS - Segunda Turma Cível - Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.028255-5/0000-00 - Campo Grande - Relator - Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 30.11.2010).

Extraio do voto condutor, a seguinte passagem:

"A legislação municipal referente à cobrança do IPTU (Código Tributário Municipal - Lei 1.466/73, alterado pela Lei Complementar 78/2005) dispõe:

Art. 148. O Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, sem prejuízo do que se refere o art. 182, § 42, inciso II, da Constituição Federal, será progressivo em razão do valor do imóvel e terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel, sendo cobrado na base de:

I - 1% (um por cento) do valor venal dos imóveis edificados;

II - 0,5 % (meio por cento) do valor venal das glebas não edificadas e encravadas dentro do perímetro urbano desprovidas de quaisquer dos melhoramentos e serviços públicos abaixo indicados:

A - Pavimentação e meio-fio;

B - Abastecimento de água;

C - Sistema de esgoto sanitário;

D - Rede de energia elétrica.

E - Escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima

de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

(...)

III - 1% (um por cento) do valor venal dos imóveis não edificados localizados em logradouro público e que não possuam qualquer dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II;

IV - 1,5% (um e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos, um dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II;

V - 2,5% (dois e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos, dois dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II;

VI - 3,5% (três e meio por cento) do valor venal dos imóveis não edificados e que possuam, pelo menos, três dos melhoramentos ou serviços dentre os enumerados no item II."

Não se trata de alíquota progressiva no tempo em razão da subutilização do solo urbano, de caráter extrafiscal prevista no artigo 182 da CF e regulamentada na Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), a qual aumenta a cada ano de modo a estimular a edificação do terreno e assegurar o cumprimento da função social da propriedade.

Na verdade, a legislação municipal, promulgada após a Emenda Constitucional 29/2000 possibilitou ao Município a cobrança do IPTU com alíquotas diferenciadas ou proporcionais, em consonância com o valor, localização e uso do imóvel, sem prejuízo da progressividade no tempo, porquanto expressamente ressalvada no seu dispositivo legal.

Nota-se que a previsão de alíquotas diferenciadas não consubstancia uma forma de progressividade, mas uma espécie de seletividade.

Sobre o tema, Leandro Paulsen, citando Hugo de Brito Machado, esclarece:

> *Progressividade e seletividade. Conceitos. Instrumentos para a observância da capacidade contributiva. 'É progressivo o imposto cuja alíquota é maior na medida em que aumenta a base tributável. Como a base imponível é sempre uma expressão de riqueza de cada um, a progressividade faz com que o imposto onere mais quem tem riqueza maior. Personaliza o imposto.* (Hugo de Brito Machado, em Progressividade e Socialismo, artigo publicado no jornal Zero Hora do dia 18 de agosto de 1998, p. 15).
>
> *Não se deve confundir a progressividade com a seletividade. Ainda Hugo ensina que 'É seletivo o imposto cujas alíquotas são diferentes, para objetos diferentes, como acontece com o IPI, que tem alíquotas elevadas para certos produtos. Na seletividade, não importa o sujeito. Importa exclusivamente o objeto da tributação. Por isso se pode dizer que ela é adequada para os impostos reais, como o IPTU.' A seletividade é apontada, também, como instrumento para realização da capacidade contributiva nos tributos indiretos (...)*

A propósito, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: IPTU: L. 691/84 do Município do Rio de Janeiro. 1.O não recebimento do art. 67 da L. 691/84 do Município do Rio de Janeiro foi declarado expressamente no julgamento do RE 248.892, Maurício Corrêa, RTJ 175/37, atingindo apenas a progressividade do IPTU, na forma da jurisprudência do STF, que só a admite na hipótese do art. 182, § 4º, II, da Constituição, quando destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. 2. A criação de alíquotas diferentes para imóveis residenciais e não-residenciais não fere a Constituição Federal (v.g. RE 229.233, 26.3.1999, Ilmar Galvão, DJ 25.6.1999). (STF, AI 541221 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 09/08/2005). grifado*
>
> *EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – IPTU – DIVERSIDADE DE ALÍQUOTAS – PROGRESSIVIDADE – ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. Diversidade de alíquotas para a cobrança do IPTU, em virtude de tratar-se de imóvel edificado, não-edificado, residencial ou comercial. Progressividade de tributo. Alegação improcedente. Precedente. Agravo regimental não provido. (RE 469360 AgR, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe-106 Divulg 20-09-2007 Public 21-09-2007 DJ 21-09-2007 PP-00039 Ement Vol-02290-03 PP-00526).*
>
> *TRIBUTÁRIO – IPTU – MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – LEI N.º 5.447/93, ART. 25, REDAÇÃO DA LEI N.º 5.722/94 – ALEGADA OFENSA AO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO. Simples duplicidade de alíquotas, em razão de encontrar-se, ou não, edificado o imóvel urbano, que não se confunde com a progressividade do tributo, que o STF tem por inconstitucional quando não atendido o disposto no art. 156, §1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta de 1988. Recurso não conhecido. (STF, 1ª T, REsp 229233/SP, Min. Ilmar Galvão, 25.06.1999)*

Extrai-se da fundamentação deste último acórdão:

> *Com efeito, não há confundir a existência de alíquotas diversas, em razão de encontrar-se, ou não, o imóvel edificado, caso sob exame, com a progressividade, que se caracteriza pelo cálculo do tributo com base em índices que aumentam ou diminuem, gradualmente, ora em atenção à pessoa do proprietário - vedada pela Constituição - ora em face do imóvel, hipótese que o STF declarou inconstitucional, quando não atendido o disposto no art. 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do art. 182 da Carta Federal.*
>
> *Omissis (...)*
>
> *Assim, correta a aplicação da alíquota de 3,5% sobre o valor venal de imóvel não edificado, conforme dispõe o artigo 148, VI, da Lei Municipal 1.466/73, alterado pela Lei Complementar 78/2005." (Voto proferido pelo Des. Julizar Barbosa Trindade, nos autos da apelação cível 2010.028255-5/0000-00-Campo Grande).*

Portanto, ao contrário do que sustenta a parte aqui apelante, não existe inconstitucionalidade na norma que autoriza a cobrança do IPTU com aplicação de alíquota de 3,5% sobre o valor venal do imóvel não edificado, qual seja, a norma prevista no inciso VI, do artigo 148, do Código Tributário do Município de Campo Grande, na redação conferida pela Lei Complementar 78/2005.

Em reforço do precedente acima citado, transcrevo lição da professora Josiane Minardi[1], *in verbis*:

> *O STF entende que os imóveis não edificados podem ter alíquotas diferenciadas dos imóveis edificados sem, contudo, confundir-se com o instituto da progressividade. Isso porque, no caso da progressividade para cumprimento da função social, esta pode ser constatada no tempo para desestimular o proprietário a manter um imóvel sem a devida função social. Para melhor compreensão, reproduz-se a redação da ementa de decisão recente do STF:*
>
> *EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO – IPTU – INSTITUIÇÃO DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS – IMÓVEL NÃO EDIFICADO POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 24.11.2008. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a instituição de alíquotas diferenciadas em razão de estar ou não edificado o imóvel urbano não se confunde com o instituto da progressividade, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa à Constituição Federal. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 772064 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013).*

Por conseguinte, a Corte Suprema percebe ser constitucional a aplicação de alíquotas diferenciadas em razão de o imóvel ser ou não residencial, ser ou não edificado. E, ainda, destaca que essa permissão tem natureza diversa da progressividade, não devendo, portanto, confundi-las."

Sendo assim, não há falar em inconstitucionalidade na cobrança do IPTU em questão, tendo agido com acerto o magistrado ao não reconhecer o alegado direito líquido e certo afirmado na inicial, pois é permitido ao Poder Público Municipal cobrar o Imposto Predial e Territorial Urbano com base em alíquotas diferenciadas, tendo em vista a localização e a inexistência de construção no imóvel.

Noutro norte, sustenta a parte apelante que a cobrança do IPTU calculado em 3,5% (três e meio por cento) do valor venal de seus imóveis não edificados, somente pode ser permitida em relação aos imóveis que não atendem a sua função social, o que não seria o caso destes autos, até porque não foi encaminhada

1 Manual de direito tributário, 3.Ed. Salvador: Jus Podivm,2016, p.872-873.

qualquer notificação ao contribuinte para que a sua propriedade pudesse ser vista como inoperante no que diz respeito à sua função social.

Daí porque a parte aqui apelante, em sua petição inicial, sustenta, em letras garrafais, que "*a ausência de notificação do proprietário para que dê função social à propriedade representa o não cumprimento do art. 182 § 4º e dos arts. 5º e 7º do Estatuto da Cidade e inquina o IPTU progressivo de Inconstitucionalidade*" (f. 5).

Sucede que a tese de necessidade de prévia notificação dos proprietários, nos termos da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), apenas tem aplicação no caso de progressividade de IPTU para dar função social à propriedade, o que não é o caso destes autos.

O caso destes autos não guarda relação com cobrança de IPTU fundamentada em não atendimento de função social de propriedade por parte daqueles que são proprietários de terrenos não edificados, mas sim com fundamento na Emenda Constitucional n. 29/2000, cujo artigo 3º que dispôs:

> *Art. 3º O § 1º do art. 156 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> *Art.156.....*
>
> *§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (NR)*
>
> *I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (AC)**
>
> *II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (AC)*

Ao abordar esse assunto, o constitucionalista Alexandre de Moraes[2] diz que:

> *A redação do art. 156 dada pela Emenda Constitucional nº 29/00 possibilitou nova hipótese de progressividade de IPTU, diversa da hipótese diretamente ligada à função social da propriedade, prevista no art. 182, § 4º, II. A alteração constitucional afastou a necessidade de pertinência entre a progressividade do IPTU e a função social da propriedade, permitindo ao Imposto Predial e Territorial Urbano ser progressivo em razão do valor do imóvel, ou mesmo, ter alíquotas diversas em razão da localização e utilização do imóvel*
>
> *Omissis (...)*
>
> *IPTU e constitucionalidade de alíquotas distintas entre terrenos vazios e edificados: STF: - A Turma confirmou acórdão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que reconhecera a legitimidade da exigência de IPTU, com base nas Leis 5.447/93 e 5.722/94, ambas do Município de São José do Rio Preto, que preveem alíquotas distintas para terrenos vazios e terrenos edificados.*
>
> *Considerou que a duplicidade de alíquotas nesses casos não se confunde com a progressividade do tributo, que o STF entendeu ser inconstitucional quando não está destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana" (STF-1ª T- RExtr. nº.229.233/SP- Rek. Min. Ilmar Galvão, decisão: 26-3-1999).*
>
> *A EC nº 29/00 reiterou esse pocionamento do Supremo Tribunal Federal, ao permitir expressamente no inciso II, do § 1º, do art. 156 a possibilidade de alíquotas*

2 Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional, São Paulo: Atlas, 2011, p.1766.

diferentes de acordo com a localização do imóvel.

A lição acima citada e os precedentes do Supremo Tribunal Federal reafirmam o acerto do precedente da relatoria do Des. Julizar Barbosa Trindade, transcrito no início do voto, que ponderou:

> *Não se trata de alíquota progressiva no tempo em razão da subutilização do solo urbano, de caráter extrafiscal prevista no artigo 182 da CF e regulamentada na Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), a qual aumenta a cada ano de modo a estimular a edificação do terreno e assegurar o cumprimento da função social da propriedade.*
>
> *Na verdade, a legislação municipal, promulgada após a Emenda Constitucional 29/2000 possibilitou ao Município a cobrança do IPTU com alíquotas diferenciadas ou proporcionais, em consonância com o valor, localização e uso do imóvel, sem prejuízo da progressividade no tempo, porquanto expressamente ressalvada no seu dispositivo legal.*
>
> *Nota-se que a previsão de alíquotas diferenciadas não consubstancia uma forma de progressividade, mas uma espécie de seletividade. (Voto proferido pelo Des. Julizar Barbosa Trindade, nos autos da apelação cível 2010.028255-5/0000-00-Campo Grande).*

Daqui se segue que, ao contrário do que entende o apelante, o IPTU cobrado não tem por fundamento o descumprimento da função social da propriedade, razão pela qual não há se falar em prévia notificação exigida pela Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

É de ser aplicado ao caso destes autos, precedente desta Quarta Câmara Cível, da relatoria do Desembargador Odemilson Roberto Castro Fassa, precedente mencionado no parecer do Procurador de Justiça Olavo Monteiro Mascarenhas, cuja ementa transcrevo:

> *APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA COBRANÇA DE IPTU PROGRESSIVIDADE FISCAL ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS POSSIBILIDADE ARTIGO 156, § 1º, DA CF RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Após a EC n. 29/2000, que alterou o § 1º do art. 156 da Constituição Federal, não há falar-se em inconstitucionalidade da cobrança do IPTU com alíquotas diferenciadas ou proporcionais, de acordo com o valor, a localização e o uso do imóvel.* (TJMS. Apelação n. 0805101-50.2015.8.12.0001. Campo Grande. 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 26/07/2017, p: 31/07/2017).

Julgando caso semelhante, a Quinta Câmara Cível deste Tribunal decidiu:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – IMÓVEL NÃO EDIFICADO EM PERÍMETRO URBANO APARELHADO DE MELHORAMENTOS E SERVIÇOS PÚBLICOS – PRETENSÃO DE QUITAÇÃO DO TRIBUTO COM DEPÓSITO DE QUANTIA CALCULADA COM APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DE 1% (UM POR CENTO) SOBRE O VALOR VENAL DO IMÓVEL NÃO EDIFICADO – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VI, DO ARTIGO 148, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL, QUE AUTORIZA A COBRANÇA DO IPTU COM APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 3,5% SOBRE O VALOR VENAL DO IMÓVEL NÃO EDIFICADO – APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS QUE NÃO CARACTERIZA IPTU PROGRESSIVO – PRECEDENTES DO STF – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou o § 1º do artigo 156 da Constituição Federal, não há mais necessidade de edição de Lei Federal para que o Município passe a cobrar o IPTU com alíquotas diferenciadas ou proporcionais, de acordo com o valor, a localização e o uso do imóvel. A instituição de alíquotas diferenciadas em razão de estar ou não edificado o imóvel urbano não se confunde com a progressividade.*

> *Precedentes do STF. Assim, tratando-se de exação referente ao exercício financeiro de 2007 até o ano de 2012, não há falar em inconstitucionalidade na cobrança de IPTU com base em alíquota diferenciada, lançada sobre o valor venal de imóvel não edificado e levando em consideração a presença de melhoramentos ou serviços públicos.* (TJMS. Apelação n. 0034221-79.2012.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 22/11/2016, p: 29/11/2016).

Sendo assim, a sentença recorrida não merece reparos.

Dispositivo

Posto isso, acompanhando o parecer ministerial, conheço do recurso de apelação interposto por Jardim Arantes e Cia Ltda e nego-lhe provimento. Sem honorários advocatícios (Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0804967-86.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA MANEJADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA – PEDIDO DE ACESSO A PROGRAMAS DE INFORMÁTICA, QUE CONTÉM O CADASTRO FISCAL IMOBILIÁRIO DOS CONTRIBUINTES DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL APELADO – ALEGADA NECESSIDADE DE IDENTIFICAR OS PROPRIETÁRIOS DOS IMÓVEIS SUSPEITOS DE ABRIGAR LARVAS DO MOSQUITO *AEDES AEGYPTI* – PEDIDO CORRETAMENTE JULGADO IMPROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU, HAJA VISTA QUE O DEFERIMENTO DO ACESSO PLEITEADO IMPLICA EM VIOLAÇÃO AO SIGILO FISCAL PREVISTO NO ARTIGO 14 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE E AFRONTA AO INCISO X, DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – POSSIBILIDADE DE A APELANTE IDENTIFICAR OS PROPRIETÁRIOS DOS IMÓVEIS SUSPEITOS POR OUTROS MEIOS – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Merece ser mantida a sentença que indeferiu a pretensão da apelante em obter acesso aos programas de informática chamados de "tique" e "nx view", programas que possibilitam identificar, prontamente, o nome do proprietário ou possuidor de imóveis com possíveis focos e ambientes propícios a proliferação do mosquito *aedes aegypit*, isto porque eventual deferimento do pedido de acesso a tais programas implicaria em violação ao sigilo fiscal do cadastro imobiliário dos contribuintes previsto no artigo 14, do Código Tributário do Município de Campo Grande, além de afronta a violação a privacidade a que faz menção o inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Ademais, a forma mais prudente para a identificação dos proprietários dos imóveis suspeitos de abrigar larvas do mosquito *aedes aegypti* pode ocorrer por meio de levantamento periódico dos imóveis irregulares, isto por meio de informações solicitadas junto aos três ofícios de serviços de registros de imóveis de Campo Grande, medida que se revela razoável e proporcional ao caso concreto, dada a ausência de violação ao sigilo dos dados do cadastro fiscal imobiliário e a perfeita harmonia com o direito à informação previsto no inciso X, do artigo 128, da Lei Complementar Estadual n.80/94, lei que disciplina a Defensoria Pública no Estado do Mato Grosso do Sul.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de recurso de apelação (f. 1593-1605) interposto pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença que, nos autos da ação civil pública ajuizada pela recorrente em desfavor do Município de Campo Grande, julgou improcedente o pedido contido na inicial.

Sustenta, em suas razões recursais (f. 1595-1605), que não pretende violar o direito do contribuinte ao sigilo de dados fiscais, haja vista que "*o desiderato está voltado à concessão de informações sobre os imóveis, nunca a nome de contribuintes*" (f.1599), explicando que "*o Defensor digita o endereço do imóvel para chegar ao proprietário, jamais o contrário*" (f. 1599).

Diz que a Defensoria não necessita recorrer ao Município de Campo Grande a fim de ter acesso a dados a partir do nome do contribuinte porque já conta com banco de dados próprios e aqueles pertencentes ao Poder Judiciário – SAJ - bem como e mormente, à ENERGISA, melhores e mais eficientes se comparados ao do Município.

Enfatiza que a Defensoria Pública não deseja saber de quantos imóveis o contribuinte é proprietário ou os respectivos valores, mas sim quem é o proprietário de determinado imóvel com foco de aedes aegypti ou animais da fauna sinantrópica.

Assevera que negar acesso aos aludidos dados à Defensoria Pública fere de morte o artigo 134 da Constituição Federal, bem como a dignidade da pessoa humana e ao acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais estabelecido no artigo 21 da Lei nº 12.527/11.

Pede provimento ao recurso "*para o fim de declarar reformada a r. sentença proferida e, por conseguinte, mantendo-se o acesso ao banco de dados do município conforme decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, julgando-se procedente o pedido inicial.*" (f. 1604), bem como a condenação do recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

O Município de Campo Grande, em contrarrazões (f. 1611-1615), requer a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer emitido pelo ínclito Procurador Sérgio Luiz Morelli (f. 1631-1635), opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação (f.1593-1605) interposto pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença que, nos autos da ação civil pública ajuizada pela recorrente em desfavor do Município de Campo Grande, julgou improcedente o pedido contido na inicial.

Sustenta, em suas razões recursais (f. 1595-1605), que não pretende violar o direito do contribuinte ao sigilo de dados fiscais, haja vista que "*o desiderato está voltado à concessão de informações sobre os imóveis, nunca a nome de contribuintes*" (f. 1599), explicando que "*o Defensor digita o endereço do imóvel para chegar ao proprietário, jamais o contrário*" (f. 1599).

Diz que a Defensoria não necessita recorrer ao Município de Campo Grande a fim de ter acesso a dados a partir do nome do contribuinte porque já conta com banco de dados próprios e aqueles pertencentes

ao Poder Judiciário – SAJ - bem como e mormente, à ENERGISA, melhores e mais eficientes se comparados ao do Município.

Enfatiza que a Defensoria Pública não deseja saber o número de imóveis de propriedade do contribuinte ou os respectivos valores, mas sim quem é o proprietário de determinado imóvel com foco de aedes aegypti ou animais da fauna sinantrópica.

Assevera que negar acesso aos aludidos dados à Defensoria Pública fere de morte o artigo 134 da Constituição Federal, bem como a dignidade da pessoa humana e ao acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais estabelecido no artigo 21 da Lei nº 12.527/11.

Pede provimento ao recurso "*para o fim de declarar reformada a r. sentença proferida e, por conseguinte, mantendo-se o acesso ao banco de dados do município conforme decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, julgando-se procedente o pedido inicial*." (f. 1604), bem como a condenação do recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

O Município de Campo Grande, em contrarrazões (f. 1611-1615), requer a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer emitido pelo ínclito Procurador Sérgio Luiz Morelli (f. 1631-1635), opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório. Passo ao voto.

A matéria devolvida ao exame deste Tribunal diz respeito em saber se agiu ou não com acerto o magistrado a quo quando decidiu que a Defensoria Pública aqui apelante não possui o direito alegado na petição inicial, qual seja, o direito de obter junto à Prefeitura Municipal de Campo Grande, o acesso aos sistemas de informática denominado TIQUE e NX VIEW, sistemas que, segundo o pedido formulado na inicial, permitiria a parte apelante ter "*acesso ao nome do possuidor e/ou proprietário de imóvel determinado, mediante informação das características/endereço do imóvel que seria continente de foco de larvas do mosquito aedes aegypti*". (f. 14).

Também pediu a apelante, em sua inicial, que o Município de Campo Grande fosse compelido a fornecer "*a imediata oferta da qualificação completa dos proprietários de 200 imóveis cujas piscinas contém focos de larvas do aedes aegypti, cuja limpeza é de rigor*" (f. 15).

Ao julgar improcedente o pedido formulado pela apelante, o magistrado a quo apresentou os seguintes fundamentos:

> *O acesso a taos sistemas de informação da Prefeitura Tique e Nx View, encontra óbice no disposto no artigo 125 do Código Tributário Municipal, que preceitua que o cadastro fiscal da Prefeitura compreende o imobiliário, enquanto que o §1º do artigo 14 do mesmo diploma prevê que "os dados referentes a fatos geradores de obrigação tributária obtidos pelo fisco tem caráter sigiloso e somente serão utilizados para a defesa de interesses fiscais dos entes federados."*
>
> *No mesmo sentido, o artigo 5º, X, da CF/88, consagra o direito do sigilo, como sendo ele um direito fundamental.*
>
> *Sendo assim, impossível violar esse direito consagrado constitucionalmente, ainda que a iniciativa seja elogiável, como a pretendida pelo autor.*
>
> *Outro não foi o entendimento do representante do Ministério Público nestes autos, veja-se:*

> *Neste ponto, o fornecimento de acesso ao requerente aos programas de informática que possuam dados fiscais da Prefeitura violaria a intimidade dos proprietários/possuidores dos imóveis, merecendo destaque, neste ponto, as lições de Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck1, os quais discorrem que o "registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto, causando-lhe dano ao seu direito de privacidade.*
>
> *Registra-se, entretanto, que, existe a possibilidade da Defensoria Pública conseguir essas informações que pretende, sem que seja através do acesso aos sistemas pretendidos nesta demanda, qual seja, através de da expedição de requisições à Municipalidade, solicitando os dados de que deseja para otimizar sua ação em prol da coletividade.*
>
> *Diante de todo o exposto, com fulcro no artigo 487, I, do CPC/2015, julgo improcedente a ação, extinguindo-se o feito com resolução de mérito. (Sentença- f. 1583-1584).*

Não obstante os fundamentos acima transcritos, a apelante pede a reforma da sentença nos termos da fundamentação já resumida no relatório.

Esclareço, outrossim, que quando a Defensoria Pública ingressou com a presente ação civil pública agora julgada no mérito pela sentença aqui recorrida, formulou ela pedido de liminar, pedido que foi indeferido pelo julgador de primeiro grau, mas, no entanto, deferido, por maioria, por esta Quarta Câmara Cível, em acórdão cuja ementa contém os seguintes dizeres:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – ACESSO AOS SISTEMAS QUE PERMITEM A IDENTIFICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL – SAÚDE PÚBLICA – DIREITO A SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PREVALÊNCIA SOBRE SUPOSTO SIGILO FISCAL – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.* (TJMS- Agravo de Instrumento - Nº 1403533-16.2016.8.12.0000 - Campo Grande – 4ª Câmara Cível - Relator designado: – Exmo. Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski, julgado em 15 de junho de 2016).

Destaco que fui o relator originário do mencionado recurso de agravo de instrumento, tendo ficado vencido no voto que havia proferida naquela oportunidade, motivo pelo qual foi designado para fazer a ementa do acórdão o Desembargador Amaury da Silva Kuklinki.

O julgamento do agravo de instrumento ocorreu em 16 de junho de 2016, tendo o mencionado recurso sido, por maioria, provido, "*a fim de que o agravado, em 20 dias conceda o agravante acesso aos sistemas TIQUE e NX VIEW, para a única finalidade de acesso ao nome do proprietário de eventuais imóveis que contenham larvas e mosquitos em situação de propagação ...*"

Feito este registro e, já examinando a questão de mérito, respeitando eventuais opiniões divergentes, tenho, a meu juízo, que a sentença recorrida não merece reparos.

Deveras, a matéria foi abordada com riqueza de detalhes pelo Procurador de Justiça, Sérgio Luiz Morelli, o que ocorreu por meio do parecer exarado à f.1631-1635, cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

> *(...) não obstante a louvável atuação da Defensoria Pública Estadual no que se refere ao combate da epidemia de dengue e demais doenças transmitidas pelo 'aedes aegypti', cumpre-nos esclarecer que a pretensão recursal não merece prosperar.*
>
> *Isso porque, o inciso I do artigo 125 do Código Tributário Municipal (Lei n.º 1.466/73) estatui que o cadastro fiscal da Prefeitura compreende o imobiliário, enquanto*

o § 1º do artigo 14 do referido diploma prevê que os dados referentes a fatos geradores de obrigação tributária obtidos pelo Fisco têm caráter sigiloso e somente serão utilizados para a defesa de interesses fiscais dos entes federados.

Nessa ordem de ideias, o sigilo fiscal é consagrado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal como direito fundamental, sendo impossível devassá-lo diretamente sob a égide do direito à informação, exigindo-se, em regra, reserva de jurisdição para obtenção dos dados protegidos.

Destarte, verifica-se a existência de colisão de interesses (direito ao sigilo fiscal versus direito à informação), a qual demanda uma análise do presente conflito por meio da ponderação através do princípio da proporcionalidade, especificamente em relação à dimensão (sub-regra) da necessidade.

Tal dimensão busca assegurar que a medida restritiva seja realmente imprescindível para a conservação do direito fundamental, isto é, que a providência não possa ser substituída por outra de igual eficácia ou menos gravosa, pois se existem outras formas de se obter aquele resultado, deve o intérprete valer-se daquela que irá afetar com menor intensidade os interesses envolvidos.

Em abono dessa conclusão, colhem-se os percucientes ensinamentos de Luis Virgílio Afonso da Silva, in verbis:

'Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.'

Nessa perspectiva, apesar de o caso em pauta versar sobre relevante problemática que assola não apenas Campo Grande, mas todo o nosso País, temos que a violação do sigilo dos dados fiscais dos contribuintes não é a providência mais sensata para a identificação dos proprietários dos imóveis com focos de aedes aegypti.

Assim se conclui porque o banco de dados do Município de Campo Grande certamente não estará atualizado em relação à todos os imóveis que foram alienados e os novos proprietários se abstiveram de realizar a alteração das respectivas titularidades junto à Prefeitura Municipal (§ 1º do artigo 129 do Código Tributário Municipal), circunstância esta que revela a impropriedade do método almejado pelo recorrente para a identificação dos reais proprietários dos imóveis com focos de aedes aegypti.

Venia concessa, afigura-nos que a forma mais prudente para a identificação dos proprietários dos imóveis seria a realização de levantamento periódico dos imóveis supostamente irregulares e a solicitação de informações junto aos três ofícios de serviços de registro de imóveis de Campo Grande, medida que se revela razoável e proporcional ao caso concreto, dada a ausência de violação ao sigilo dos dados do cadastro fiscal imobiliário e a perfeita consonância com o direito à informação previsto no artigo 128, inciso X, da Lei Complementar n.º 80/94.

Portanto, apesar da louvável preocupação da Defensoria Pública Estadual em relação ao combate dos focos de aedes aegypti, o modo para identificação dos proprietários ou possuidores negligentes para com o dever de zelar pela higidez do imóvel não pode ser realizada por meio do acesso aos sistemas de cadastro imobiliário do Município de Campo Grande, sob pena de ofensa ao sigilo fiscal previsto nas normas contidas nos artigos 14 do Código Tributário Municipal (Lei n.º 1.466/73) e 5º, inciso X, da Constituição Federal, sendo, de rigor, o desprovimento do apelo sub examine." (Parecer f. 1632-1635).

Deveras, existindo outros meios para a Defensoria Pública obter a identificação dos proprietários dos imóveis, conforme demonstrado pelo parecer ministerial, fere o princípio da razoabilidade a concessão das informações cadastrais do contribuinte protegidos pelo sigilo, motivo pelo qual, a meu ver, a manutenção da sentença recorrida é medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto pela Defensoria Pública e nego-lhe provimento. Sem custas e honorários advocatícios, conforme determinado na sentença recorrida.

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, negar provimento ao recurso, com o parecer.

VOTO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para analisar detidamente o objeto do recurso interposto.

Verifica-se que quando do julgamento do Agravo de Instrumento 1403533-16.2016.8.12.0000, divergi do eminente relator, exarando o voto vencedor, que deferiu o acesso do apelante aos sistemas TIQUE e NX VIEW.

Ocorre que àquela época, as doenças transmitidas pelo mosquito *aedes aegypti* atingiam nível endêmico, ou seja, um passo abaixo da epidemia, inclusive com a instalação de barracas do exército recebimento da população civil afetada (hospitais de campanha), situação essa que não mais se conserva.

Ademais, considerando que a situação calamitosa não mais perdura, o acesso imediato aos dados por meio dos sistemas TIQUE e NX VIEW também não se justifica.

Desta forma, a decisão proferida é a mais adequada à situação atual, motivo pelo qual acompanho o eminente relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2018.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000008-40.2017.8.12.0000
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE LADÁRIO-MS (ART. 48, § 2º) – DISPOSITIVO LEGAL QUE PREVÊ O JULGAMENTO FICTO DAS CONTAS APRESENTADAS PELO PREFEITO, POR DECURSO DE PRAZO, NOS TERMOS DA CONCLUSÃO DA CORTE DE CONTAS, NA HIPÓTESE DE A CÂMARA DE VEREADORES NÃO DELIBERAR SOBRE AS REFERIDAS CONTAS NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS – INCOMPATIBILIDADE COM AS CONSTITUIÇÕES FEDERAL E ESTADUAL – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO PROCEDENTE, COM EFEITO *EX TUNC*.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 729.744-MG, submetido à repercussão geral, preconiza que o ordenamento jurídico pátrio não admite o julgamento ficto de contas por decurso de prazo, sob pena de permitir-se à Câmara Municipal delegar ao Tribunal de Contas, órgão auxiliar, competência constitucional que lhe seria própria, além de criar-se a figura de aprovação de contas, por decurso de prazo, inexistente na Constituição.

Assim, é inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Município de Ladário que institui hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, prevendo que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer daquela Corte.

A regra geral é a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos, regra que deve ser preservada por não estarem presentes no caso vertente as hipóteses excepcionais do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que permite seja dado à decisão efeitos *ex nunc* (a partir do trânsito em julgado da decisão) ou para o futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Julizar Barbosa Trindade e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Cuida-se de ação de direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em face do Município de Ladário, tendo por objeto declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário, datada de 5 de abril de 1990, no que se refere às expressões "*e da Câmara Municipal*" e "*considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo*" (julgamento ficto das contas).

O dispositivo legal atacado possui a seguinte redação:

> *Art. 48. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Executivo, instituídos em lei.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º As contas do Prefeito e da Câmara Municipal, prestadas anualmente, serão julgadas pela Câmara dentro de sessenta dias após o recebimento do Parecer Prévio do Tribunal de Contas ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência,* ***considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse Parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo****. (g.n.).* (Realcei).

Sustenta, em resumo, que: 1) os mencionados dispositivos da Lei Orgânica do Município de Ladário apresentam vício de inconstitucionalidade, haja vista que: a) estabelecem prazo de sessenta dias para o julgamento das contas do Prefeito e criam a figura do julgamento por decurso de prazo, na hipótese de inércia do Poder Legislativo; e b) criam no texto legal municipal uma função estranha à competência da Câmara Municipal, ou seja, a de julgar suas próprias contas; 2) a mencionada Lei Orgânica veicula rega incompatível com a sistemática adotada pela Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, pois, no § 2º do art. 48, instituiu uma hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas de Prefeito Municipal em até sessenta dias, considerar-se-ão "*julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*.

Acrescenta que o texto da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul não permite essa modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é ato de competência exclusiva do respectivo Poder Legislativo, a quem cumpre efetivamente analisar a matéria, devendo aprovar ou rejeitar as contas de acordo com a decisão de seus membros, não se afigurando bastante, por conseguinte, apenas o parecer técnico do Tribunal de Contas do Estado, em caso de inércia de vereadores.

Esclarece que o julgamento das contas por decurso de prazo representaria, portanto, uma indevida delegação de competência constitucional exclusiva da Câmara Municipal ao Tribunal de Contas (que constitui, na verdade, órgão de natureza auxiliar), resultando inviável, por conseguinte, impor-se sanção ao Prefeito Municipal com base em mero decurso de prazo, ou seja, "*o nosso ordenamento jurídico não aceita aprovações fictas, isto é, não tendo emitido parecer no prazo determinado, não se entenderão nem como recomendadas, nem como rejeitadas as contas do prestador*" (p. 7-8).

Insiste que a Câmara Municipal detém poder para julgar as contas do Prefeito, e, se não o faz no prazo, não significa que julgou, isso porque a apreciação das contas municipais pressupõe julgamento material, efetivo e real, sendo a Câmara o único órgão constitucionalmente autorizado a fazê-lo, razão pela qual o § 2º do art. 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário destoa dos preceitos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 24 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais se espelham no disposto nos §§ 1º e 2º do art. 31 da Constituição Federal, devendo ser retirado, por conseguinte, do ordenamento jurídico positivo.

Assinala que, diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, esse órgão também possui competência julgadora em relação às demais autoridades, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas submetem-se ao controle e ao julgamento do Tribunal de Contas, a teor do que dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 77, II, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Obtempera que a Lei Orgânica do Município de Ladário traz regra divergente da sistemática adotada pela Constituição Estadual, subtraindo expressamente do Tribunal de Contas a função de julgar as contas do Legislativo Municipal, porquanto amplia, de modo indevido, à revelia do comando constitucional, a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, em contrariedade ao modelo constitucional delineado, além de haver reforçado dispositivo anterior que instituiu inusitado "*julgamento por omissão*".

Requereu, ao final, a concessão da medida cautelar e, no mérito, que o pedido formulado nesta ação seja julgado procedente para o fim de declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário, no que pertine às expressões *"e da Câmara Municipal"* e *"considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*, retirando-as em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, em razão de violações aos §§ 1º e 2º do artigo 24 e inciso II do artigo 77 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando aos autos os documentos de p. 26 a 75.

Devidamente notificados, o Município de Ladário e a Câmara Municipal de Ladário, respectivamente à p. 85-90 e 93-95, sustentaram que não estariam presentes os requisitos para a concessão da liminar/cautelar positivados no artigo 517, *caput*, do Regimento Interno do TJMS.

Este Órgão Especial, por meio do acórdão exarado à p. 120-129, deferiu o pedido cautelar "*para suspender liminarmente a eficácia das expressões "e da Câmara Municipal*" e "*considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo", contidas no enunciado normativo do § 2º do artigo 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário/MS, até o julgamento definitivo da presente ação*" (p. 128).

Em observância à norma do art. 519 do RITJMS, foi determinada a notificação do Presidente da Câmara Municipal e do Município de Ladário para prestar informações (p. 142). Do mesmo modo, em atenção ao disposto no art. 520 do RITJMS, o Procurador Jurídico do Município de Ladário foi citado para, no prazo de 15 (quinze) dias defender, no que coubesse, o texto impugnado.

Devidamente notificados, o Município de Ladário e a Câmara Municipal respectiva mantiveram-se silentes, conforme se extrai da certidão de p. 153.

Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por meio do parecer emitido pelo ínclito Procurador Humberto de Matos Brittes (p. 156-165), opinou "*pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, confirmando-se a liminar proferida, declarando-se a inconstitucionalidade do disposto no art. 48, § 2º, no que toca às expressões "e da Câmara Municipal" e "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo", ambos da Lei Orgânica do Município de Ladário*" (p. 164).

VOTO

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

Cuida-se de ação de direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em face do Município de Ladário, tendo por objeto declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário, datada de 5 de abril de 1990, no que se refere às expressões "*e da Câmara Municipal*" e "*considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo*" (julgamento ficto das contas).

O dispositivo legal atacado possui a seguinte redação:

> *"Art. 48. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Executivo, instituídos em lei.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º As contas do Prefeito e da Câmara Municipal, prestadas anualmente, serão julgadas pela Câmara dentro de sessenta dias após o recebimento do Parecer Prévio do Tribunal de Contas ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência,* ***considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse Parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo.*** *(g.n.)." (*Realcei).

Sustenta, em resumo, que: 1) os mencionados dispositivos da Lei Orgânica do Município de Ladário apresentam vício de inconstitucionalidade, haja vista que: a) estabelecem prazo de sessenta dias para o julgamento das contas do Prefeito e criam a figura do julgamento por decurso de prazo, na hipótese de inércia do Poder Legislativo; e b) criam no texto legal municipal uma função estranha à competência da Câmara Municipal, ou seja, a de julgar suas próprias contas; 2) a mencionada Lei Orgânica veicula rega incompatível com a sistemática adotada pela Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, pois, no § 2º do art. 48, instituiu uma hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas de Prefeito Municipal em até sessenta dias, considerar-se-ão "julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo".

Acrescenta que o texto da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul não permite essa modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é ato de competência exclusiva do respectivo Poder Legislativo, a quem cumpre efetivamente analisar a matéria, devendo aprovar ou rejeitar as contas de acordo com a decisão de seus membros, não se afigurando bastante, por conseguinte, apenas o parecer técnico do Tribunal de Contas do Estado, em caso de inércia de vereadores.

Esclarece que o julgamento das contas por decurso de prazo representaria, portanto, uma indevida delegação de competência constitucional exclusiva da Câmara Municipal ao Tribunal de Contas (que constitui, na verdade, órgão de natureza auxiliar), resultando inviável, por conseguinte, impor-se sanção ao Prefeito Municipal com base em mero decurso de prazo, ou seja, "*o nosso ordenamento jurídico não aceita aprovações fictas, isto é, não tendo emitido parecer no prazo determinado, não se entenderão nem como recomendadas, nem como rejeitadas as contas do prestador*" (p. 7-8).

Insiste que a Câmara Municipal detém poder para julgar as contas do Prefeito, e, se não o faz no prazo, não significa que julgou, isso porque a apreciação das contas municipais pressupõe julgamento material, efetivo e real, sendo a Câmara o único órgão constitucionalmente autorizado a fazê-lo, razão pela qual o § 2º do art. 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário destoa dos preceitos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 24 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais se espelham no disposto nos §§ 1º e 2º do art. 31 da Constituição Federal, devendo ser retirado, por conseguinte, do ordenamento jurídico positivo.

Assinala que, diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, esse órgão também possui competência julgadora em relação às demais autoridades, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas submetem-se ao controle e ao julgamento do Tribunal de Contas, a teor do que dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal, reproduzido no art. 77, II, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Obtempera que a Lei Orgânica do Município de Ladário traz regra divergente da sistemática adotada pela Constituição Estadual, subtraindo expressamente do Tribunal de Contas a função de julgar as contas do Legislativo Municipal, porquanto amplia, de modo indevido, à revelia do comando constitucional, a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, em contrariedade ao modelo constitucional delineado, além de haver reforçado dispositivo anterior que instituiu inusitado "julgamento por omissão".

Requereu, ao final, a concessão da medida cautelar e, no mérito, que o pedido formulado neste ação seja julgado procedente para o fim de declarar a inconstitucionalidade do § 2º do artigo 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário, no que pertine às expressões "*e da Câmara Municipal*" e "*considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo*", retirando-as em definitivo do ordenamento jurídico-positivo vigente, em razão de violações aos §§ 1º e 2º do artigo 24 e ao inciso II do artigo 77 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Atribui à causa o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), anexando aos autos os documentos de p. 26 a 75.

Devidamente notificados, o Município de Ladário e a Câmara Municipal de Ladário, respectivamente à p. 85-90 e 93-95, sustentaram que não estariam presentes os requisitos para a concessão da liminar/cautelar positivados no artigo 517, *caput*, do Regimento Interno do TJMS.

Este Órgão Especial, por meio do acórdão exarado à p. 120-129, deferiu o pedido cautelar

> *(...) para suspender liminarmente a eficácia das expressões "e da Câmara Municipal" e "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo", contidas no enunciado normativo do § 2º do artigo 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário/MS, até o julgamento definitivo da presente ação (p. 128).*

Em observância à norma do art. 519 do RITJMS, foi determinada a notificação do Presidente da Câmara Municipal e do Município de Ladário para prestar informações (p. 142). Do mesmo modo, em atenção ao disposto no art. 520 do RITJMS, o Procurador Jurídico do Município de Ladário foi citado para, no prazo de 15 (quinze) dias, defender, no que coubesse, o texto impugnado.

Devidamente notificados, o Município de Ladário e a Câmara Municipal respectiva mantiveram-se silentes, conforme se extrai da certidão de p. 153.

Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por meio do parecer emitido pelo ínclito Procurador da Justiça, Dr. Humberto de Matos Brittes (p. 156-165), opinou

> *(...) pela procedência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, confirmando-se a liminar proferida, declarando-se a inconstitucionalidade do disposto no art. 48, § 2º, no que toca às expressões "e da Câmara Municipal" e "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo", ambos da Lei Orgânica do Município de Ladário* (p. 164).

Do direito

Feita essa digressão, vê-se que a matéria a ser dirimida por este colegiado consiste em saber se deve ou não ser declarado inconstitucional o § 2º do art. 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário, que dispõe, *in verbis*:

> *Art. 48. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Executivo, instituídos em lei.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º As contas do Prefeito e da Câmara Municipal, prestadas anualmente, serão julgadas pela Câmara dentro de sessenta dias após o recebimento do Parecer Prévio do Tribunal de Contas ou órgão estadual a que for atribuída essa incumbência,* ***considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse Parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo****. (g.n.).* (Realcei).

Como se vê, o § 2º do artigo 48 da Lei Orgânica do Município de Ladário, dispositivo acoimado de inconstitucional, instituiu uma hipótese de julgamento ficto das contas do Prefeito e da Câmara de Vereadores, haja vista que ficou ali estabelecido que, no caso de a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito Municipal em até sessenta dias, serão elas (as contas) consideradas "*julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo*".

Sucede que não existe a possibilidade de julgamento ficto das contas nas Constituições Estadual e Federal, de modo que a Lei Orgânica do Município de Ladário trouxe modificação do rito de julgamento das contas do Chefe do Executivo Municipal, permitindo à Câmara Municipal a possibilidade de, segundo critérios de conveniência e oportunidade, manifestar-se ou não acerca de tais prestações de contas.

De fato, assim dispõem os parágrafos 1º e 2º do art. 24 da Constituição Estadual:

Art. 24. A fiscalização financeira e orçamentária dos municípios será exercida através do controle externo da Câmara Municipal e através do controle interno do Executivo Municipal, nos termos da lei.

> *§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, que emitirá parecer prévio sobre todas as contas prestadas pelo Prefeito, dentro dos noventa dias seguintes ao encerramento do exercício financeiro.*
>
> *§ 2º Somente por deliberação de dois terços da Câmara deixará de prevalecer o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.*

Da leitura do referido texto constitucional, não se vislumbra qualquer autorização para julgamento ficto das contas do Município. Conforme bem ponderou o nobre Procurador de Justiça Humberto de Matos Brittes, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não ser possível à Câmara de Vereadores efetuar o julgamento ficto de contas do Chefe do Poder Executivo por decurso de prazo.

Neste sentido, destaco o seguinte trecho do parecer ministerial, à p. 162:

> *(...) Ademais, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pronunciou-se recentemente acerca do tema, que teve repercussão geral reconhecida no RE nº 729.744/MG e 848.826/DF, decidindo, em regra, no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio não acolhe o julgamento ficto de contas por decurso de prazo, por configurar delegação de competência constitucional e verdadeira sanção por decurso de prazo, senão vejamos:*
>
> *Parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas tem natureza opinativa competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais do*

chefe do Poder Executivo local, sendo incabível o julgamento ficto das contas por decurso de prazo. (Destaques no original).

Daí por que este Órgão Especial, em casos tais, tem julgado procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Confiram-se os precedentes:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUIA LOPES DA LAGUNA – HOMOLOGAÇÃO DAS CONTAS DO PREFEITO DE ACORDO COM O PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS NOS CASOS EM QUE NÃO HOUVER MANIFESTAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL – INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – PREVISÃO DE JULGAMENTO DAS CONTAS DA CÂMARA DE VEREADORES POR ELA MESMA – ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÕES ESTRANHAS À CÂMARA MUNICIPAL – FUNÇÃO DA CORTE DE CONTAS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DEMONSTRADA – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – MODULAÇÃO DOS EFEITOS – SEGURANÇA JURÍDICA – EFEITO EX TUNC.

1. É inconstitucional a alínea "b" do inciso XV, do art. 31, da Lei Orgânica de Guia Lopes da Laguna, ao instituir hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, ao prever que, se a Câmara Municipal local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer do Tribunal de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer daquela Corte. Competência atribuída à Câmara de Vereadores, não sendo permitido o julgamento ficto das contas do prefeito.

2. Do mesmo modo, evidencia-se inconstitucional expressões contidas no § 2º, do art. 58, da Lei Orgânica do Município, que dispõe sobre o julgamento pela Câmara de Vereadores de suas próprias contas. Competência atribuída ao Tribunal de Contas.

3. No caso é inaplicável proceder a modulação dos efeitos nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, visto não estarem presentes os requisitos ali elencados de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. (Precedentes dessa Corte - ADin nºs 2000107-10.2017.8.12.0000 e 2000450-06.2017.8.12.0000).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (TJMS: ADIN n. 2000010-10.2017.8.12.0000. Órgão Especial. Rel. Des. João Maria Lós, j. 07/02/2018, publ. 08/02/2018)

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE DEODÁPOLIS – JULGAMENTO FICTO DAS CONTAS APRESENTADAS PELO PREFEITO - PREVISÃO DE APROVAÇÃO OU REJEIÇÃO DA CONTAS DO PREFEITO NOS TERMOS DA CONCLUSÃO DA CORTE DE CONTAS, NA HIPÓTESE DA CÂMARA DE VEREADORES NÃO DELIBERAR SOBRE AS REFERIDAS CONTAS NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS – INCOMPATIBILIDADE COM AS CONSTITUIÇÕES FEDERAL E ESTADUAL - PREVISÃO DE JULGAMENTO DAS CONTAS DA CÂMARA DE VEREADORES POR ELA MESMA – ATRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS – INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – EFEITOS EX TUNC – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

01. É inconstitucional dispositivo da Lei Orgânica do Município de Deodápolis ao instituir hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, prevendo que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer daquela Corte.

> *02. Também se reputa inconstitucional o dispositivo que dispõe sobre o julgamento pela Câmara de Vereadores de suas próprias contas. Diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, referida Corte, ao revés, tem competência julgadora em relação às demais autoridades públicas, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas, incluindo a Câmara de Vereadores, deve submeter-se ao controle e ao julgamento pelo Tribunal de Contas.*
>
> *03. A regra geral é a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex tunc, ou seja, retroativos. É conferida a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, instrumento que permite seja dado à decisão efeitos ex nunc (a partir do trânsito em julgado da decisão) ou pro futuro considerando as hipóteses excepcionais do artigo 27 da Lei n. 9.868/99.*
>
> *04. Pedido julgado procedente na Ação Direta de Inconstitucionalidade.* (TJMS: ADIN 2000446-66.2017.8.12.0000. Órgão Especial. Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 07/02/2018, publ. 08/02/2018).

Desse modo, o § 2º do artigo 42 da a Lei Orgânica do Município de Ladário, à revelia do comando constitucional, ampliou de modo indevido a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, assim, o modelo Constitucional vigente, devendo, por tal razão, ser declarado inconstitucional.

Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Anoto, ainda, por oportuno, que, em regra, as decisões de mérito nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo produzem efeito erga omnes e *ex tunc,* ou seja, retroativos, sendo certo que somente em casos excepcionais é que se deve realizar a modulação temporal prevista no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, que assim dispõe:

> *Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

Nesse sentido, vejamos:[1]

> *(...) Apesar da regra geral ser a declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex tunc, é conferido à Corte Suprema a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão, instrumento que permite seja dado à decisão efeitos ex nunc (a partir do trânsito em julgado da decisão) ou pro futuro (a partir de outro momento que venha a ser fixado na decisão). Assim, por meio da modulação temporal, a Corte Maior não considera nula a lei desde o seu nascimento, mas considera-a válida até determinado período, fazendo com que a declaração de inconstitucionalidade surta efeitos em um momento futuro ao nascimento da lei. Esse momento futuro pode a própria decisão ou outra data fixada.*

Não há, na presente ação, aparentemente, nenhum motivo especial que justifique a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com fincas no art. 27 da Lei nº 9.868/99 (*ex nunc*).

A propósito, em recentes julgados, este Órgão Especial tem-se manifestado no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de leis que aprovam contas por decurso de prazo deve ter efeito *ex*

1 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26071/analise-dos-efeitos-nas-decisoes-em-sede-de-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em 7.3.2018.

tunc, sendo neste sentido o acórdão, cuja ementa foi transcrita neste voto, proferido na ADIN nº 2000010-10.2017.8.12.0000, da relatoria do eminente Desembargador João Maria Lós, julgado em 08 de fevereiro de 2018.

Dispositivo.

À luz de todas essas considerações, em sintonia com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, julgo procedente o pedido formulado nesta ação direta, nos termos da inicial, para o fim de declarar a inconstitucionalidade, *ex tunc*, do dispositivo contido no art. 48, § 2º, da Lei Orgânica do Município de Ladário, no que toca às expressões *"e da Câmara Municipal"* e *"considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*.

Fica o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do que dispõe o artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Julizar Barbosa Trindade e Romero Osme Dias Lopes.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0001424-56.2008.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E DE AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO POLO PASSIVO – TAC QUE DEVE SER CUMPRIDO PELOS NOVOS PROPRIETÁRIOS, MESMO QUE NÃO TENHAM SIDO OS CAUSADORES DO DANO AMBIENTAL – PRELIMINARES REJEITADAS.

Não há o que se falar em ilegitimidade de parte ou nulidade por ausência de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que a demanda foi proposta em face do antigo proprietário, sendo os apelantes incluídos no polo passivo após a constatação de que haviam adquirido a área objeto da presente ação civil pública, de modo que eventual indicação errônea da parte passiva ou ausência de formação de litisconsórcio necessário, quando da propositura da ação, não tem o condão de anular o processo, não só porque o vício foi sanado com a inclusão dos apelantes, atuais proprietários do imóvel que embasa esta ação, como também diante do teor do disposto no artigo 1089, § 3º, do CPC/15, anterior artigo 42, 3º, do CPC/73.

Além disso, prevalece o entendimento de que a obrigação de recuperação de área degradada é *propter rem*, ou seja, a obrigação se transfere ao atual proprietário ou possuidor, mesmo que ele não seja o causador do dano.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – FATO MODIFICATIVO – LEI N. 12.651/2012 – APLICABILIDADE IMEDIATA – TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO – AÇÕES AINDA PENDENTES DE JULGAMENTO NO STF – NÃO CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER A EFICÁCIA DAS NORMAS CONTESTADAS – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – APLICABILIDADE DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – PRAZOS E CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS – NECESSIDADE DE OPORTUNIZAR A PRODUÇÃO DE PROVA DA REGULARIDADE DO IMÓVEL COM BASE NO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDA – SENTENÇA ANULADA.

A justificativa da norma no ordenamento jurídico é a valoração dos fatos pela sociedade, ou seja, determinado fato após valorado pelo senso comum é inserido em lei para ser aplicado de maneira concreta, de modo que haveria contra senso jurídico admitir a aplicação da antiga legislação ambiental (Lei n. 4.771/1965) quando já vigente o Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), o qual mais atento à realidade contemporânea, fixa novas diretivas e limites a serem observados.

Presume-se a constitucionalidade do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), se as demandas propostas no Supremo Tribunal Federal (AdI's nº 4901, 4902, 4903 e 4937) ainda se encontram pendente de julgamento.

O novo Código Florestal tem aplicação imediata e por apresentar prazos e condições mais favoráveis estes devem incidir para beneficiar as partes, sendo necessário oportunizar aos réus a produção de prova a respeito da regularidade do imóvel, conforme exigido pelo Órgão Regulador

Ambiental, com base nas novas diretrizes.

Recurso conhecido e provido para acolher a preliminar de cerceamento de defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e em parte com o parecer, rejeitar as preliminares de ilegitimidade passiva e de nulidade e acolher a de cerceamento de defesa, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

João Carlos Gonsales e Maria Sueli dos Santos Gonsales, devidamente qualificados, interpõem apelação cível em face do Ministério Público Estadual (fls. 294-322), insurgindo-se contra a sentença de fls. 278-288 do douto juiz da 2ª Vara da comarca de Ivinhema, MS, Dr. Mário José Esbalqueiro Júnior, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pelo apelado em ação civil pública ajuizada contra Euclisío Amâncio Aguilar, conforme dispositivo que transcrevo a seguir (f. 287):

> *Isto posto, coloco termo à fase de conhecimento do processo (CPC, art. 269, I), para acolher em parte os pedidos ministeriais, adaptando prazos à nova legislação e determinado que o pólo passivo finalmente passe a cumprir a legislação ambiental e com o reconhecimento da inconstitucionalidade material pelo retrocesso verificado nos arts. 61-A e 67 da Lei 12.651/2012.*
>
> *Assim, depois de tantos prazos concedidos, assevero que a implantação do CAR, impõe que o pólo passivo prove o requerimento protolocolando perante o órgão ambiental estadual (já apresentado f. 243 ss).*
>
> *No mesmo prazo de casos similares, determino que em 60 dias, deverá o pólo passivo indicar o programa de recuperação ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento, tudo provado nos autos. Terá mais 60 dias para comprovar homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente (programa simplificado por se tratar de pequena propriedade).*
>
> *Quanto à multa em uferms, penso que tal medida tumulta o cálculo, por isso, atento às diretivas do art. 461, §§ do CPC, delimito que a obrigação imposta, depois de tanto prazo concedido, implicará em multa de R$300,00 (trezentos reais) por dia de descumprimento.*
>
> *Tal incidência iniciará depois da intimação do pólo passivo (pessoal e por publicação). Contar-se-á a partir do dia seguinte da intimação, e não da juntada do mandado aos autos, haja vista se tratar de tema urgente e reiteradamente descumprido.*
>
> *Limito o valor da multa em 30% do valor real do imóvel rural, podendo tal valor ser majorado em caso de reiterado descumprimento.*

Custas pelo(s) requerido(s). Sem honorários, por se tratar de demanda proposta pelo MPE.

Sustentam os recorrentes que o autor ajuizou a presente ação civil pública devido a existência de pendências ambientais na propriedade rural dos apelantes (matrícula 2243, lotes 18B, 19 e 20 da quadra 09, na gleba Itaporã), sendo que o réu, Euclísio, havia se comprometido a realizar o Projeto de Recuperação de Área Degradada - Prad na área rural em questão quando ainda vigente a Lei n. 4.771/64.

Salienta que a ação foi proposta erroneamente, pois os proprietários da área eram os recorrentes e não Euclísio, sendo que o Termo de Ajustamento de Conduta foi assinado por André Aguilar, pessoa estranha aos autos, de modo que a inicial é inepta por falta de justa causa e de documentos indispensáveis para a propositura da demanda, uma vez que teve por base o Inquérito Civil n. 020/2PJI-98, do qual não participaram os recorrentes.

Aduz que havia erro material na inicial, uma vez que os lotes 18B, 19 e 20 da quadra 09, da Gleba Itaporã, não correspondiam com a matrícula 2243, mas sim com a matrícula 9191 do CRI de Ivinhema/MS, o que denota a nulidade do Inquérito Civil e do TAC, além de serem imprestáveis como meio de prova, pois não foram ratificados por todos os proprietários ou possuidores do imóvel objeto da demanda.

Argumentam sobre a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre todos os proprietários do imóvel existentes na época, o que não ocorreu, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito em razão de tal nulidade.

Afirmam que houve a venda do imóvel e os antigos proprietários não são mais responsáveis pela obrigação legal ambiental, mas, segundo o artigo 42 do CPC, a venda do bem não induz a alteração das partes do processo, pois a verificação da existência ou não da irregularidade, depende da apuração de fatos ocorridos quando os antigos proprietários estavam na posse e domínio do bem.

Defendem que houve cerceamento de defesa, porquanto o juiz proferiu sentença logo após a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença pelo MPE, sem oportunizar a produção de provas ou a apresentação de memoriais.

Acrescentam que não foi realizada nenhuma prova pericial, vistoria ou inspeção judicial com as garantias do devido processo legal, ressaltando que não há ato lesivo praticado por eles capaz de caracterizar um dano ambiental e não há provas concretas da existência de dano ambiental, nem de descumprimento de legislação ambiental, pois tal descumprimento deveria ser precedido de apuração administrativa junto ao IMASUL.

Discorrem sobre a aplicação e constitucionalidade do Novo Código Florestal, sustentando que, ao declarar a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei n. 12.651/2012 e ao determinar que os requeridos apresentassem o CAR no prazo de 60 dias, o juiz singular instituiu prazo inferior ao estabelecido pelo próprio Ministério do Meio Ambiente para a adoção da medida, gerando uma situação de desigualdade para com os demais proprietários rurais do Brasil.

Argumentam ser impossível o controle difuso de constitucionalidade quando o objetivo intrínseco do mérito da ação civil pública for a declaração de inconstitucionalidade de certa norma, ou seja, quando a ACP usurpar a competência da ação direta de inconstitucionalidade, como afirma ocorrer no presente caso.

Prequestionam os artigos 61-A e 67 da Lei 12.651/2012.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às fls. 328-373.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 381-398, opinando pela rejeição das preliminares de ilegitimidade passiva, de existência de litisconsórcio passivo e de nulidade decorrente do julgamento antecipado da lide. No mérito, pelo desprovimento do recurso de apelação.

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. A sentença objurgada foi registrada em 19/10/2015 (f. 289), de sorte que a antiga norma processual (Lei n. 5.869/1973) continua aplicável no julgamento do recurso.

Extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou ação Civil Pública em face de Euclisio Amâncio Aguilar, na condição de proprietário do imóvel rural situado nos lotes 18B, 19, 20, Quadra 09, Gleba Itapoã, matrícula 2243 do CRI de Ivinhema/MS, salientando que o requerido se comprometeu a resgatar a área degradada e apresentar e realizar Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), o que não fez, de modo que a ajuizou a presente demando para obriga-lo a cumprir com o acordado em Termo de Ajustamento de Conduta.

A demanda foi ajuizada em 21 de agosto de 2008 e o inquérito civil foi instaurado contra o requerido em 17 de setembro de 1998 (fls. 08-14).

É de se ver que a presente ação civil pública tem por base o Termo de Ajustamento de Conduta firmado por André Aguilar, em 23 de outubro de 1998, na qualidade de proprietário da área em questão, o qual reconheceu que nas terras não existe a reserva florestal legal e a floresta de preservação permanente, comprometendo-se a executar Projeto de Recuperação de Área Degradada (fls. 22-25).

Em 26 de abril de 2001, o Sr. Euclisio compareceu à Promotoria de Justiça e firmou o novo Termo de Ajustamento de conduta, comprometendo-se a entregar, no prazo de 150 dias, laudo técnico de constatação de reserva legal, homologado pelo IBAMA e o cumprimento do cronograma do projeto, com exatidão (f. 38).

O réu apresentou contestação (fls. 50-53), alegando a sua ilegitimidade passiva.

O autor reconheceu o erro quanto à indicação da matrícula do imóvel, que seria, em verdade, a de n. 9.191, mas afirmou que o requerido permanecia como proprietário, em condomínio com outros, de modo que a demanda deveria permanecer contra ele em razão do princípio da solidariedade em matéria ambiental.

A demanda foi suspensa em 23 de julho de 2013, tendo em vista o pedido do autor de declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos do Novo Código Florestal, os quais eram objeto das ADI's n. 4901, 4902 e 4903 (f. 150-152).

Em 19 de setembro de 2014, o nobre julgador de primeiro grau retomou o andamento do feito e determinou que o requerido informasse em 60 (sessenta) dias: a) o tamanho da propriedade atualmente; b) se efetuou o cadastro ambiental rural; c) como está a recuperação da área degradada (provas); c) a efetivação do PRA junto ao órgão ambiental estadual, ou naqueles casos de dispensa do PRA, deverá comprovar que procurou o órgão ambiental e elaborou cronograma de recuperação ambiental (fls. 157-162).

O requerido se manifestou às fls. 165-166 para informar que não haveria possibilidade de prestar qualquer esclarecimento sobre o imóvel em questão, uma vez que foi alienado, por todos os condôminos à João Carlos Gonsales e Maria Sueli dos Santos Gonsales, ora apelantes, em 15 de maio de 2013.

O Ministério Público pediu então a exclusão de Euclísio Amâncio Aguilar do polo passivo da ação e a inclusão dos apelantes (fls. 208-209), o que foi deferido pelo douto juízo *a quo*, conforme decisão de f. 211.

Os apelantes apresentaram contestação às fls. 223-237, defendendo a aplicação do novo Código Florestal, de modo que o imóvel não estaria irregular. Aduziram, ainda, que as provas coligidas no Inquérito civil n. 020/PJI/1998 não condizem com a atual situação do imóvel objeto da ação, uma vez que não há qualquer problema ambiental na propriedade, nem referente à Área de Preservação Permanente e nem com referência à Área de Reserva Legal.

Argumentaram que, caso houvesse alguma necessidade de instituição, recomposição ou compensação de RL ou APP, tais necessidades seriam apuradas a partir da adesão ao CAR/MS e efetuadas de acordo com o PRA, conforme determina o artigo 59 do Código Florestal.

Ressaltaram que todas as provas apresentadas não passaram pelas garantias do devido processo legal e da ampla defesa, sendo que o autor não logrou êxito em demonstrar inequivocamente a necessidade dos requeridos de cumprirem com as exigências elaboradas nos pedidos.

Requereram a juntada do Cadastro Ambiental Rural da propriedade, afirmando que está aquém dos 4 módulos fiscais da região do MS, enquadrando-se no conceito de áreas consolidadas e dispensada da adesão ao PRA, uma vez que não possui passivo carente de recuperação em área de Reserva Legal ou APP, conforme verificação do IMASUL.

O autor se manifestou sobre a contestação às fls. 251-277.

Sobreveio a sentença pela qual foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 61-A e 67 do Novo Código Florestal, salientando o dever de recuperação da área degradada, independentemente do tamanho da propriedade, de modo que o douto juízo fez as seguintes determinações:

> *Assim, depois de tantos prazos concedidos, assevero que a implantação do CAR, impõe que o pólo passivo prove o requerimento protocolando perante o órgão ambiental estadual (já apresentado f. 243 ss).*
>
> *No mesmo prazo de casos similares, determino que em 60 dias, deverá o pólo passivo indicar o programa de recuperação ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento, tudo provado nos autos. Terá mais 60 dias para comprovar homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente (programa simplificado por se tratar de pequena propriedade).*
>
> *Quanto à multa em uferms, penso que tal medida tumultua o cálculo, por isso, atento às diretivas do art. 461, §§ do CPC, delimito que a obrigação imposta, depois de tanto prazo concedido, implicará em multa de R$300,00 (trezentos reais) por dia de descumprimento.*
>
> *Tal incidência iniciará depois da intimação do polo passivo (pessoal e por publicação). Contar-se-á a partir do dia seguinte da intimação, e não da juntada do mandado aos autos, haja vista se tratar de tema urgente e reiteradamente descumprido.*
>
> *Limito o valor da multa em 30% do valor real do imóvel rural, podendo tal valor ser majorado em caso de reiterado descumprimento.*

Passo à análise do recurso dos réus, João Carlos Gonsales e Maria Sueli dos Santos Gonsales.

Da preliminar de nulidade por ausência de legitimidade e de citação dos litisconsortes

Sustentam os recorrentes que o autor ajuizou a presente ação civil pública devido a existência de pendências ambientais na propriedade rural dos apelantes (matrícula 2243, lotes 18B, 19 e 20 da quadra 09, na gleba Itaporã), sendo que o réu, Euclísio, havia se comprometido a realizar o Projeto de Recuperação de Área Degradada - Prad na área rural em questão quando ainda vigente a Lei n. 4.771/64.

Salientam que, no decorrer do processo, constatou-se que a ação foi proposta erroneamente, pois os proprietários da área eram os recorrentes e não Euclísio, sendo que o Termo de Ajustamento de Conduta foi assinado por André Aguilar, pessoa estranha aos autos, de modo que a inicial é inepta por falta de justa causa e de documentos indispensáveis para a propositura da demanda, uma vez que teve por base o Inquérito Civil n. 020/2PJI-98, do qual não participaram os recorrentes.

Aduz que havia erro material na inicial, uma vez que os lotes 18B, 19 e 20 da quadra 09, da Gleba Itaporã, não correspondiam com a matrícula 2243, mas sim com a matrícula 9191 do CRI de Ivinhema/MS, o que denota a nulidade do Inquérito Civil e do TAC, além de serem imprestáveis como meio de prova, pois não foram ratificados por todos os proprietários ou possuidores do imóvel objeto da demanda.

Argumentam sobre a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre todos os proprietários do imóvel existentes na época, o que não ocorreu, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito em razão de tal nulidade.

Não há o que se falar em inépcia da inicial, uma vez que a demanda foi proposta em face do antigo proprietário, sendo os apelantes incluídos no polo passivo após a constatação de que haviam adquirido a área objeto da presente ação civil pública, de modo que eventual indicação errônea da parte passiva quando da propositura da ação não tem o condão de anular o processo, uma vez que o vício foi sanado com a inclusão dos apelantes, atuais proprietários do imóvel que embasa esta ação.

Outrossim, segundo o disposto no artigo 42, § 3º, do CPC/73 ("*a sentença, proferida entre as partes originárias, estende seus efeitos ao adquirente ou cessionário*"), que tem correspondência ao atual art. 109, § 3º do CPC/15 ("*estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário*")[1], que, por sí só, já implicariam, de rigor, que sequer ocorresse a substituição das partes no curso da relação processual. Com maior razão, assim, se tal substituição ocorreu, como no caso, o que indica a total impertinência da preliminar.

Ademais, prevalece o entendimento de que a obrigação de recuperação de área degradada é propter rem, ou seja, a obrigação se transfere ao atual proprietário ou possuidor, mesmo que ele não seja o causador do dano, o que justifica a alteração do polo passiva e afasta a aplicação do art. 42 do Código de Processo Civil/1973.

Não se trata de ação reipersecutória, mas de demanda destinada à obtenção de provimento jurisdicional condenatório afeto à recuperação da área degradada.

A pretensão contida na inicial é de natureza pessoal e incide sobre a coisa, de tal forma que se trata de obrigação propter rem, assim considerada como sendo aquela em que a obrigação recai sobre uma pessoa física e esta fica adstrita a satisfazer uma prestação, que é de direito real, eis que titular da coisa, como no caso e, por isto mesmo, é de natureza mista (pessoal e real).

No mesmo sentido o entendimento do STJ, segundo o qual "*A obrigação de reparação dos danos ambientais é propter rem, sem prejuízo da solidariedade entre os vários causadores do dano, descabendo falar em direito adquirido à degradação. O novo proprietário assume o ônus de manter a integridade do*

1 "*Se a coisa se tornar litigiosa, não há necessidade de citar quem vier a adquiri-la posteriormente; o adquirente já é naturalmente alcançado pela sentença (§ 3º)*. (RSTJ, vol. 104, p. 844).

ecossistema protegido, tornando-se responsável pela recuperação, mesmo que não tenha contribuído para o desmatamento ou destruição" (AgRg no REsp 1.367.968/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 12.3.2014, e REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 17.4.2012. (...) (REsp 1241630/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 19/04/2017)"

No que tange ao erro quanto à indicação da matrícula do imóvel, também não tem o condão de anular todo o Inquérito Civil, uma vez que a área supostamente degradada foi corretamente identificada.

Rejeito, portanto, as preliminares.

Da preliminar de cerceamento de defesa

Os apelantes defendem que houve cerceamento de defesa, pois o juiz proferiu sentença logo após a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença pelo MPE, sem oportunizar a produção de provas ou a apresentação de memoriais.

Acrescentam que não foi realizada nenhuma prova pericial, vistoria ou inspeção judicial com as garantias do devido processo legal, ressaltando que não há ato lesivo praticado por eles capaz de caracterizar um dano ambiental e não há provas concretas da existência de dano ambiental, nem de descumprimento de legislação ambiental, pois tal descumprimento deveria ser precedido de apuração administrativa junto ao IMASUL.

Ocorre que os apelantes defendem a aplicação do Código Florestal atual e defendem a regularidade da área com base na referida norma e a demanda foi proposta ainda na vigência do Código anterior, que previa área de reserva legal de 20%. O douto julgador de primeiro grau entendeu ser inconstitucional os artigos 61 e 67 da atual legislação, que dispensa a reserva legal em áreas de até quatro módulos fiscais, de modo que seria inócua a produção de prova para comprovação de que a área está de acordo com a Lei atual se o juiz entende aplicável a norma anterior.

Nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil/1973, cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Porém, o que os apelantes argumentam no recurso é que as inovações legislativas introduzidas pelo Novo Código Florestal afastam as obrigações estabelecidas na d. sentença, defendendo a constitucionalidade dos artigos 61-A e 67 da Lei n. 12.651/2012 (novo Código Florestal).

E, a meu ver, a preliminar deve ser acolhida.

O Novo Código Florestal, Lei nº. 12.651/2012, não estava em vigor na época do inquérito (1998) e nem do ajuizamento da presente ação (2008), de modo que a sua aplicação, poderia desaguar em afronta ao princípio da irretroatividade da lei nova (*tempus regit actum*).

Porém, a causa deve ser analisada sob o enfoque da Teoria Tridimensional do Direito.

Revela-se percuciente o escólio de Marcelo Abelha Rodrigues in Manual de Direito Processual Civil, 5ª edição, 2010, Editora Revista dos Tribunais, p. 37-38 para aclarar a *quaestio iuris*:

> *Para a exata compreensão dos fenômenos do processo é mister que igualmente tenhamos uma noção básica e simplificada do sistema jurídico como um todo.* ***Quando falamos em 'sistema jurídico', estamos aí englobando todo o itinerário da norma, desde o seu nascimento até a sua aplicação ao caso concreto, ou seja, da sua introdução no***

sistema como uma norma abstrata até sua aplicação (quando se torna uma norma concreta). *Esse 'processo' altamente complexo é que compreende o que se denomina de 'sistema jurídico'. Sem pelo menos uma simples análise desse fenômeno não será possível entender, por exemplo, as mudanças de paradigma por que todo o direito processual civil vem passando nos últimos tempos.*

(...) o sistema jurídico, visto na sua totalidade, é formado por três subsistemas (fato + valor + norma) que vivem em perfeito estado de isomorfia, isto é, num equilíbrio dinâmico de engrenagens, de forma que um subsistema completa o outro e lhe dá motivação. Esses subsistemas caminham numa escalada segundo o grau de abstração com que podem ser identificados.

O primeiro subsistema é raiz e ponto de partida de todos os outros. O seu grau de abstração se encontra em seu estágio máximo, podendo ser assim designado subsistema dos fatos sociais. Os fatos sociais correspondem às situações extraídas da experiência social que se repetem no dia a dia e são influenciadas por fatores culturais, naturais, econômicos, políticos, sociais, históricos etc.

O segundo subsistema, intermediário dos dois, e com grau menor de abstração em relação ao anterior, é o subsistema dos valores (axiológico), que reflete a tendência valorativa da sociedade em relação à apreciação dos fatos sociais. Obviamente que são diretamente tocados pelos mesmos fatores que são influenciadores dos fatos sociais. Aqui é o campo de ambiência dos princípios que navegam livremente nesse subsistema. Os valores (princípios) adotados no sistema jurídico como um todo (efetividade, dignidade, isonomia, segurança etc.) flutuam nesse sistema.

O terceiro subsistema, cujo grau de abstração é ainda mais reduzido, é o das normas jurídicas abstratas. As normas jurídicas são, portanto, recortes abstratos do fato social valorado. Se pretendêssemos 'dissecar' uma norma jurídica, certamente que identificaríamos um fato social (fruto da experiência social), que, uma vez captado pela sociologia, seria valorado pelos princípios queridos pela sociedade e, assim, posto em moldura abstrata. Essa norma jurídica estaria, então, pronta para incidir sobre os fatos que nascessem a partir do seu surgimento. A partir do momento em que surgissem os fatos, estes se enquadrariam sobre as normas jurídicas e então estas sairiam da condição de normas abstratas para normas concretas, atingindo o grau máximo de concretude. Quando a norma concreta não é cumprida espontaneamente, e uma vez vedada a autotutela, então se faz necessário recorrer ao Poder Judiciário para que este possa dirimir as crises relativas ao cumprimento da norma concreta. Para isso, o Poder Judiciário deverá, primeiramente, declarar qual a norma concreta (o que faz mediante um processo dialético e participativo), e, uma vez obtida a declaração, satisfazê-la.

Quando se diz que existe uma biunívoca relação entre os subsistemas e um estado de equilíbrio dinâmico, é porque há lógica relação entre o subsistema das normas jurídicas e o dos fatos sociais, pois aquele nada mais é do que o recorte, posto em plano abstrato, da experiência dos fatos sociais (captados pela sociologia jurídica).

Enfim, ***a lei nada mais é do que a moldura abstrata de previsões ad futurum de experiências sociais que foram valoradas pelo legislador. A fattispecie ou Tatbestand, identificadores do modelo legal que abrigará o fato gerador de direitos, nada mais é do que uma repetição, agora em moldura abstrata, das experiências sociais eriçadas à condição de norma. O papel do subsistema axiológico – intermediário – é importantíssimo, por refletir os valores sopesados e queridos pelo sistema, quando este transforma um fato social em norma abstrata***. (g.n.)

Como se extrai da explanação, a justificativa da norma no ordenamento jurídico é a valoração dos fatos pela sociedade, ou seja, determinado fato após valorado pelo senso comum é inserido em lei para ser aplicado de maneira concreta.

Concatenando, pois, a intelecção vindicada acima com a hipótese sub examine, verifica-se que o Projeto de Lei n. 1.876, apresentado em 19.10.1999, que primeiramente deu origem à discussão do Novo Código Florestal, ao final, convertido na Lei n. 12.651/2012, originou-se, como apontado, no ano de 1999, marco a partir do qual longos debates foram travados sobre a matéria que já se encontrava defasada diante da realidade do país.

Aliás, o deputado Sérgio Carvalho, relator do projeto primevo, ao apresentá-lo justificou :

> ***O Código Florestal, instituído há mais de 30 anos, pode ser considerado um dos grandes marcos da legislação ambiental brasileira. A criação das figuras "Áreas de Preservação Permanente", "Reserva Legal", bem como a obrigatoriedade da reposição florestal representaram avanços significativos em relação à proteção do meio ambiente. A aplicação dessa lei, todavia, não tem sido fácil e, muitas vezes, a preservação ambiental pretendida não tem logrado êxito****.*
>
> *(...)*
>
> *Um exemplo dos problemas encontrados é dado pelas áreas de preservação permanente previstas no art. 2º da Lei 4.771/65, que têm seus limites fixados sem que sejam consideradas características importantes como o relevo, por exemplo. Também não foram levados em conta aspectos sócio-culturais importantes, como o fato de na Amazônia a população concentrar-se próximo aos rios.*
>
> *A questão vê-se agravada pela rigidez da lei, pois, conforme o § 1º do art. 3º, "a supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social." Segundo a boa técnica legislativa, esse dispositivo aplica-se somente ao art. 3º. Assim, as áreas de preservação permanente elencadas no art. 2º não poderão ser alteradas ou suprimidas, em qualquer hipótese. Esse é o entendimento de renomados juristas que atuam na área ambiental.*
>
> *(...)*
>
> *O Código Florestal em vigor também falha por omissão, ficando o tratamento de matérias importantes a cargo de inúmeras portarias do IBAMA, algumas das quais, inclusive, extrapolam a competência normativa do órgão. Um exemplo, é a instituição de taxa como opção à reposição florestal. Essa taxa só poderia ter sido instituída mediante lei.* (g.n.)

Após a apresentação desse projeto de lei, outros Projetos de Lei (n. 4524/2004, 4091/2008, 4395/2008, 4619/2009, 5229/2009, 5367/2009, 5898/2009, 6238/2009, 6313/2009,6732/2010) se seguiram discutindo a mesma Lei n. 4.771/1965 – antigo Código Florestal.

Isso significa que os valores da sociedade com relação ao quanto estatuído pela norma anterior já estavam enfraquecidos e distantes da realidade, o que ensejou novos pensamentos e propostas legislativas pelos parlamentares.

Nesse aspecto, é certo que não há como prevalecer para a hipótese em comento as regras aplicadas sob o enfoque da Lei n. 4.771/1965, porque os fatos sancionados já não se caracterizavam como valores

a serem protegidos, o que culminou com o advento da Lei n. 12.651/2012, a qual estabeleceu novos parâmetros de preservação ambiental.

Haveria contra senso jurídico admitir a aplicação da legislação ambiental se essa mesma legislação ambiental não mais prevalece no ordenamento, cedendo lugar a novel que, mais atenta à realidade contemporânea, fixa novas diretivas e limites a serem observados.

Repise-se, para que não remanesçam dúvidas, que essa é a inteligência derivada da Teoria Tridimensional de Miguel Reale, segundo a qual os fatos que permeiam a sociedade a conduzem a formar juízo de valor a respeito dos mesmos e por consequência uma norma a regrá-los.

Assim, com a promulgação do Código Florestal, Lei n. 12.651, em 25 de maio de 2012, com as alterações da Lei n. 12.727/2012, as questões aqui suscitadas devem ser sob enfoque analisadas. A composição da lide, pois, deve-se fazer com a aplicação da legislação nova, à vista do disposto no artigo 462[2] do Código de Processo Civil/1973.

O artigo 462 da lei adjetiva admite que o fato tido por superveniente, capaz de influenciar no julgamento da causa, deva ser considerado pelo julgador, ainda que em sede recursal[3]. A propósito:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EX-COMBATENTE. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. (...)*
>
> *2. "**Nas instâncias ordinárias cabe ao magistrado, no momento de proferir a sentença, tomar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, a superveniência de lei nova (jus superveniens*), nos termos do art. 462 do CPC. Nestes casos, não há que se cogitar de julgamento *extra petita*" (REsp 1.070.788/BA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 28/9/10).*
>
> *3. (...)*
>
> *4. Agravo regimental não provido.* (STJ, AgRg no Ag 1330124/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 23/05/2012) *(g.n.)*
>
> *TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL. DIREITO SUPERVENIENTE. ART. 462, DO CPC. LEI ESTADUAL. SEDE RECURSAL. POSSIBILIDADE. ICMS. CREDITAMENTO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. "CESTA BÁSICA".*
>
> *1. **A ratio do art. 462, do CPC, tutela o princípio de que a sentença deve refletir o estado de fato no momento do julgamento da ação e não da sua propositura. Daí deve-se admitir que novos fatos sejam levados em conta pelo julgador quando do proferimento da sentença**. **Precedentes**: REsp 1090165/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 02/08/2010; EDcl no REsp 487784/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 30/06/2008; REsp 887378/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ 17/09/2007)*
>
> *2. **A jurisprudência desta Corte Superior tem admitido a apreciação do fato ou direito que possa influir no julgamento da lide, ainda que em instância extraordinária, desde que não importe a alteração do pedido ou da causa de pedir, porquanto a análise***

2 Art. 462 do CPC: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença".

3 Inteligência do STJ: REsp 1461382/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014.

> ***do jus superveniens pode ocorrer até a prolação da decisão final, inclusive na instância extraordinária, desde que atendido o inarredável requisito do prequestionamento. Precedentes****: Precedentes do STJ: AgRg no REsp 989.026/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 17.02.2009; REsp 907.236/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.11.2008, DJe 01.12.2008; REsp 710.081/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14.03.2006, DJ 27.03.2006; REsp 614.771/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 01.02.2006; REsp 688.151/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07.04.2005, DJ 08.08.2005.*
>
> *3. A controvérsia acerca da aplicação do art. 462, do CPC, em razão da superveniência de lei estadual, restou devidamente debatida na instância de origem, de modo a atender o requisito do prequestionamento nesta via especial, conforme depreende-se das razões do v. acórdão recorrido proferido em sede de embargos de declaração, verbis: Isso porque, ao contrário do que alega a recorrente o art. 462 do CPC não se aplica aos casos em que já houve sentença, inclusive com o julgamento do respectivo recurso" (fl. 369).*
>
> *(...)*
>
> *6. Recurso especial provido, para que a instância a quo analise o pedido à luz da novel legislação.* (STJ, REsp 1109048/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 14/12/2010) (g.n.)

Portanto, as normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem ser levadas em conta para regular a situação exposta na inicial. Como, *in casu*, a ação foi proposta em 27.10.2006 e a Lei n. 12.651 que compilou e alterou a legislação ambiental foi publicada em 25.5.2012, a sentença de f. 278-288 proferida em 19/10/2015 deveria ter considerado os novos balizamentos jurídicos para as questões arguidas.

Conforme relatado, o Ministério Público de Mato Grosso do Sul ajuizou a ação civil pública para obrigar os atuais proprietários do imóvel a apresentarem o Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD), com o devido protocolo junto ao órgão ambiental estadual e/ou federal para impeli-lo a cumprir a obrigação de fazer, consubstanciada na recuperação da área degradada.

Ocorre que na época da propositura da ação (21/08/2008) ainda vigia a Lei n. 4.771/1965, objetivando o autor coletivo o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta assinado pelo antigo possuidor da área, no qual reconheceu que inexistia em suas terras a reserva legal e a área de preservação permanente, comprometendo-se em adotar as providências necessárias para a recuperação da degradação ambiental (fls. 22-25).

As Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal são limitadoras da exploração plena da propriedade rural, em sua atividade extrativa ou agropastoril. São institutos que incidem na propriedade rural como encargos particular e individual, embora revertam em benefício social e coletivo.

As Áreas de Preservação Permanente, localizadas em propriedades particulares e públicas, são as citadas no art. 2º da Lei n. 4.771/65, conforme texto que transcrevo a seguir:

> *Art. 2° - Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; 3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; 4 - de 200 (duzentos)*

> *metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; 5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais; c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; d) no topo de morros, montes, montanhas e serras; e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive; f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais; h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação. Parágrafo único - No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.*

A área de reserva legal, por sua vez, também segundo o antigo Código Florestal, "*é a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas*", impedido a supressão de um percentual de, no mínimo, 20% de florestas ou de vegetação nativa existentes, originariamente, na propriedade rural.

O Código Florestal foi modificado com o artigo 61-A[4], concedendo autorização para a continuação das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural nas Áreas de Preservação Permanente de imóvel rural com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008.

Certo é que a reserva legal para o cerrado permanece em 20% (art. 12, II da Lei 12.651/12), mas a norma contida no artigo 67 da Lei n.º 12.651/2012[5] prevê a isenção do dever de recuperação da reserva legal nas áreas consolidadas de até 04 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao artigo 12 da Lei n.º 12.651/2012 (norma que estabelece o *quantum* da reserva legal de acordo com o bioma).

Outra inovação foi a norma prevista no art. 15, segundo a qual "*será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que: I - o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo; II - a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e III - o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR, nos termos desta Lei*".

O nobre julgador de primeiro grau considerou inconstitucionais os artigos 61-A e 67, o que acarretou a aplicação da norma anteriormente existente e a condenação dos apelantes, na medida em que apenas alegaram a conformidade da área com a novel legislação, quando deveriam promover a recuperação da área degradada, garantido a reserva legal de 20%.

Sobre a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos já se manifestou está 4ª Câmara Cível, na AC 0001320-64.2008, de relatoria do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, que:

> *Quanto ao Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), diversos dos seus*

4 Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

5 Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

> *dispositivos têm a constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (ADI's nº 4901, 4902, 4903 e 4937) em relação às áreas de preservação permanente, redução de reserva legal e anistia de quem promove degradação ambiental. Entretanto, tais matérias ainda se encontram pendente de julgamento.*
>
> *Considerando tal situação, este Tribunal já se manifestou no sentido de que "O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que,* ***diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei****. (...)"* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406931-39.2014.8.12.0000, Maracaju, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 09/09/2014, p: 12/09/2014) - grifei

Do mesmo modo, foi o resultado do julgamento proferido nos processo nº 0801416-48.2015.8.12.0029, cujo relator foi o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, que assim ressaltou no corpo do voto. Veja-se:

> *(...) as disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12, mas especificadamente nos artigos 61-A e 61-B citados pelo recorrente, os quais preveem uma medida diversa de recomposição para imóveis rurais que desenvolviam atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural nas áreas consolidadas em APPs até 22.07.2008, por si só, não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defende-lo.*
>
> *O prejuízo ecológico não deve ser genericamente examinado, mas sim, de modo concreto, em cada caso específico. Por mais que seja indubitável a necessidade de uma proteção ambiental, como de fato há, para a preservação, inclusive, da vida na Terra, aquela deve ser realizada em harmonia com o direito de propriedade e o desenvolvimento sustentável, a fim de que não haja limites exorbitantes, aptos a obstar a prática de atividades garantidoras da sobrevivência humana.*
>
> *Ademais, releva ressaltar* ***a existência de trâmite de Ações Diretas de Inconstitucionalidade junto à Corte Suprema, ajuizadas pela Procuradoria Geral da República, com o objetivo de questionar a constitucionalidade de artigos do Novo Código Florestal, nas quais não foram concedidas medidas cautelares. Deste modo, até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal Federal, parte-se do pressuposto da constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 12.651/12****.*[6] *(grifei).*

In casu, os apelantes comprovaram nos autos que já promoveram a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural do Mato Grosso do Sul (CAR), conforme documentos de fls. 243-249, constatando-se ali que a área possui apenas 2,10 módulos fiscais, que há área de Preservação Permanente de 2,5376 ha e área proposta para a constituição de reserva legal (remanescente de vegetação nativa) de 2,5246 ha.

Também há informação de que os apelantes já indicaram junto ao órgão ambiental um responsável técnico, Marino José Amaro de Oliveira.

A inscrição foi realizada em 15/04/2015 e juntada aos autos em 15/09/2015 e a sentença proferida na sequência.

Certo é que o documento apresentado apenas comprova a inscrição do imóvel no CAR-MS, estando a aprovação desta inscrição condicionada à análise técnica do órgão competente.

6 AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61-A E 61-B, AMBOS DA LEI N° 12.651/12 – AFASTADA – MÉRITO – ATIVIDADE AGROPECUÁRIA REALIZADA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE ANTERIOR À 22.07.2008 – CONSOLIDAÇÃO – CONTINUIDADE AUTORIZADA - EXISTÊNCIA DE VEGETAÇÃO NATIVA NO LOCAL DE ACORDO COM O ESTABELECIDO NO ARTIGO 61-A, §1° DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – DANO AMBIENTAL NÃO VERIFICADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0801416-48.2015.8.12.0029, Naviraí, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 08/11/2016, p: 09/11/2016)

Assim, há prova de que os apelantes estão cumprindo com a legislação ambiental, tomando medidas destinadas a regularizar a situação do imóvel o que esvazia parcialmente o objetivo da presente ação civil pública, cujo pedido expresso foi formulado no seguinte sentido:

> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, requer:*
>
> *a) a procedência total dos pedidos;*
>
> *b) a citação do requerido para, querendo, responder a presente ação;*
>
> *c) seja juntado aos autos o "Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD)", devidamente protocolizado junto ao órgão ambiental estadual e/ou federal, prazo de 30 (trinta) dias a contar da citação a fim de impelir o requerido a cumprir a obrigação de fazer, consubstanciada na recuperação da área degradada na sua propriedade.*
>
> *d) sem prejuízo da responsabilidade penal por possível prática de crime de desobediência, requer, ainda, que seja fixada, em sentença, nos termos do artigo 11, da Lei n. 7347/85, a multa no valor correspondente a 10.000 UFERMS, para o descumprimento judicial que o requerido vier a praticar, sendo que os valores daí advindos devem ser recolhidos ao Fundo Estadual de Defesa do Meio ambiente – FEDMA;*
>
> *e) Uma vez juntado o "Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD)" aos autos, que o requerido o execute imediatamente e, ao final, faça prova nos autos de sua fiel execução.*

Essa elucidação se faz importante, porquanto outra conclusão não há de que com a edição da nova Lei que alterou as regras a respeito da área de reserva legal e preservação permanente para imóveis de até 4 módulos fiscais a sentença deve ser anulada para permitir a comprovação de que o CAR já foi aprovado e o imóvel está a observar o código florestal em vigor, devendo ser acolhida a preliminar de cerceamento de defesa.

O douto juiz *a quo* já havia determinado a apresentação dessa prova, conforme decisão de fls. 157-162, proferida antes da inclusão dos apelantes no polo passivo, e, a meu ver, essa é a medida correta a ser adotada.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por João Carlos Gonsales e Maria Sueli dos Santos Gonsales, rejeito as preliminares de ilegitimidade e nulidade por ausência de litisconsórcio, e acolho a preliminar de cerceamento de defesa, anulando a sentença para que seja determinada a apresentação de provas pelos apelantes, conforme decisão de fls. 157-162.

Não há condenação da parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, em razão de isenção legal (artigo 128, §5º, inciso II, "a", da Constituição Federal e artigo 18 da Lei 7.347/85).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e em parte com o parecer, rejeitaram as preliminares de ilegitimidade passiva e de nulidade e acolheram a de cerceamento de defesa, 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0068774-26.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – ENERGIA ELÉTRICA – CONSTATAÇÃO PELA CONCESSIONÁRIA DE ADULTERAÇÃO NO MEDIDOR – LACRE VIOLADO – ANOMALIA EXECUTADA POR AGENTE EXTERNO E POR AÇÃO HUMANA – CONSUMIDOR QUE, CONSEQUENTEMENTE, PASSOU A PAGAR VALOR MENOR DO QUE NOS MESES ANTERIORES À CONSTATAÇÃO DO FATO – ATO OMISSIVO DO DEVEDOR QUE NÃO COMUNICOU À CONCESSIONÁRIA O FATO DE RECEBER COBRANÇA MENOR DE CONSUMO EM RELAÇÃO AOS MESES ANTERIORES, BENEFICIANDO-SE INDEVIDAMENTE DOS VALORES MENORES PAGOS NOS MESES SEGUINTES – CONSTATAÇÃO POSTERIOR DO FATO E COBRANÇA DA DIFERENÇA DE CONSUMO PELA CONCESSIONÁRIA – USUÁRIO QUE FALTOU COM O DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ – VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO – OFENSA AOS ARTIGOS 422 E 884 DO CC DE 2002, 4º, III, DA LEI 8.078/90 E 7º, IV, DA LEI FEDERAL 8.897/95 – COBRANÇA QUE OBEDECEU AO PROCEDIMENTO PREVISTO NAS RESOLUÇÕES 456/2000 E 414/2010 DA ANEEL, QUE TÊM FUNDAMENTO DE VALIDADE NAS LEIS FEDERAIS 8.987/95 (ART. 29, VI) 9.427/96 (ART. 3º, XIX) – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO ELIDIDA PELO USUÁRIO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

A ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica é autarquia sob regime especial, criada pela Lei Federal n. 9.427/96 (art. 1º), com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, e com as políticas e diretrizes do Governo Federal, encontrando-se, dentre diversas outras atribuições que essa mesma lei lhe confere, aquela prevista em seu artigo 3º, XIX, que estabelece ser de sua atribuição *regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestaçã*o, o que decorre diretamente do texto Constitucional, artigo 21, II, "b", da Magna Carta, que estabelece competir à União explorar diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos, o que se faz, no setor energético, através da regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica, criada pela Lei Federal 9.427/96. É dever da concessionária, outrossim, cumprir as disposições regulamentares do serviço, sua prestação e as cláusulas contratuais da concessão, fiscalizado pelo poder concedente através da ANEEL (art. 29, VI, da Lei Federal 8987/95), do que decorre então que dentro de seu poder regulamentar, acima indicado, tem legitimidade para baixar resoluções administrativas regulando o setor, dentre elas a Resolução nº 414/2010 que, dentre outras atribuições, estabelece o procedimento para averiguação da regularidade ou irregularidade no consumo de energia elétrica pelo usuário.

Outrossim, no outro ângulo da relação existente entre usuário e concessionária, é dever do consumidor guardar pela custódia do equipamento de energia elétrica, mantendo-o, tal como instalado, devidamente lacrado, sendo proibido fazer nele qualquer alteração que, se possível, só pode ser feita com a intervenção da concessionária, via de seus técnicos especializados, o que se afere do teor do artigo 167, IV, da Resolução nº 414/2010 e, outrossim, do teor do artigo 7º, VI, da Lei Federal nº 8.987/95.

O usuário deve arcar com o pagamento da contraprestação do serviço ou produto consumido (energia elétrica), no tanto em que efetivamente utilizado. Se houve adulteração do relógio medidor de energia elétrica, descurando-se o usuário do seu dever de custódia, fato ocorrido por ação humana externa, fato atestado por laudo pericial elaborado em conformidade com a Resolução ANEEL 414/2010, cujo procedimento foi observado, assegurando direito de defesa ao usuário, e não se tratando de fato do produto, ou decorrente do tempo de funcionamento, agentes corrosivos ou assemelhados que se enquadrem na deterioração natural daquele medidor, é dever do usuário efetuar o pagamento da diferença do valor apurado pela concessionária, no procedimento instaurado.

Constatada irregularidade no medidor de consumo de energia por ação externa humana, e não por defeito ou fato do produto, a diferença apurada no período de irregularidade é dívida certa e o consumidor deverá arcar com ela, independentemente da ocorrência ou não de culpa, *ex vi* dos art. 129 a 133 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL, baixada em conformidade com uma vasta gama de autorização legislativa federal, em especial da Lei nº 9.427/96, artigo 3º, XIX.

Observados os procedimentos previstos na Resolução nº 414/2010, da ANEEL, é legítima a imposição de pagamento do valor da diferença apurada, calculada na forma prevista naquele mesmo ato normativo, sob pena de, em assim não se fazendo, prestigiar-se a torpeza do próprio usuário, sua falta de boa-fé na relação comercial ao deixar de comunicar à concessionária a queda repentina do valor de consumo, nos termos da obrigação que lhe é imposta pelo Art. 7º, IV, da Lei Federal nº 8.987/95 e, ainda, artigo 422 do CC de 2002 e art. 4º, inciso III, *in fine*, da Lei 8.078/90, bem assim como, finalmente, ensejar seu enriquecimento sem causa, o que encontra vedação no art. 884 do CC de 2002.

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, não conhecer do recurso de José Nivaldo da Silva, nos termos do voto do Relator. Por maioria, deram provimento ao recurso de Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A, nos termos do voto do 1º Vogal, vencidos o Relator e o 3º Vogal, de acordo com a técnica de julgamento do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A e José Nivaldo da Silva interpuseram recursos de Apelação em face da sentença proferida em 09.09.2016, por Juiz Geraldo de Almeida Santiago, da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação declaratória de inexistência de débitos com pedido de antecipação de tutela proposta por José Nivaldo da Silva em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A., julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para declarar a inexistência do débito de R$ 4.992,08 (quatro mil, novecentos e noventa e dois reais e oito centavos). Condenou ambas as partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de

sucumbência, fixados em 10% sobre o valor da causa, distribuindo em 70% para a requerida e 30% para o autor.

Em razões recursais (f. 251-265), José Nivaldo da Silva alega a necessidade de reconhecimento de afastamento do débito de R$ 548,47 (quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta e sete centavos).

Aponta que *"a motivação da interrupção do fornecimento de energia é em consequência da multa no valor de R$ 4.992,08 (quatro mil, novecentos e noventa e dois reais e oito centavos), entretanto, a apelada faz crer que o corte deu-se em virtude da ausência de pagamento da fatura vencida em 08.11.2010 no valor de R$ 585,39 (quinhentos e oitenta e cinco reais e trinta e nove centavos)."*

Ressalta que a notificação de suspensão do serviço deu-se em 25.10.2010, cujo documento demonstra os motivos do corte de energia elétrica (falta de pagamento das faturas 08/2010 R$ 4.992,08 e 09/2010 R$ 502,92).

Sustenta que faz jus à indenização por danos morais, pois a requerida, injustamente, lançou débito e interrompeu serviço de fornecimento de energia elétrica.

Afirma que deve ser compelida ao pagamento da multa diária, em razão do seu descumprimento.

Enfatiza que a requerida deve responder pela totalidade das verbas de sucumbência, pois deu causa ao ajuizamento da demanda.

Pugna a concessão do benefício da justiça gratuita.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e declarar a inexistência do débito de R$ 548,47 (quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta e sete centavos), bem como ao pagamento de danos morais e a multa diária arbitrada em R$ 1.000,00 (um mil reais), em razão do descumprimento. Requer, também, que a requerida arque com a totalidade dos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios em 20% do valor da condenação.

Em razões recursais (f. 279-297), Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. sustenta que o presente caso trata da cobrança de valores retroativos, ante a detecção de irregularidades no medidor de energia elétrica instalado na unidade consumidora do apelado.

Aduz que há comprovação da existência de irregularidades, já que trazidos aos autos toda a documentação inerente à comprovação das mesmas, como o termo de ocorrência, laudo do INMETRO e evolução de consumo, em conformidade com a resolução n. 456/2000 da ANEEL.

Ressalta que a média registrada no relógio do autor era de 976 kwh, e, após a troca do medidor, a média passou a registrar 1284 kwh.

Enfatiza que houve má valoração das provas produzidas nos autos, em violação ao disposto no art. 373, do CPC, em especial ao laudo pericial, que não fez o levantamento da carga para cobrança da nota de débito objeto dos autos, mas para cobrança de fatura de consumo mensal.

Aponta que realizou cobrança no exercício regular do direito, enquanto prestadora de serviço público, cujo consumo de energia, não foi medido e pago ao seu tempo e modo devidos, em razão das irregularidades perpetradas no medidor de energia.

Destaca que a cobrança dos valores retroativos levados a efeito, teve como fundamento as diretrizes traçadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, através da Resolução n. 456/2000.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Apenas José Nivaldo da Silva apresentou contrarrazões de apelação (f. 303-311), pugnando o desprovimento do recurso adverso.

O apelante José Nivaldo da Silva foi intimado a comprovar o preenchimento da condição de pessoa com insuficiência de recursos (f. 317-322), porém, permaneceu inerte (f. 328), razão pela qual foi indeferido o pedido de gratuidade da justiça e determinado o pagamento do preparo do recurso de f. 251-265, conforme decisão de f. 330-338.

À certidão de f. 340, verifica-se o decurso do prazo, sem o recolhimento do preparo do recurso de José Nivaldo da Silva.

VOTO (EM 25/10/2017)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A e José Nivaldo da Silva em face da sentença proferida em 09.09.2016, por juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação declaratória de inexistência de débitos com pedido de antecipação de tutela proposta por José Nivaldo da Silva em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A., julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para declarar a inexistência do débito de R$ 4.992,08 (quatro mil, novecentos e noventa e dois reais e oito centavos). Condenou ambas as partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 10% sobre o valor da causa, distribuindo em 70% para a requerida e 30% para o autor.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 238-243:

> *Posto isso, e por tudo que nos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido contido nesta ação declaratória intentada por José Nivaldo da Silva em desfavor de Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A., para o único fim de declarar inexistente o débito de R$ 4.992,08 (quatro mil e novecentos e noventa e dois reais e oito centavos) estampado na nota fiscal de fls. 27, com vencimento para o dia 15.09.2010.*
>
> *Tendo sido as partes vencidas e vencedoras ao mesmo tempo, condeno-as no pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios que fixo com fundamento no § 2º, artigo 85, CPC, em 10% sobre o valor da causa. A sucumbência fica assim distribuída: 70% (setenta por cento) por conta da ré e 30% (trinta por cento) por conta do autor.*
>
> *O feito tem seu mérito resolvido a par do que determina o art. 487, I do Código de Processo Civil.*

Das razões recursais.

Em razões recursais (f. 251-265), José Nivaldo da Silva alega a necessidade de reconhecimento de afastamento do débito de R$ 548,47 (quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta e sete centavos).

Aponta que "*a motivação da interrupção do fornecimento de energia é em consequência da multa no valor de R$ 4.992,08 (quatro mil, novecentos e noventa e dois reais e oito centavos), entretanto, a*

apelada faz crer que o corte deu-se em virtude da ausência de pagamento da fatura vencida em 08.11.2010 no valor de R$ 585,39 (quinhentos e oitenta e cinco reais e trinta e nove centavos)."

Ressalta que a notificação de suspensão do serviço deu-se em 25.10.2010, cujo documento demonstra os motivos do corte de energia elétrica (falta de pagamento das faturas 08/2010 R$ 4.992,08 e 09/2010 R$ 502,92).

Sustenta que faz jus à indenização por danos morais, pois a requerida, injustamente, lançou débito e interrompeu serviço de fornecimento de energia elétrica.

Afirma que deve ser compelida ao pagamento da multa diária, em razão do seu descumprimento.

Enfatiza que a requerida deve responder pela totalidade das verbas de sucumbência, pois deu causa ao ajuizamento da demanda.

Pugna a concessão do benefício da justiça gratuita.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença e declarar a inexistência do débito de R$ 548,47 (quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta e sete centavos), bem como ao pagamento de danos morais e a multa diária arbitrada em R$ 1.000,00 (um mil reais), em razão do descumprimento. Requer, também, que a requerida arque com a totalidade dos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios em 20% do valor da condenação.

Em razões recursais (f. 279-297), Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A. sustenta que o presente caso trata da cobrança de valores retroativos, ante a detecção de irregularidades no medidor de energia elétrica instalado na unidade consumidora do apelado.

Aduz que há comprovação da existência de irregularidades, já que trazidos aos autos toda a documentação inerente à comprovação das mesmas, como o termo de ocorrência, laudo do INMETRO e evolução de consumo, em conformidade com a resolução n. 456/2000 da ANEEL.

Ressalta que a média registrada no relógio do autor era de 976 kwh, e, após a troca do medidor, a média passou a registrar 1284 kwh.

Enfatiza que houve má valoração das provas produzidas nos autos, em violação ao disposto no art. 373, do CPC, em especial ao laudo pericial, que não fez o levantamento da carga para cobrança da nota de débito objeto dos autos, mas para cobrança de fatura de consumo mensal.

Aponta que realizou cobrança no exercício regular do direito, enquanto prestadora de serviço público, cujo consumo de energia, não foi medido e pago ao seu tempo e modo devidos, em razão das irregularidades perpetradas no medidor de energia.

Destaca que a cobrança dos valores retroativos levados a efeito, teve como fundamento as diretrizes traçadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, através da Resolução n. 456/2000.

Requer o conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial.

Apenas José Nivaldo da Silva apresentou contrarrazões de apelação (f. 303-311), pugnando o desprovimento do recurso adverso.

O apelante José Nivaldo da Silva foi intimado a comprovar o preenchimento da condição de pessoa com insuficiência de recursos (f. 317-322), porém, permaneceu inerte (f. 328), razão pela qual foi indeferido

o pedido de gratuidade da justiça e determinado o pagamento do preparo do recurso de f. 251-265, conforme decisão de f. 330-338.

À certidão de f. 340, verifica-se o decurso do prazo, sem o recolhimento do preparo do recurso de José Nivaldo da Silva.

Relato dos fatos.

O autor José Nivaldo da Silva ajuizou ação de reparação de danos em desfavor da Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S/A, ao argumento de que é consumidor (código CDC 3192407) e sempre teve os pagamentos em dia. Porém, relatou que em razão de suposta alegação de fraude, teve o relógio medidor retirado e recebido nota de débito de R$ 4.992,08 (quatro mil, novecentos e noventa e dois reais e oito centavos). Mencionou que nunca fraudou o medidor de consumo. Sustentou que teve o fornecimento de energia elétrica interrompido e que sofreu prejuízos morais. Pleiteou a declaração de inexistência de débito, o restabelecimento do serviço e a reparação de danos morais.

O pedido de tutela antecipada foi deferido (f. 57-58).

Na defesa (f. 72-94), a requerida esclareceu que o corte do serviço ocorreu conforme as normas preconizadas pela ANEEL, visto que o relógio medidor estava com "*lacre de tampa de vidro L-55 violado e reapertados, fio da bobina de potencial fase B cortados por agente externo*". Ressaltou que o endereço do consumidor não é residencial, pois se trata de um açougue. Pugnou a improcedência dos pedidos.

Impugnação (f. 100-108).

A requerida pleiteou a realização de prova pericial (f. 112-113), enquanto a requerente permaneceu silente (f. 114).

Foi realizada perícia (f. 167-174).

À f. 287-288, o requerente pleiteou a emenda da inicial para incluir pedido novo, com relação a débito de R$ 548,47 (quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta e sete centavos), havendo discordância da parte contrária (f. 291-296).

Sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos.

Do recurso de apelação de José Nivaldo da Silva.

O Código de Processo Civil, no art. 932, inciso III, prevê que incumbe ao relator não conhecer de recurso inadmissível.

Confira-se:

> *Art. 932. Incumbe ao relator: (...)*
>
> *III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.*

Na hipótese, verifico a impossibilidade de conhecimento do recurso de apelação interposto por José Nivaldo da Silva (f. 251-265), em razão da ausência de recolhimento do preparo.

Sabe-se que o preparo está entre os requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, o qual constitui no pagamento prévio das custas relativas ao processamento.

Sobre o tema, eis a lição de Fredie Didier Jr *et al:*

> *O objeto do juízo de admissibilidade dos recursos é composto dos chamados requisitos de admissiblidade, que se classificam em dois grupos: a) requisitos intrínsecos (concernentes à própria existência do poder de recorrer): cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer; b) requisitos extrínsecos (relativos ao modo de exercício do direito de recorrer): preparo, tempestividade e regularidade formal.* (Curso de direito processual civil. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 46)

Acerca do tema, confira-se a disposição prevista no CPC/2015:

> *Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.*
>
> *§ 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.*
>
> *§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a suprilo no prazo de 5 (cinco) dias.*
>
> *§ 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.*
>
> *§ 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.*
>
> *§ 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º.*
>
> *§ 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo.*
>
> *§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.*

Na hipótese, o apelante José Nivaldo da Silva formulou pedido de justiça gratuita na inicial (f. 20) e apresentou declaração de hipossuficiência financeira (f. 23), sem colacionar qualquer outro documento que comprove fazer *jus* à concessão da benesse pleiteada. Porém, constata-se que na decisão de f. 50[1], o magistrado *a quo* determinou a emenda da inicial para corrigir o valor atribuído à causa, circunstância que deu ensejo ao recolhimento das custas iniciais (f. 55-56) pelo autor-apelante.

1 "Constata-se que o(a) requerente não cumpriu a regra do artigo 282, inciso V, do Código de Processo Civil.
O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico que o(a) requerente pretende obter com o ajuizamento da ação, portanto deve ser considerado todo o requerido no item "d" do pedido de f. 19, além disso, este juízo entende que o *quantum* a ser pago a título de indenização por danos morais deve ser atribuído pela parte, e, tal montante também compõem o valor da causa, razão pela qual determino a emenda da inicial, com consequente recolhimento de custas judiciais, para que seja atribuído o valor correto à causa, levando em consideração o seu proveito econômico com a demanda, em 10 (dez) dias. (STJ-RE 154991 Rel. Min. Barros Monteiro e Resp. nº 120.363 GO)." (f. 50)

Em razão disso, o autor-apelante foi intimado a comprovar a condição de hipossuficiência financeira (f. 317-322) e ficou inerte, mesmo após a ampliação do prazo (f. 326-328).

Assim, o pedido foi indeferido e o autor-apelante foi intimado para recolher o preparo do recurso (f. 330-338), contudo, deixou transcorrer o prazo, sem a adoção de qualquer providência (f. 340).

Desse modo, o reconhecimento da deserção do recurso é medida que se impõe.

Nesse sentido:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PREPARO – VALOR MENOR DO QUE O TABELADO – DESERÇÃO – NÃO CUMPRIMENTO DO DESPACHO QUE DETERMINOU O RECOLHIMENTO DA DIFERENÇA - RECURSO NÃO CONHECIDO.* ***Não se conhece de agravo de instrumento, sem a comprovação do recolhimento do preparo no momento da interposição do recurso, por se tratar de pressuposto de admissibilidade do recurso****. Se o agravante não providenciou o recolhimento da diferença do valor do preparo, o recurso deve ser considerado deserto. Recurso não conhecido.* (TJMS; Agravo de Instrumento - Nº 1407234-82.2016.8.12.0000 - Ponta Porã; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Vladimir Abreu da Silva; julgado em 16.08.2016) *destaquei
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PLEITO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDO – OPORTUNIDADE DE RECOLHER PREPARO RECURSAL – AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO – RECURSO DESERTO – RECURSO NÃO CONHECIDO.* ***Em não havendo a comprovação de recolhimento do preparo, diante do indeferimento da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao apelante, declarar a deserção do recurso é medida que se impõe.*** (TJMS; Apelação - Nº 0802852-75.2015.8.12.0018 – Paranaíba; 3ª Câmara Cível; Relator Des. Marco André Nogueira Hanson; julgado em 03.05.2016) *destaquei
>
> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR DESERÇÃO – PRETENSÃO DE CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA QUANDO DO RECEBIMENTO DO RECURSO – AUSÊNCIA DE PREPARO E INSURGÊNCIA NO MOMENTO OPORTUNO – PRECLUSÃO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***Uma vez indeferido o pedido de justiça gratuita formulado quando da interposição do agravo de instrumento, cabe a parte recolher o preparo ou interpor recurso contra esta decisão.*** *Não tendo procedido desta forma, ocorre a preclusão, sendo inviável apreciar novamente a matéria em sede de agravo interno interposto contra decisão que não conheceu daquele primeiro recurso por deserção.* (TJMS; Agravo Regimental - Nº 1405875-97.2016.8.12.0000/50000 – Naviraí; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; julgado em 04.10.2016) *destaquei

Logo, não conheço do recurso de apelação interposto por José Nivaldo da Silva.

Do recurso de apelação da Energisa.

A relação instaurada entre as partes é de consumo e, portanto, regida pelo Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, que em seu art. 3º, § 2º, considera serviço, para efeitos de definição de fornecedor, "*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*."

Se assim é, os contratos envolvendo relação de consumo têm de ser interpretados à luz do novo paradigma protetivo e de princípios tais como: "*vulnerabilidade do consumidor*" (art. 4ª, I, do CDC); "*da interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor*" (art. 47, do CDC), entre outros, competindo ao julgador, no caso concreto, ponderar os fatos apresentados, de sorte a tomar a decisão que mais se aproxima do justo.

Demais disso, em caso de conflito entre o interesse do usuário e o interesse do fornecedor, o contrato deverá ser interpretado favorável ao usuário-consumidor, segundo a disposição constante do artigo 47[2] do CDC.

Vale destacar que, segundo a melhor doutrina consumerista, o CDC é lei principiológica, trazendo em seu bojo, um modelo que inexistia no ordenamento jurídico nacional, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo, podendo inclusive interagir com outras normas, num verdadeiro "Diálogo das Fontes", diálogo este, que permite uma relação de convivência, harmonia e coordenação, entre as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico, tendo como norte os princípios da Constituição Federal, que objetivando a defesa do consumidor e a dignidade da pessoa humana, irradiam seus efeitos para o Código e Defesa do Consumidor, Código Civil e outras leis infraconstitucionais.

Tendo em vista a incidência do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, cabia à requerida Energisa além da prova da irregularidade do medidor do autor, a demonstração de fraude praticada pelo consumidor, de modo a justificar a cobrança de R$ 4.992,08 (quatro mil, novecentos e noventa e dois reais e oito centavos – f. 28).

Não obstante os julgados[3] proferidos nesta 4ª Câmara Cível, cumpre destacar que prevalece no STJ o entendimento no sentido de que, inexistindo prova da autoria, não é possível presumir que a irregularidade ou fraude constatada no medidor tenha sido praticada pelo consumidor, razão pela qual não há falar-se em crédito ou diferenças a faturar em favor da apelada Energisa.

Não é razoável insistir em teses que acabarão sendo superadas em última instância, como ocorreu no julgamento do STJ em 26.02.2015, em sede de AREsp n. 555.670/MS, de relatoria da Minª. Assussete Magalhães, em que foi reformado acórdão proferido nesta 4ª Câmara Cível (n. 0802751-39.2013.8.12.0008/50000), visto que em dissonância com a jurisprudência da Corte Superior, segundo a qual "*não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor, em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa*".

Confira-se o inteiro teor da decisão:

> *(...)*
>
> *No mérito, assiste razão ao Agravante.*
>
> *Infere-se dos autos que, ao apreciar o recurso da concessionária, o Tribunal a quo deu provimento ao apelo, para reformar a sentença de 1º Grau, que declarara a inexigibilidade do débito, decorrente de suposta fraude no relógio medidor de energia*

2 Art. 47 - As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

3 "2) Constatada fraude ou defeito no medidor de consumo de energia, a diferença apurada no período de irregularidade é dívida certa e o consumidor deverá arcar com ela, independentemente da ocorrência ou não de culpa, ex vi do art. 130 da Resolução 414/2010 da ANEEL. Ainda que não promovida a fraude pelo próprio consumidor, é ônus seu de pagar pela energia efetivamente consumida, porque a ninguém é dado se locupletar indevidamente às custas de outrem. Se houve o consumo de energia, a contraprestação é devida. Não é punição, é contraprestação." (Apelação - Nº 0800479-71.2012.8.12.0052; Relatoria do Des. Dorival Renato Pavan; julgado em 13.04.2016)

"Constatada deficiência no medidor não atribuível à qualquer dos contratantes, a previsão dos artigos 113 c/c 115, §2º, ambos da Resolução 414/2010, da ANEEL, utilizando como valores faturáveis as médias aritméticas dos 3 (três) últimos faturamentos." (Apelação - Nº 0802092-93.2014.8.12.0008 – Corumbá; Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; julgado em 02.03.2016)

elétrica, porquanto, segundo o acórdão objurgado, "considerar o débito constatado como indevido pelo fato de que não restou provado quem promoveu a adulteração no medidor fere, ao mesmo tempo, dois mandamentos: o de não lesar a ninguém e o de dar a cada um o que é seu (fl. 126e).

Ainda segundo o acórdão recorrido, se houve efetivo consumo de energia elétrica, esse consumo deve ser pago para a concessionária se a apuração da fraude seguir as etapas previstas nas resoluções 456/2000 e 414/010 da ANEEL. Anote-se que não se discute a autoria da fraude, mas única e exclusivamente a existência dela, ou de simples defeito no medidor, que tenha impedido de constatar qual foi efetivamente a energia consumida naquela unidade consumidora. (fl. 125e).

Prossegue afirmando que, na verdade, imputar à concessionária a obrigação de provar a autoria da fraude verificada é o mesmo que negar-lhe o direito de receber a contraprestação do serviço prestado. É o mesmo que obrigar-lhe a fornecer gratuitamente a energia consumida. Seria necessário comprovar a autoria tão somente se fosse aplicada uma punição ao consumidor, o que, como visto, não é o caso dos autos (fl. 125e/127e).

Com efeito, o acórdão recorrido encontra-se em dissonância da jurisprudência desta Corte, segundo a qual "não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa, como entendeu a Corte de origem (STJ, REsp 1135661/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 04/02/2011).

À propósito, confiram-se, ainda, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO DE RESOLUÇÃO DA ANEEL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. FRAUDE NO MEDIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. ÔNUS QUE INCUMBE À CONCESSIONÁRIA. 1. Não há como conhecer da violação de dispositivos de Resolução da ANEEL, uma vez que tal diploma não se insere no conceito de lei federal a que se refere o art. 105, III, "a", da Constituição da República, fugindo, assim, da hipótese constitucional de cabimento desse recurso. 2. Dessume-se dos autos que o Tribunal de origem concluiu que a concessionária de energia não comprovou que o usuário foi o autor da violação do medidor, pelo que considerou nula a cobrança exigida a título de recuperação de consumo. 3. Sobre o assunto, esta Corte já se pronunciou no sentido de que "não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor, em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho. Isso porque, a 'empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão" (REsp 1.135.661/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011) 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 450.111/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 17/03/2014).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO. CRÉDITO DERIVADO DE ALEGADA FRAUDE NO APARELHO MEDIDOR (LIGAÇÃO CLANDESTINA). OBRIGAÇÃO PESSOAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE TER SIDO O RÉU O RESPONSÁVEL PELA PRÁTICA DO ATO ILÍCITO NO QUAL FUNDADA A COBRANÇA. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE À AUTORA, NOS TERMOS DO ART. 333, I, DO CPC. INVIABILIDADE DE EXAME DE NORMA DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. (...) 3. Esta Corte Superior, em recurso especial em que se discute a possibilidade de responsabilização de consumidor de

> *energia elétrica por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor, julgou que não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor, em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho. Isso porque, a "empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. (Precedente: REsp 1135661/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe 04/02/2011). Agravo regimental improvido* (STJ, AgRg no AREsp 141.404/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 02/05/2012).
>
> *ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA. 1. Recurso Especial em que se discute a possibilidade de responsabilização de consumidor de energia elétrica por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor. 2. A empresa concessionária não tem direito à inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não ostenta a qualidade de consumidor, mas de fornecedor do serviço. 3. In casu, constatou-se por prova técnica que o medidor encontrava-se fraudado, e contra isso não se insurgiu o consumidor. A empresa constituiu um título com o qual buscou pagar-se do preço, imputando, contudo, a autoria da fraude ao consumidor sponte sua. 4. Não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa, como entendeu a Corte de origem. 5. A empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. 6. A inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor equivale a tornar objetiva sua responsabilidade, hipótese inaceitável nas relações de direito do consumidor, pois este se encontra em posição de inferioridade econômica em relação à concessionária, 7. A boa-fé no CDC é o princípio orientador das condutas sociais, estreitamente ligado ao principio da razoabilidade, dele se deduzindo o comportamento em que as partes devem se pautar. Sob essa nova perspectiva contratual, não há espaço para presumir a má-fé do consumidor em fraudar o medidor. 8. Recurso Especial provido.* (STJ, REsp 1.135.661/RS, Rel. Min. Hermn Benjamin, Segunda Turma, DJe de 04/02/2011).

Na hipótese, embora tenha sido constatada a adulteração no medidor de energia elétrica, não se comprovou, nos autos, a sua autoria, razão pela qual não se pode imputar tal conduta à agravante. Assim, deve ser reformado o acórdão impugnado, para restabelecer a sentença de 1º Grau.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, c, do CPC, conheço do agravo, para dar parcial provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença de fls. 84/88e.

Com efeito, segundo a Resolução n. 414, de 09/09/2010, editada pela ANEEL, em seus artigos 129 e 130:

> *"Art. 129.* ***Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve adotar as providências necessárias para sua fiel caracterização e apuração do consumo não faturado ou faturado a menor.***
>
> ***§ 1º A distribuidora deve compor conjunto de evidências para a caracterização de eventual irregularidade por meio dos seguintes procedimentos:***
>
> *I - emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção - TOI, em formulário próprio,*

elaborado conforme Anexo V desta Resolução;

II - solicitar perícia técnica, a seu critério, ou quando requerida pelo consumidor ou por seu representante legal;

III - elaborar relatório de avaliação técnica, quando constatada a violação do medidor ou demais equipamentos de medição, exceto quando for solicitada a perícia técnica de que trata o inciso II;

V - efetuar a avaliação do histórico de consumo e grandezas elétricas; e

V - implementar, quando julgar necessário, os seguintes procedimentos:

a) medição fiscalizadora, com registros de fornecimento em memória de massa de, no mínimo, 15 (quinze) dias consecutivos; e

b) recursos visuais, tais como fotografias e vídeos.

§ 2º Uma cópia do TOI deve ser entregue ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, no ato da sua emissão, mediante recibo.

§ 3º Quando da recusa do consumidor em receber a cópia do TOI, esta deve ser enviada em até 15 (quinze) dias por qualquer modalidade que permita a comprovação do recebimento.

§ 4º O consumidor tem 15 (quinze) dias, a partir do recebimento do TOI, para informar à distribuidora a opção pela perícia técnica no medidor e demais equipamentos, quando for o caso, desde que não se tenha manifestado expressamente no ato de sua emissão.

§ 5º Nos casos em que houver a necessidade de retirada do medidor ou demais equipamentos de medição, a distribuidora deve acondicioná-los em invólucro específico, a ser lacrado no ato da retirada, mediante entrega de comprovante desse procedimento ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, e encaminhá-los por meio de transporte adequado para realização da avaliação técnica.

§ 6º A avaliação técnica dos equipamentos de medição pode ser realizada pela Rede de Laboratórios Acreditados ou pelo laboratório da distribuidora, desde que com pessoal tecnicamente habilitado e equipamentos calibrados conforme padrões do órgão metrológico, *devendo o processo ter certificação na norma ABNT NBR ISO 901, preservado o direito de o consumidor requerer a perícia técnica de que trata o inciso I do § 1º.*

§ 7º Na hipótese do § 6º, a distribuidora deve comunicar ao consumidor, por escrito, mediante comprovação, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o local, data e hora da realização da avaliação técnica, para que ele possa, caso deseje, acompanhá-la pessoalmente ou por meio de representante nomeado." (Destaquei)

"Art. 130. Comprovado o procedimento irregular, para proceder à recuperação da receita, a distribuidora deve apurar as diferenças entre os valores efetivamente faturados e aqueles apurados por meio de um dos critérios descritos nos incisos a seguir, aplicáveis de forma sucessiva*, sem prejuízo do disposto nos arts. 131 e 170:*

I - utilização do consumo apurado por medição fiscalizadora, proporcionalizado em 30 dias, desde que utilizada para caracterização da irregularidade, segundo a alínea "a" do inciso V do § 1º do art. 129;

> *II - aplicação do fator de correção obtido por meio de aferição do erro de medição causado pelo emprego de procedimentos irregulares, desde que os selos e lacres, a tampa e a base do medidor estejam intactos;*
>
> ***III - utilização da média dos 3 (três) maiores valores disponíveis de consumo mensal de energia elétrica, proporcionalizados em 30 dias, e de demanda de potências ativas e reativas excedentes, ocorridos em até 12 (doze) ciclos completos de medição regular, imediatamente anteriores ao início da irregularidade;***
>
> *IV - determinação dos consumos de energia elétrica e das demandas de potências ativas e reativas excedentes, por meio da carga desviada, quando identificada, ou por meio da carga instalada, verificada no momento da constatação da irregularidade, aplicando-se para a classe residencial o tempo médio e a frequência de utilização de cada carga; e, para as demais classes, os fatores de carga e de demanda, obtidos a partir de outras unidades consumidoras com atividades similares; ou*
>
> *V - utilização dos valores máximos de consumo de energia elétrica, proporcionalizado em 30 (trinta) dias, e das demandas de potência ativa e reativa excedentes, dentre os ocorridos n.º 3 (três) ciclos imediatamente posteriores à regularização da medição."* (Destaquei)

Os referidos dispositivos estabelecem o procedimento a ser adotado para apurar o consumo de energia elétrica não faturado. A concessionária deve emitir termo de ocorrência, solicitar perícia técnica a seu critério ou a requerimento do consumidor e nos casos necessários retirar o equipamento, o qual será acondicionado em invólucro específico, lacrado no ato da retirada e encaminhado ao laboratório.

Observadas tais medidas e outras mais especificadas no dispositivo mencionado, é possível proceder a recuperação do consumo, nos termos do art. 130 (média de 3 (três) maiores valores disponíveis de consumo mensal de energia elétrica, proporcionalizados em trinta dias), desde que comprovado que a irregularidade no medidor ocorreu em razão de fraude praticada pelo consumidor.

Em 05.07.2010, a Energisa lavrou termo de ocorrência de irregularidade (f. 24-25) e substituiu o medidor ante a constatação de "queima do circuito eletrônico" (f. 26).

Foi realizada perícia, que concluiu que *"o consumo empregado pela parte requerida, de 8.605,00 kWh, conforme se pode constatar na fatura referente a agosto de 2010, observa-se que os valores calculados não são coerentes e que o consumo cobrado pela parte requerida, na referida fatura fora majorado."* (f. 173)

Não há comprovação de fraude praticada pelo consumidor, mas mera constatação de irregularidade no medidor, inaplicável o disposto no art. 130, inciso III, da Resolução n. 414/2010.

Veja-se que na hipótese dos autos, os documentos apresentados pela requerida-recorrente foram produzidos de forma unilateral.

Constatada a inexistência de prova de que a irregularidade no medidor tenha sido praticada pelo consumidor, comporta manutenção a sentença que julgou procedente o pedido inicial.

Nesse sentido, transcrevo recente julgado proferido no STJ:

> *RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. DEFERIMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA DECORRENTE DE FRAUDE NO MEDIDOR APURADA UNILATERALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. SÚMULA 83/STJ. PRECEDENTES: AGRG NO ARESP. 448.913/PE, REL. MIN. REGINA*

HELENA COSTA, DJE 3.9.2015 E AGRG NO RESP. 1.478.948/RS, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 20.3.2015. ARTS. 19 E 33 DO CPC. NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É incabível a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica em virtude de débito decorrente de fraude no medidor apurada unilateralmente pela Concessionária, conforme ocorrido nos autos.

2. O Tribunal a quo constatou não existir prova idônea da ocorrência de fraude no medidor de consumo de energia o que torna inválida a discutida cobrança, e, aplicando a jurisprudência, incide, à espécie, a Súmula 83/STJ.

3. A violação dos arts. 19 e 33 do CPC e das teses as eles referentes sobre a responsabilidade da Recorrida no pagamento das custas referentes à prova pericial por ela requerida, não foram debatidos pelo Tribunal de origem, e não foram opostos Embargos de Declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Carecem, portanto, de prequestionamento, o que atrai a incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

4. Agravo Regimental do ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S.A a que se nega provimento. (STJ; AgRg no REsp 1465076/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016)

Nesse sentido, é o teor dos julgados neste Tribunal:

EMENTA–APELAÇÃOCÍVELDACONCESSIONÁRIA–AÇÃODECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ***AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA FRAUDE E DO AUMENTO DE CONSUMO APÓS A TROCA DO MEDIDOR – DÉBITO INSUBSISTENTE*** *– PEDIDO DECLARATÓRIO JULGADO PROCEDENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.*

Se a concessionária não logrou comprovar a existência da fraude e nem a superveniência de aumento de consumo após a troca do medidor, não se há de falar em cobrança de débito retroativo. (Apelação Cível n. 0043788-37.2012.8.12.0001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des.Marco André Nogueira Hanson, julgado em 24/02/15). *destaquei

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – TERMO DE OCORRÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA A ATESTAR OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE – PERÍCIA – INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – DEVER DE DECLARAR INEXISTENTE O SUPOSTO DÉBITO – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA INVERTIDOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ***1. O simples termo de ocorrência que demonstra a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude do consumidor e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho não obriga aquele ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas. 2. É de ser declarada a inexistência de débito, lançado em fatura de consumo de energia elétrica, quando não restar provada a prática de fraude pelo consumidor.*** (Apelação - Nº 0055834-58.2012.8.12.0001 - Campo Grande; 3ª Câmara Cível; Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; julgado em 16.02.2016) *destaquei

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IRREGULARIDADE DO EQUIPAMENTO MEDIDOR DE ENERGIA – NÃO COMPROVAÇÃO DE ATO

PRATICADO PELO USUÁRIO – INDEVIDA A REVISÃO DO FATURAMENTO DO CONSUMO – INTERRUPÇÃO INDEVIDA DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA -DANO MORAL – CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ***Não havendo comprovação da autoria, mas mera constatação da irregularidade no medidor, não há falar em crédito ou diferenças a faturar em favor da apelante Energisa S/A.*** *A interrupção indevida do fornecimento de energia elétrica, serviço público essencial, gera ofensa à honra subjetiva do lesado, configurando dano moral puro. A fixação do valor indenizatório a título de dano dano moral dá-se a critério do julgador e deve ser balizada na razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto.* (Apelação - Nº 0800300-53.2015.8.12.0046 - Chapadão do Sul; 4ª Câmara Cível; Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; julgado em 27.01.2016) *destaquei

Dispositivo

Diante do exposto:

Não conheço do recurso de apelação interposto por José Nivaldo da Silva;

Nego provimento ao recurso de apelação interposto por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A..

Majoro os honorários advocatícios para 11% do valor atribuído à causa, com base no § 11[4], do art. 85, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator ter negado provimento ao recurso de Energisa mato grosso do sul e não ter conhecido do recurso de José Nivaldo da silva. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 01/11/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1° Vogal)

Trata-se de duas apelações, uma interposta pela ENERGISA Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S/A e outra por José Nivaldo da Silva, insurgindo-se contra a sentença de fls. 238/243, proferida pelo juiz da 5ª Vara Cível Residual de Campo Grande, Dr. Geraldo de Almeida Santiago, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais da ação que o segundo move em face da primeira.

Na sessão passada, o E. Relator, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, proferiu seu voto para não conhecer do recurso do autor por ausência de preparo e para negar provimento ao recurso da ré.

Pedi vista dos autos.

Acompanho o ilustre Relator quanto ao não conhecimento da apelação do autor por ser deserto, mas divirjo quanto ao recurso da ré à luz do entendimento que venho adotando em casos análogos.

Conforme venho decidindo em reiterados casos de minha Relatoria, a questão deve ser enxergada sob a ótica de que a cobrança da energia não tem como objetivo punir o consumidor, mas tão somente de promover a contraprestação do serviço fornecido.

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

Se houve o efetivo consumo de energia, deve ser pago para a concessionária quando a apuração da fraude seguir as etapas previstas nas resoluções 456/2000 e 414/2010 da ANEEL.

Anote-se que não se discute a autoria da fraude, mas sim única e exclusivamente a existência dela, ou de irregularidade no medidor, causado por ação externa, o que impediu de ser cobrada a energia efetivamente consumida naquela unidade, dela tendo se beneficiado o consumidor, que pagou valor em muito inferior ao devido, gerando a diferença que foi objeto de cobrança por parte da concessionária de energia elétrica.

Friso – fato importante – que essa irregularidade no medidor não decorre de fato do produto, ou seja, defeito decorrente de fabricação ou do tempo de uso, ou corrosão, ou qualquer ato externo que não aquele causado por ação voluntária humana (por exemplo: corrosão, ferrugem, queima de fase por sobrecarga de energia).

No caso apreço, a irregularidade foi apurada em regular procedimento administrativo, constatando que, por força de inspeção no medidor instalado no imóvel ocupado pela autora, (TOI 11777 – f. 24), em ato de vistoria realizado em 05/07/2010, fora constatado a existência a ausência de lacres e de "*circuito eletrônico queimado fase A*", adulterando o faturamento da energia consumida.

Assim, sustento que, se houve o efetivo consumo de energia, esse consumo deve ser pago para a concessionária quando a apuração da fraude seguir as etapas previstas nas resoluções 456/2000 e 414/2010 da ANEEL, as quais, aliás, têm fundamento de validade na Lei 8.897/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.[5]

Finalmente, defendo que, se os procedimentos previstos nos arts. 129 (caracterização da irregularidade), 130 (cálculo da energia consumida e não computada), 131 (custo administrativo), 132 (duração da irregularidade) e 133 (apuração das diferenças) da Resolução 414/2010 foram seguidos, a imposição e manutenção do débito apurado é medida que se impõe.

Fixado, então, esse entendimento, passo à análise do procedimento adotado pela Enersul quando da constatação do defeito.

Os fatos contidos no presente caderno processual evidenciam a pretensão do usuário de locupletamento indevido, beneficiando-se da própria torpeza.

Conforme se infere dos documentos que acompanham a inicial e a contestação, em inspeção realizada na unidade consumidora, constatou-se a ausência de lacres e de "*circuito eletrônico queimado fase A*", de modo que a indicação da energia medida não correspondia à energia consumida.

E estou sustentando, também, que defeito no medidor autoriza a cobrança da diferença entre o que foi cobrado e o que foi efetivamente consumido, eis que, como no caso, não se trata de fato do produto, ou seja, defeito de fabricação ou de regular funcionamento. O defeito ocorreu por ação externa, provocada, que causou dano no equipamento, reduzindo o consumo de energia.

---

5 *O artigo Art. 7º dessa lei estabelece que "sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários" (VI) - contribuir para a p****permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços."*** O medidor de energia elétrica é um desses bens públicos que se revela essencial para a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica.

Como é possível que o usuário alega desconhecimento desse fato, se o relógio medidor sabidamente se encontra lacrado? Houve ação externa, ou seja, ato voluntário que importou na adulteração da medição do consumo de energia.

O consumidor, que passou a pagar menos do que vinha pagando, pode alegar desconhecimento desse fato?

Evidentemente que não, porque sabia do consumo menor a partir de determinado período e, como afirmei, manteve-se silente, querendo se beneficiar dessa circunstância, consumindo energia e por ela não pagando no tanto que efetivamente consumiu.

Um absurdo dar-se proteção e guarida ao pedido de declaração de inexistência do débito. Ele existe e deve ser pago, por corresponder ao menos à média do que vinha sendo consumido, apurado na forma da legislação reguladora da matéria.

Da total falta de boa fé do consumidor.

Impossibilidade de tutela da má-fé.

Com a omissão apontada, faltou o autor com atendimento ao princípio da boa-fé contratual, plasmada tanto no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III, Lei 8078/90) quanto no Código Civil de 2002 (art. 422), aplicando-se a ambos os contratantes e não apenas a um deles.

Nelson Rosenval[6], comentando sobre o artigo 422 do Código Civil, regra que reputo vilipendiada pelo autor consumidor, ao pretender exonerar-se do pagamento do consumo de energia que SABIA SER MENOR do que nos meses anteriores, sem que tenha comunicado o fato à concessionária para apurar a causa de tal consumo menor repentino, nos ensina:

> *A função integrativa da boa fé resulta do art. 422 do Código Civil. Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja, além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes. Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução dele, o princípio da boa-fé.*
>
> *Aqui, prosperam os deveres de proteção de cooperação com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais – propiciando a realização positiva do fim contratual na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.*
>
> *O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato.*
>
> *(...) Parece-nos que o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade post factum finitum.*
>
> *Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar de que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores do direito à sua colmatação com base em argumentações já desenvolvidas pela doutrina.*

6 Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Ministro Cesar Peluso, Editora Manole, 3ª. edição, notas ao art. 422 do Código Civil, pp. 459/460.

> *Em verdade, mesmo antes de a relação obrigacional ser pactuada, já existe o contrato social entre as partes. Os deveres de conduta emergem no momento das primeiras negociações, pois a boa-fé objetiva diz respeito à manutenção da palavra empenhada.*
>
> *Assim, a complexidade da relação obrigacional apanha todo o processo relacional construído pelas partes, não se podendo dissociar os acertos e as promessas inaugurais de tudo aquilo que e verificou após a subscrição do contrato.*

O mesmo autor[7], ainda, afirma que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*, para em seguida apostrofar:

> *Todavia, outros tipos de deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.*
>
> *Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, de proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se pela dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.*

Veja-se, outrossim, para atestar a má-fé do autor, consumidor dos serviços de energia elétrica, que a lei 8.897/95 dispõe sobre *"o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências"* e em seu artigo 7º, estabeleceu que:

> *Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de Setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:*
>
> *IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;*

O medidor de energia elétrica é um desses bens públicos que se revela essencial para a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica, de tal forma que, como venho aqui me referindo, o usuário deixou de levar ao conhecimento da concessionária a irregularidade de que tinha conhecimento, em relação ao serviço prestado, tendo em vista a diminuição *ex abrupto* do valor do consumo da fatura de energia elétrica.

Se ele não praticou ele próprio a fraude no medidor, não poderia alegar desconhecimento ante a queda do consumo, pelo que, se boa-fé também quisesse e não objetivasse se enriquecer indevidamente, haveria de ter feito a devida comunicação do fato à concessionária, para que houvesse investigação sobre as causas dessa queda de registro do consumo da energia elétrica, o que não fez.

Logo, não pode querer obter decreto de declaração de inexistência do débito apurado pela concessionária, uma vez descoberto por ela mesma a adulteração no relógio marcador de energia, fato que, se acolhido, com todo respeito ao eminente relator, implicaria em dar prestígio à própria torpeza do autor, sua escancarada má-fé e claro objetivo de enriquecimento sem causa.

Data vênia do e. Relator, então, e por consequência do que venho afirmando, com base no que se encontra no caderno processual, mas é induvidoso que o autor apelado faltou com o dever de conduta

7 Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Ministro Cesar Peluso, Editora Manole, 2007, notas a artigo 422 do CC, p. 315.

(destinado a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra), ao deixar de comunicar à concessionária a existência de consumo menor do que o anteriormente pago por ele.

Sabia ele, assim, dessa estranha circunstância, que o beneficiava e quedou-se silente.

Faltou com o dever de manter conduta honesta, leal, de boa-fé na relação contratual mantida com a consumidora, pelo que não pode agora querer também beneficiar-se dessa própria torpeza para anular o valor que foi encontrado pela concessionária em regular procedimento administrativo destinado a apurar a diferença de energia consumida e não paga.

Da vedação do enriquecimento sem causa.

Ofensa ao artigo 884 do cc de 2002.

Nem se pode também tutelar sua pretensão de, com a anulação do valor cobrado, enriquecer-se indevidamente, ante a clara vedação do art. 884 do CC de 2002, o qual estabelece:

> *Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*
>
> *Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.*

Sobre esse dispositivo legal (art. 884 do CC de 2002), ensina-nos Fabrício Zamprogna Matielo[8]:

> *(...). Enriquece sem justa causa aquele que não dispõe de substrato jurídico para a vantagem econômica auferida, aumentando o patrimônio pessoal à margem de qualquer elemento juridicamente sério capaz de justificar o fenômeno.*
>
> *(...) O espectro de aplicabilidade do dispositivo em comento é dos mais amplos, devendo ser promovida sua incidência sobre toda espécie de relação de que resulte vantagem injusta em favor de alguém e desvantagem imotivada contra outrem.*
>
> *Isso independentemente da configuração de ilicitude penal, ou mesmo de qualquer comportamento positivo de quem enriquece, pois mesmo o inocente recebimento de vantagem pode caracterizar o enriquecimento sem causa.*
>
> *O que dá tônica ao instituto não é a configuração de flagrante ilicitude, e tampouco a ciência do agente acerca do fato que revela o injusto enriquecer; importa, isso sim, a circunstância objetiva de alguém estar sendo beneficiado em determinada situação sem que haja norma legal a amparar o proveito auferido, e que em contrapartida ocorra diminuição na reserva econômica alheia.*
>
> *Apurada a ocorrência de enriquecimento sem justa causa, ficará o agente obrigado a restituir integralmente tudo quanto indevidamente auferido, nisso incluída a atualização monetária dos valores, segundo os índices oficiais, para reposição do poder de compra da moeda. Essa atualização começa a ser computada a partir da data em que houve o injusto proveito, cessando no dia da efetiva restituição.*

A lição doutrinária calha à fiveleta no caso concreto. O autor apelado não tem causa jurídica que sustente sua pretensão de declaração de indébito do valor cobrado pela concessionária de energia elétrica, em regular procedimento administrativo que foi instaurado após ela constatar – sem que o autor o tenha feito anteriormente – a existência de fraude no medidor.

8 Autor cit., Código Civil Comentado. Editora LTR, 6a. ed., 2015, notas ao art. 884 do CC de 2002, p. 452.

Por isto que afirmei que, sem prejuízo de eventual sanção penal (que corresponderia à constatação de que o consumidor participou da fraude, irrelevante, na realidade para os fins previstos nesta ação) se o autor apelado se beneficiou de um consumo menor de energia sem que tenha norma legal que o ampare em tal aspecto, resultando em vantagem indevida para si em detrimento da concessionária de energia que também paga pela energia distribuída aos consumidores e cobra o custo respectivo, não se me revela possível que possa ser declarada a inexistência do débito, tal como aferido pela r. sentença, confirmada pelo douto relator. Ele se encontra proibido de se enriquecer indevidamente.

A lei proíbe o enriquecimento indevido, ilícito, sem causa, decorrente da má-fé, da esperteza, da malícia.

Repudio essa ação do consumidor, porque agiu com má-fé ao omitir do conhecimento da concessionária o fato de que passou a pagar valor menor pelo consumo de energia, beneficiando-se indevidamente, assim como deu causa ao enriquecimento indevido, não podendo, por último, querer valer-se da própria torpeza para manter o benefício injusto auferido, sem qualquer causa ou substrato legal que lhe desse amparo.

Logo, não é lícito ao autor querer obter a declaração de inexistência do débito apurado pela ENERGISA, que decorreu, como passo agora a demonstrar, de um regular procedimento instaurado para apurar não o defeito no medidor, mas sim a ação humana maliciosa (e, no caso, com violação do lacre) feita na surdina, que promoveu adulteração no medidor e que, por passar a registrar consumo menor do que o efetivamente ocorrido, ensejou enriquecimento indevido ao autor que, outrossim, não agiu de boa-fé ao deixar de comunicar à concessionária o fato (no mesmo primeiro mês que passou a ser beneficiado com valor menor do que nos meses anteriores ao fato).

Da prova da irregularidade constatada no relógio medidor de energia elétrica.

No caso, em 11/05/2015, a Energisa constatou irregularidades no medidor da unidade consumidora do autor. O Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI 11777 – f. 24) indica que foi feita a constatação de que o medidor estava sem lacres e com "*circuito eletrônico queimado fase A*", impedindo a contabilização correta da energia efetivamente consumida.

Na sequência, verifica-se que foi dada ampla oportunidade ao titular de se defender administrativamente (f. 24/39).

Devidamente comprovado, portanto, a ação de agente externo no medidor de energia da unidade foi a causa eficiente da diminuição do consumo constatado pela concessionária, em detrito do direito dela em receber o valor correto e com proveito econômico indevido por parte do usuário, o que se deu em regular procedimento administrativo, em que se assegurou o contraditório e a ampla defesa, é de se repudiar a pretensão do autor de obter declaração de indébito do valor da fatura apresentada pela concessionária.

Considerar o débito constatado como indevido pelo fato de que não restou provado quem promoveu a adulteração no medidor fere princípios básicos do direito, como o de que ninguém deve alegar a torpeza em próprio benefício, o de que deve sempre se pautar com boa-fé nas relações negociais e a vedação do enriquecimento sem causa.

Logo, o débito reclamado na petição inicial como sendo inexistente, tem, na realidade, suporte fático e de direito para ser cobrado do consumidor. Este, a meu ver, não pode ser beneficiado – enriquecendo-se indevidamente, faltando com a boa-fé na relação negocial e usando da própria torpeza - pelo uso da energia sem a devida contraprestação.

Se há fraude no medidor, posto que provocado por ação humana externa e não pelo fato do produto – e esse acontecimento é inconteste, considera-se responsável o usuário do serviço – sob pena de prestigiar-se a violação ao direito da ré apelante pela torpeza do autor-consumidor, exceto se o próprio usuário fizer prova em contrário, inexistente nos autos.

Dispositivo

Ante o exposto, divergindo respeitosamente do E. Relator, dou provimento à presente apelação da ENERGISA Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S/A para reformar a sentença e julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais, declarando a resolução do mérito, com fundamento no artigo 487, inciso I, segunda figura, do NCPC.

Inverto o ônus da sucumbência e determino que o autor arque com a integralidade das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% sobre o valor atualizado da causa, inclusa a verba recursal (§ § 1º e 11, art. 85).

Acompanho o e. relator quanto à apelação do autor, que também não conheço por ausência de preparo.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (2° Vogal)

Acompanho o voto do 1° Vogal.

VOTO (EM 29/11/2017)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3° Vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S/A pleiteando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação declaratória de Inexistência de débito ajuizada por José Nivaldo da Silva, alegando que houve comprovação da autoria de fraude no medidor de energia elétrica, podendo o consumidor ser cobrado por consumo a maior que não foi devidamente faturado.

O relator, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, nega provimento ao recurso, para manter a sentença que julgou procedente o pedido de declaração de inexistência de débito no montante de R$ 4.992,08.

Já o Des. Dorival Renato Pavan diverge e dá provimento ao apelo para reformar a sentença e julgar totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

A questão a ser dirimida, sob a sistemática do art. 942, do CPC 2015, é a possibilidade ou não de cobrança de valores decorrentes de constatação, pela concessionária de energia elétrica, de consumo não registrado devido à fraude no medidor.

Da análise dos documentos anexados aos autos (Termo de Ocorrência e Inspeção - fls. 24 e Comunicação de Substituição do Medidor - fls. 26) verifica-se que o equipamento foi trocado constatando-se a “Queima do circuito Eletrônico”.

Em razão disso, a empresa concessionária emitiu uma nota de débito a apelante no valor de R$ 4.992,08, conforme consta às fls. 29.

Assim, da análise dos dados, resta evidente a existência de consumo de energia sem a devida medição. Contudo, por certo que os documentos juntados aos autos nada comprovam acerca do verdadeiro responsável

pelo defeito no medidor, mas tão somente a existência material de uma irregularidade, que não pode ser imputada, por mera presunção, ao usuário do serviço.

Ou seja, a constatação feita pela empresa concessionária de irregularidade na unidade consumidora, sem outros elementos que demonstrem a existência de fraude pelo consumidor, não enseja o pagamento de valor que a empresa ao seu alvedrio, entende devido. Eventual negligência sua, por defeito no medidor, também não obriga o pagamento de valor que entende devido. Disso decorre que não se comprovou que o aparelho medidor de energia elétrica fora fraudado ou continha irregularidade ocasionada pela parte autora com o intuito de eximir-se de pagar pela energia efetivamente consumida.

Atualmente prevalece no STJ o entendimento no sentido de que, Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul inexistindo prova da autoria, não é possível presumir que a irregularidade ou fraude constatada no medidor tenha sido praticada pelo consumidor, conforme o entendimento consolidado no julgamento do AREsp n. 555.670/MS, de relatoria da Minª. Assussete Magalhães, em 26/02/2015, em que foi reformado o acórdão proferido nesta 4ª Câmara Cível (n. 0802751-39.2013.8.12.0008/50000), de relatoria do Des. Dorival Renato Pavan.

Portanto, não havendo comprovação de fraude praticada pelo consumidor, mas mera constatação de irregularidade no medidor, inaplicável o disposto no artigo 129 e seguintes, da Resolução nº 414/2010.

Desta forma, diante da não comprovação de culpa por parte da autora/apelante, forçosa é a imposição de nulidade da dívida apurada pela concessionária.

Diante do exposto, em cumprimento ao disposto no art. 942, do CPC, acompanho o Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, para o fim de negar provimento ao recurso interposto por Energisa Mato Grosso do Sul – Distribuidora de Energia S/A, julgando procedente o pedido e declarar a inexistência do débito de R$ 4.992,08, referente à unidade 3192407.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (4° Vogal)

Acompanho o voto do 1° Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso de José Nivaldo da Silva, nos termos do voto do relator. por maioria, deram provimento ao recurso de Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 3º vogal, de acordo com a técnica de julgamento do art. 942, do CPC.

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. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 29 de novembro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1407258-76.2017.8.12.0000 - Sidrolândia
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – HIPÓTESES NÃO RELACIONADAS NO ART. 1.015 DO CÓDIGO PROCESSUAL, NEM NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE – RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE

O art. 1.015 do CPC/2015 estabelece as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, não estando no rol a rejeição de preliminares de ilegitimidade passiva e inadequação da via eleita. Recurso não conhecido nesta parte.

MÉRITO – MORADORES DE RUA QUE SE INSTALARAM NOS CANTEIROS DE AVENIDA DA CIDADE – USO FREQUENTE DE DROGAS E ÁLCOOL – SITUAÇÃO QUE COLOCA EM RISCO A INCOLUMIDADE FÍSICA DELES E DE TERCEIROS, ALÉM DE SUJEITAR O RESTANTE DA POPULAÇÃO À CONSTANTE SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA, A PRESENCIAR AGRESSÕES, CENAS DE SEXO E USO DO ESPAÇO PÚBLICO PARA NECESSIDADES FISIOLÓGICAS – AFETAÇÃO, AINDA, DO COMÉRCIO – PRETENSÃO DE PERMANÊNCIA NO LOCAL SOB ALEGAÇÃO DE LIBERDADE NO USO DO ESPAÇO PÚBLICO – LIBERDADE QUE SE TRANSMUDA EM ARBITRARIEDADE – DIREITO NÃO TUTELADO CONSTITUCIONALMENTE – RECURSO IMPROVIDO.

A liberdade assegurada constitucionalmente não é associada à arbitrariedade e traz consigo a ideia de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício, podendo sofrer restrições para se harmonizar com outros valores consagrados na Constituição e com a própria liberdade de terceiros. "*Só há liberdade onde existe restrição de liberdade*".

Se o uso do espaço público pelos moradores de rua que se instalaram nos canteiros centrais da avenida da cidade extrapola o limite do aceitável, transformando-se em arbitrariedade, com sujeição do restante da população à frequente abordagem por pessoas sob o efeito de álcool e drogas, a maior risco de acidentes e atropelamentos, a assistir cenas de sexo, agressões, uso do local para se fazer necessidades fisiológicas, além do impacto negativo no comércio, a ponto de contrariar o próprio interesse público, é induvidoso que o Poder Público pode se mover no sentido de impedir a permanência deles no local. A liberdade desmedida não se conforma com o viés dado pelo constituinte a este direito fundamental.

Recurso improvido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, não conhecer do recurso quanto às preliminares e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Defensoria Pública Estadual interpõe agravo de instrumento contra a decisão de f. 146/150, proferida pelo juiz da 1ª vara de Sidrolândia, Dr. Fernando Moreira Freitas da Silva, que, na ação civil pública movida pelo Município de Sidrolândia em face de Adaltro Félix e Outros, deferiu liminar, a fim de:

(a) determinar que os requeridos se retirem do canteiro localizado em toda a extensão da Avenida Dorvalino dos Santos, no prazo de 24 horas, sob pena do crime de desobediência;

(b) determinar ao Município de Sidrolândia que, no prazo de 24h, tome medidas de encaminhamento dos requeridos às suas famílias ou, não sendo possível, ofereça acolhimento em local adequado, em substituição à situação de rua, sob pena de sequestro de valores em valor necessário ao acolhimento em instituição particular.

Salienta-se que a Defensoria Pública Estadual foi incluída no polo passivo da demanda, conforme a decisão de f. 84/88.

Aduz, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Município para deduzir pretensão de reintegração de posse em área de domínio da União. Ademais, defende a inadequação da via eleita ao argumento de que a ação civil não se presta a tal fim.

No mérito, discorre a respeito da ausência de requisitos para concessão da tutela, em especial sem a oitiva dos requeridos, mesmo porque se trata de problema social de longa data.

Sustenta que caberia ao Município a adoção de múltiplas medidas sociais prévias à execução da decisão judicial, mormente porque o local de acolhimento existente no Município de Sidrolândia é incapaz de abarcar a totalidade e/ou especificidade das pessoas destinatárias da ordem; que o amparo deve ser prévio e não posterior, como determinado na decisão.

Não bastasse isto, ressalta que não houve fundamentação concreta quanto a qualquer perigo de dano ou mesmo risco ao resultado útil do processo, mesmo porque é situação que já vem de longa data.

Defende a ausência de posse e esbulho, bem como a inexistência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito.

Requer a atribuição de efeito suspensivo e sobrestamento dos efeitos da decisão no item "a" "*Determinar que os requeridos se retirem do canteiro, localizado em toda a extensão da Avenida Dorvalino dos Santos, no prazo de 24 horas, sob pena do crime de desobediência*".

E, ao final, o provimento do recurso e a cassação dessa parte da decisão.

O recurso foi recebido com efeito suspensivo, conforme a decisão de f. 457/459.

Contraminuta às f. 475/489.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 493/501 opinando pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo provimento do recurso.

VOTO

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

Defensoria Pública Estadual interpõe agravo de instrumento contra a decisão de f. 146/150, proferida pelo juiz da 1ª vara de Sidrolândia, Dr. Fernando Moreira Freitas da Silva, que, na ação civil pública movida pelo Município de Sidrolândia em face de Adaltro Félix e Outros, deferiu liminar, a fim de:

(a) determinar que os requeridos se retirem do canteiro localizado em toda a extensão da Avenida Dorvalino dos Santos, no prazo de 24 horas, sob pena do crime de desobediência;

(b) determinar ao Município de Sidrolândia que, no prazo de 24h, tome medidas de encaminhamento dos requeridos às suas famílias ou, não sendo possível, ofereça acolhimento em local adequado, em substituição à situação de rua, sob pena de sequestro de valores em valor necessário ao acolhimento em instituição particular.

Preliminares.

A agravante aduz, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Município para deduzir pretensão de reintegração de posse em área de domínio da União e defende, outrossim, a inadequação da via eleita ao argumento de que a ação civil pública não se presta a tal fim.

O recurso não deve ser conhecido nesta parte.

O artigo 1.015 do CPC/2015 prevê o cabimento do recurso de agravo de instrumento nas hipóteses ali elencadas. Confira-se:

> *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.

Verifica-se que decisão interlocutória que versa sobre as preliminares em questão – ilegitimidade e inadequação da via eleita – não se encaixa em nenhum dos incisos elencados no dispositivo transcrito, nem em *"outros casos expressamente referidos em lei"*.

Trata-se, pois, matérias que, pelo Novo Código de Processo Civil, não podem ser arguidas em agravo de instrumento, mas poderão ser devolvidas em sede de apelação ou de contrarrazões de apelação.

O deve aqui ser observado é que, a partir do Código de Processo Civil de 2015, há decisões interlocutórias que são agraváveis e outras que não. A impugnação destas será feita na apelação ou nas contrarrazões de apelação[1], conforme disposto pelo NCPC, no art. 1.009, §1º[2].

Logo, se as preliminares aventadas pela agravante não estão relacionada no rol do art. 1.015 do CPC, nem na legislação extravagante, não é agravável, de modo que o presente recurso não deve ser conhecido nesta parte.

Tal entendimento já foi assentado por esta Egrégia Corte em recentes julgados:

> *"EMENTA – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – LOCUPLETAMENTO INDEVIDO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, DE OFENSA À LITISPENDÊNCIA, DE OFENSA À COISA JULGADA, DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E DA PREJUDICIAL DE MÉRITO DE PRESCRIÇÃO – NÃO CABIMENTO DO RECURSO.*
>
> *1. É de ser mantida a decisão monocrática de negativa de seguimento ao agravo de instrumento quando as razões expostas no agravo interno são insuficientes para alterar o entendimento nela exposto.*
>
> *2. O agravo de instrumento não é conhecido quando não se trata das hipóteses taxativas previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil e não é possível se valer da interpretação extensiva para admitir o seu recebimento. Recurso não provido."* (TJMS. Agravo Regimental n. 1402477-11.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. Vilson Bertelli, j: 26/07/2017)
>
> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA – DISCUSSÃO ACERCA DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA E INÉPCIA DA INICIAL – NÃO CABIMENTO – HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015 – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. Não deve ser conhecido, por ser incabível, recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão que não conste do rol do art. 1.015 do CPC/2015. (...)* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1412068-31.2016.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 19/04/2017).

Vê-se, então, que o não acolhimento das preliminares de ilegitimidade passiva e de inadequação da via eleita não admite a interposição de agravo de instrumento, dada a ausência dessa hipótese no rol taxativo do art. 1.015 do NCPC, devendo tais questões serem suscitadas e debatidas em eventual recurso de apelação, na forma do art. 1.009 e § 1º do NCPC.

---

1 DIDIER, Fredie Jr. e outro. Curso de Direito Processual Civil. v. 3. 13ª Edição. Juspodivm, 2016. p. 206.

2 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.

Posto isso, não conheço das preliminares do presente agravo de instrumento.

Mérito

O litígio teve origem no estabelecimento de moradia por pessoas em situação de rua nos canteiros centrais da Avenida Dorvalino dos Santos, em Sidrolândia/MS – fato que, de acordo com o Município, fls. 48/56, coloca em risco elas próprias e outros, já que se trata de local de trânsito intenso, com sérios riscos de acidentes e/ou atropelamentos; que, além disso, instalou-se ali uma sensação de insegurança em face da população, o que tem prejudicado o comércio, pelo afastamento da clientela, e desvalorizado os imóveis; ainda, que os moradores fazem suas necessidades fisiológicas ao ar livre, muitas vezes em frente aos estabelecimentos comerciais; que, ademais, já foram presenciadas inúmeras brigas, agressões físicas e cenas de sexo.

Também se infere da inicial (f. 48/56) que tais circunstâncias motivaram um abaixo assinado subscrito pela população sidrolandense e que, por restarem inexitosas as tentativas extrajudiciais, o Município ajuizou a ação, na qual postulou liminarmente uma ordem judicial de proibição da permanência dos moradores de rua na extensão da Avenida Dorvalino dos Santos.

A liminar foi deferida pelo juiz da 1ª vara de Sidrolândia para o fim de:

(a) determinar que os requeridos se retirem do canteiro localizado em toda a extensão da Avenida Dorvalino dos Santos, no prazo de 24 horas, sob pena do crime de desobediência;

(b) determinar ao Município de Sidrolândia que, no prazo de 24h, tome medidas de encaminhamento dos requeridos às suas famílias ou, não sendo possível, ofereça acolhimento em local adequado, em substituição à situação de rua, sob pena de sequestro de valores em valor necessário ao acolhimento em instituição particular.

Eis o teor da decisão atacada:

> *"(...)*
>
> *Inicialmente, afasto a preliminar de ilegitimidade do Município de Sidrolândia.*
>
> *Em que pese o canteiro estar localizado em rodovia federal, esta transpassa toda a área urbana do Município de Sidrolândia, sendo, inclusive, de responsabilidade municipal sua preservação e manutenção, bem como a adoção de medidas para coibir a indevida ocupação do solo.*
>
> *Quanto à preliminar de inadequação da via eleita, igual sorte não assiste à requerida Defensoria Pública.*
>
> *Isso porque a ação civil pública é o instrumento jurídico adequado à proteção de interesses difusos e coletivos, dentre eles a ordem urbanística e o patrimônio público e social, conforme preceitua o art. 1º, incisos VI e VIII, da Lei 7.347/85. Ademais, é de se consignar que, nos termos do art. 3º da Lei 7.347/85, a ação civil pública poderá ter como objeto obrigação de fazer ou não fazer, tal como pretende a parte autora.*
>
> *(...)*
>
> *Na senda das lições de Arnaldo Rizzardo, ao ensinar sobre o cabimento da ação civil pública, destaca o eminente doutrinador: "revela-se displicente o Município ante a ocupação, por mendigos e indigentes, de praças públicas e locais destinados à utilização da população em geral"*[3].

3 RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.63.

In casu, verifica-se que os requeridos ocupam como se donos fossem e estabelecem moradia em espaço público de uso comum do povo, privando o uso do bem público pela coletividade, inclusive com cenas de agressões físicas e até mesmo sexo, conforme narrado na inicial, fazendo-me concluir não ser legítima a ocupação e permanência dos requeridos em tal local.

Também deve ser considerado que o canteiro está localizado em uma em avenida de continuidade da BR-060, a qual serve de acesso às cidades de grande porte, tais como como Ponta Porã e Dourados, sendo umas das principais rodovias de escoamento de grãos para os demais Estados do país, além de servir de acesso aos maiores destinos turísticos do Estado: Bonito, Jardim e Bodoquena.

Assim, considerando estas situações, verifica-se que a permanência dos Requeridos, no canteiro central, também coloca em risco sua própria segurança e incolumidade física, bem como a de terceiros, eis que o trânsito no local é intenso e os requeridos se encontram sob efeito de álcool e droga, podendo uma tragédia ocorrer a qualquer momento.

Ainda, não é salubre o estabelecimento de moradia em um canteiro, sem qualquer proteção quanto às condições climáticas, sem local para banho, alimentação e necessidades fisiológicas.

Por tudo que se relata, é insustentável que os Requeridos permaneçam em via pública com o propósito de estabelecer moradia.

Portanto, tenho como correta a pretensão da municipalidade de impor restrições ao direito de liberdade dos requeridos.

Aliás, nesse sentido, devo consignar que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrerem restrições, no caso concreto, a partir de um juízo de ponderação de interesses.

Nesse sentido, leciona a doutrina constitucionalista:

> *Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de balancing) será entendida neste estudo como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*[4].

No caso concreto, entendo que o direito de liberdade dos requeridos deva ceder diante de outros direitos fundamentais: I) liberdade no uso livre dos espaços públicos por toda a coletividade; II) direito à vida e à integridade física dos próprios requeridos e de terceiros, já que a presença em local inapropriado, sob o efeito de álcool e droga, pode provocar grave tragédia.

Feitas essas considerações, concluo ser imprescindível uma determinação do Poder Judiciário no sentido de impedir a permanência dos requeridos nos canteiros da Avenida Dorvalino dos Santos.

No entanto, não é possível que apenas os requeridos tenham obrigações, já que estamos a tratar de um importante problema social: pessoas em situação de rua. É preciso que o Município de Sidrolândia também promova ações efetivas de modo que os requeridos retornem às suas casas ou, na impossibilidade, tenham abrigo seguro, além de assistência médica para tratamento do vício de álcool e droga.

Diante do exposto, defiro a liminar pleiteada para os fins específicos de:

> *A) Determinar que os requeridos se retirem do canteiro, localizado em toda a extensão da Avenida Dorvalino dos Santos, no prazo de 24 horas, sob pena do crime de desobediência;*

4 BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

> *B) Determinar ao Município de Sidrolândia que, no prazo de 24 horas, tome medidas de encaminhamento dos requeridos às suas famílias ou, não sendo possível, ofereça acolhimento em local adequado, em substituição à situação de rua, sob pena de sequestro de valores em valor necessário ao acolhimento em instituição particular."*

Apenas a Defensoria Pública Estadual recorreu da decisão, atacando o item "a" do dispositivo: *"Diante do exposto, defiro a liminar pleiteada para os fins específicos de: A) Determinar que os requeridos se retirem do canteiro localizado em toda a extensão da Avenida Dorvalino dos Santos, no prazo de 24 horas, sob pena do crime de desobediência"*.

Feitos esses contornos, passo ao exame da pretensão recursal.

Por primeiro, é preciso assentar que o presente caso não chega sequer a se identificar com aquelas hipóteses em que há uma colisão de direitos fundamentais, cuja solução se dá por meio da ponderação dos interesses em disputa, à luz da razoabilidade e da proporcionalidade.

No caso, o interesse jurídico levantado pelo Defensoria Pública (agravante) sequer é válido.

Explico.

A Defensoria Pública vem alegando no seu recurso liberdade no uso do bem público, mas a liberdade pretendida se confunde com arbitrariedade, excesso, falta de justa medida e de prudência, ideias que não se conformam com a tutela constitucional acerca de tal direito fundamental.

Sob termos como "discriminação", "etiquetamento", "apartheid", "estratificação do uso do espaço público", "faxina social", a agravante busca convencer que o Município quer proibir a permanência dos moradores de rua nos canteiros da avenida por mero capricho, para "esconder" pessoas consideradas "indesejadas" da vista de turistas e de consumidores.

Nada mais apartado da realidade.

É incontroverso que o estabelecimento de moradias no referido local vem há tempos gerando sérios problemas de ordem de social, tais como:

(a) a avenida em questão é continuidade da BR-060, umas das principais rodovias de escoamento de grãos para os demais Estados do país, além de servir de acesso aos maiores destinos turísticos de Mato Grosso do Sul (Bonito, Jardim e Bodoquena), o que resulta em grande fluxo de veículos no local. Isso, unido ao fato incontroverso de que os moradores dos canteiros centrais encontram-se frequentemente sob efeito de álcool e droga, demonstra o alto risco que paira em face da segurança e da incolumidade física deles próprios e também das outras pessoas que ali transitam;

(b) o comércio local vem sendo prejudicado, vê que, por razões óbvias, a presença constante de pessoas sob efeito de álcool e drogas nas proximidades acaba gerando sensação de insegurança e afastando a clientela;

(c) a permanência dos moradores nos canteiros centrais compele toda população a compartilhar cenas de brigas, agressões físicas e de sexo, além do uso do espaço público para serem feitas necessidades fisiológicas.

Ora, a constatação desses problemas sociais revela de forma clara que a utilização do bem comum do povo pelos moradores de rua extrapolou – e muito – o limite do aceitável no caso; a liberdade foi transmudada em arbitrariedade, a ponto de contrariar o próprio interesse público, justificada, portanto, a intervenção estatal para impedir a permanência deles no local.

Nota-se que 01 (um) grupo específico acabou por restringir o uso do espaço público por toda população restante, esta ficando exposta a maior risco de acidentes e atropelamentos, à frequente abordagem por pessoas sob efeito de álcool e drogas, às cenas de sexo, agressões, etc., circunstâncias que também atingiram negativamente o comércio local.

O que se vê é a agravante pretendendo que sejam sacrificados interesses legítimos da população em geral para garantir não a liberdade amparada constitucionalmente, mas sim uma arbitrariedade no uso do espaço público.

Fala em "estratificação", porém comete exatamente o que alega ao requerer que um grupo específico seja "privilegiado" – se é que há privilégio no ato - em razão de sua condição sócio-econômica e faça uso do bem público como bem entender, sem submissão às regras a que todos os demais estão obrigados. Isso sim seria medida de "estratificação social", pois se estaria lançando mão de diferenças para conferir privilégios infundados a determinado grupo, em detrimento do resto da sociedade.

Observa-se, então, que nem há o conflito de direitos fundamentais, pois a liberdade assegurada constitucionalmente não é associada à arbitrariedade, e sim traz consigo a ideia de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício. Entende-se, por isso, que pode sofrer restrições para se harmonizar com outros valores consagrados na Constituição e com a própria liberdade de terceiros, afinal, "*só há liberdade onde existe restrição de liberdade*"[5].

Não há, portanto, sequer necessidade de balizamento entre os interesses em disputa, pois a liberdade desregrada – a defendida pela agravante – não é tutelada juridicamente. Só há um interesse em jogo aqui, que é o uso seguro e moderado do espaço público, o que, por sua vez, se identifica com o exercício da liberdade com as devidas limitações, viés este dado pelo constituinte a este direito fundamental.

Por fim, há que se considerar que o magistrado de primeiro grau não fechou os olhos à realidade dessas pessoas, tanto que determinou ao Município o encaminhamento delas para suas famílias ou, não sendo possível, o acolhimento em local adequado, sob pena de sequestro de valores em valor necessário ao acolhimento em instituição particular.

Vê-se, então, que, ao passo em que foi os moradores foram impedidos de habitar nos canteiros centrais da Avenida Dorvalino dos Santos, ao Município foi atribuída a obrigação de providenciar um abrigo público destinado a receber as pessoas em condição de rua.

Pontuo, ainda, que não é preciso que toda a obrigação imposta ao Município seja cumprida antes como condição para retirada dos moradores.

A uma porque se constata dos autos que, na época da citação, eles já não estavam lá.

A duas porque, conforme noticiado nos autos originários, foi instalado um programa governamental após a liminar com o objetivo de direcionar esse grupo populacional através do oferecimento de serviços de acolhimento temporário, de higienização, alimentação, acesso a benefícios previdenciários e assistenciais e programas de transferência de renda, de modo que eles não estão completamente desamparadas pelo Poder Público.

Portanto, ainda que a ordem em face do Município de Sidrolândia/MS não tenha sido integralmente executada, podendo, aliás, a Defensoria Pública se valer dos meios processuais de coação, fato é que vem sendo oferecida uma alternativa às ruas, o que, somado à exposição nas linhas anteriores, encerra de forma contundente o acerto de se proibir a habitação na avenida em questão.

5 NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ª edição. p. 296.

Saliente-se outrossim que ao par dessas razões o Município tem o poder-dever de adotar – via judicial – medidas como a presente para preservação do patrimônio objeto da contenda, merecendo destaque as ofensas à saúde e à segurança pública, ocasionadas pela insalubridade que vivem os ocupantes da rua, de conhecimento público e notório.

Ante o exposto, contra o parecer ministerial, quanto às preliminares arguidas não conheço do recurso e, quanto ao mérito, conheço-o, negando-lhe porém provimento para manter íntegra a douta decisão profligada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, não conheceram do recurso quanto às preliminares e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

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

Campo Grande, 13 de dezembro de 2017.

***

3ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 4010514-80.2013.8.12.0000 - Ponta Porã
Relator designado Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – FUNDAMENTO NO ART. 485, V E IX DO CPC/73 - ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA À NORMA JURÍDICA – INOCORRÊNCIA – AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

A ação rescisória é meio processual destinado a atacar decisões de mérito transitadas em julgado, quando presentes as hipóteses elencadas no artigo 485 do CPC/73 (art. 966, do CPC/2015). O erro de fato (artigo 966, inciso VIII, do CPC/2015), por sua vez, exige que haja um nexo de causalidade entre o erro apontado pelo demandante e o resultado da sentença.

In casu, a sentença não partiu de premissa equivocada, isto é, não admitiu um fato inexistente, ou considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido. Pelo contrário, o pronunciamento judicial foi no sentido de que o autor, ora requerido, preencheu requisitos para a reintegração de posse.

A rescisória não pode ser utilizada para reapreciação de provas e muito menos para se corrigir injustiça da sentença.

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 maioria, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do 2º Vogal, vencida a Relatora e o 1º Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator designado

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Ana Beatriz Ortiz Taleb propõe Ação Rescisória contra acórdão proferido na Apelação Cível nº 2008.012670-0, pela 4ª Turma (atual Câmara) Cível deste Tribunal de Justiça, onde litigou contra o Banco do Brasil S/A, com trânsito em julgado em 24.04.13 (f. 2027).

Aduz que litigou com o réu nos autos da Ação de Reintegração de Posse nº 019.01.001934-9, cuja sentença de procedência foi substituída (e confirmada) pelo acórdão que se pretende rescindir na presente demanda, com fundamento nos incisos V e VIII do art. 966 do CPC/15 (correspondentes aos incisos V e IX do art. 485 do CPC/73).

Afirma ser proprietária e possuidora dos imóveis rurais objeto das matrículas nºs 327 e 28.647 (CRI de Ponta Porã/MS), que totalizam a extensão de 923,6680 ha, adquiridos por doação avoenga (30.10.93) e

inseridos numa área maior denominada Fazenda Dependência, dentro da qual também estão inseridos os imóveis registrados sob os nºs 10.994, 22.894 e 332 (CRI de Ponta Porã/MS), que eram de propriedade de Hani Taleb e Rosa Maria Ortiz Taleb, e que foram ajudicados pelo Banco do Brasil (ora réu) nos autos da Execução nº 93.402.006-3, que tramitou pela 2ª Vara Cível daquela Comarca.

Assevera que quando do cumprimento do mandado de imissão de posse em favor do Banco naqueles autos, houve a tentativa de tomar posse também dos imóveis da autora, sob a alegação de que também foram adjudicadas benfeitorias que lá se encontravam, porém, após a imissão de posse dos imóveis adjudicados o magistrado deu por satisfeita a Execução.

Narra que por não lograr êxito na pretensão, o Banco manejou Ação de Reintegração de Posse em seu desfavor, sob a alegação de que no momento do cumprimento dos mandados de imissão seus dois funcionários que acompanhavam o ato teriam sido expulsos da propriedade da qual era co-possuidor, o que configuraria esbulho. A demanda possessória foi julgada procedente, mesmo estando pendente de julgamento uma ação de Embargos de Terceiro ajuizada pela ora autora. Explana que a sentença foi confirmada pelo acórdão rescindendo, bem como não foi conhecido o agravo interposto contra decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Alega que a decisão rescindenda está fundada em erro de fato decorrente da desatenção do julgador quanto à prova de que a área de propriedade da Autora, na posse da qual o Banco pretende se reintegrar, não lhe foi dada anteriormente em imissão de posse. Ou seja, o Banco jamais exerceu posse sobre a referida área. Por tais razões pretende a procedência do juízo rescindente e, seguindo, do rescisório, a fim de que seja julgada improcedente a ação de reintegração de posse e excluída a multa de 1% sobre o valor da causa, fixada quando do julgamento dos embargos de declaração.

Defende que no julgado objeto de rescisão também houve manifesta violação a norma jurídica, quais sejam:

I) Art. 591 do CPC/73 (correspondente ao art. 789 do CPC vigente), pois a ilação extraída do referido dispositivo legal é de que bens de terceiros não garantem a dívida do executado, enquanto seus bens acabaram respondendo por obrigação de outrém, mesmo sem terem sido oferecidos em garantia ou adjudicados;

II) Arts. 926 e 927 do CPC/73 (correpondentes aos arts. 560 e 561 do CPC vigente), tendo em vista que o Banco nunca teve a posse da área em discussão e, portanto, não há que se falar em reintegração, pois esta pressupõe posse esbulhada;

III) Arts. 1.228, *caput*, CC/2002 (524, CC/1916) e 5º, XXII, da CF, em razão de ter sido violado o direito de propriedade da Autora ao permitir que bem de terceiro, estranho ao processo executivo, suporte os efeitos da obrigação assumida pelo devedor;

IV) Art. 1.348, V, CC/2002 (526, CC/1916), já que a acessão é modo de aquisição de propriedade, motivo pelo qual as construções e plantações existentes na propriedade doada à Autora a ela se aderem, não havendo que se falar em reintegração de posse, pelo Banco, das benfeitorias (acessões).

Requereu a concessão da tutela antecipada, a fim de suspender os efeitos da decisão objeto de rescisão e impedir a expedição de mandado de reintegração de posse.

Ao final, pugnou pela procedência da ação, para que seja rescindido o acórdão proferido na Apelação Cível nº 2008.012670-0 e excluída a multa de 1% sobre o valor da causa, aplicada no julgamento dos respectivos embargos de declaração; bem como para que seja proferido novo julgamento da lide, julgando-se improcedente na ação de reintegração de posse.

Às f. 2042-2043 foi deferida a antecipação dos efeitos tutela e determinada a suspensão dos efeitos da decisão objeto de rescisão.

Apesar de devidamente citado (f. 2048-2049), o Banco réu deixou de apresentar defesa.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência da presente ação rescisória.

Os autos vieram-me conclusos.

VOTO (16/10/2017)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de ação rescisória proposta por Ana Beatriz Ortiz Taleb em face do Banco do Brasil S/A, visando a rescisão do acórdão proferido pela 4ª Turma Cível, atual 4ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, que negou provimento ao Recurso de Apelação nº 2008.012670-0. Fundamenta a presente ação rescisória nos incisos IX e V do art. 485 do CPC/73, utilizando como causa de pedir:

> *I) Ocorrência de erro de fato, em razão de que o julgador foi desatento quanto à prova de que a área de propriedade da Autora, na posse da qual o Banco pretende se reintegrar, não foi dada anteriormente a este em imissão de posse. Ou seja, o Banco jamais exerceu posse sobre a referida área (485, IX);*
>
> *II) Violação ao art. 591 do CPC/73 (correspondente ao art. 789 do CPC vigente), pois a ilação extraída do referido dispositivo legal é de que bens de terceiros não garantem a dívida do executado, enquanto seus bens acabaram respondendo por obrigação de outrém, mesmo sem terem sido oferecidos em garantia ou adjudicados (485, V);*
>
> *III) Violação aos arts. 926 e 927 do CPC/73 (correpondentes aos arts. 560 e 561 do CPC vigente), tendo em vista que o Banco nunca teve a posse da área em discussão e, portanto, não há que se falar em reintegração, pois esta pressupõe posse esbulhada (485, V);*
>
> *IV) Violação ao art. 1.228, caput, CC/2002 (524, CC/1916) e 5º, XXII, CF, em razão de ter sido violado o direito de propriedade da Autora ao permitir que bem de terceiro, estranho ao processo executivo, suporte os efeitos da obrigação assumida pelo devedor (485, V);*
>
> *V) Violação ao art. 1.348, V, CC/2002 (526, CC/1916), já que a acessão (tratada como "benfeitorias" pelo Banco) é modo de aquisição de propriedade, motivo pelo qual as construções e plantações existentes na propriedade doada à Autora a ela se aderem, não havendo que se falar em reintegração de posse, pelo Banco, das benfeitorias em discussão (485, V).*
>
> *Não houve apresentação de defesa.*
>
> *O parecer ministerial opinou pela improcedência do feito.*

É desnecessária a produção de provas para o juízo rescindente. Assim, por inexistir neste caso a hipótese de que trata o art 972[1] do Código de Processo Civil/15, passo ao julgamento no estado em que o processo se encontra, consoante permite o art. 355, I[2], do mesmo Diploma.

Antes de mais nada, insta esclarecer que, no que tange à análise dos requisitos de conhecimento da demanda, bem como de seu mérito, devem lhes ser aplicados o dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, que estavam em vigor quando do ajuizamento desta ação rescisória, a fim de assegurar a preservação de eventuais direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, especialmente porque em se tratando de ação rescisória, o regramento contido no Diploma Processual anterior está intrinsecamente ligado à formação da causa de pedir.

Assim, passo à análise das questões travadas.

Do Juízo Recindente

I - Da alegação de erro de fato

No que se refere ao erro de fato, Luiz Rodrigues Wambier[3] leciona que *"Assim, a interpretação a ser dada a este inciso, do art. 485 é a de que cabe rescisória quando a sentença resultar de um erro que seja verificável de mero exame dos autos do processo."*

Assim é que o erro de fato capaz de dar ensejo à rescisão de uma decisão transitada em julgado constitui um erro do julgador em relação ao conjunto probatório dos autos, um evidente equívoco, e não uma questão de interpretação ou entendimento pertencente à esfera subjetiva do julgador.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. ART. 485, IX, DO CPC/1973. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÃO PARA MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. PAGAMENTO POR PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL. EQUÍVOCO ACERCA DA CONDIÇÃO DE ASSOCIADO. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ENTRES AS PARTES OU DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE A QUESTÃO. EXISTÊNCIA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. CARACTERIZAÇÃO DO ERRO DE FATO.*
>
> *1. Ação rescisória ajuizada por associação de moradores objetivando rescindir, com fundamento no art. 485, inciso IX, do CPC/1973, decisão monocrática que, em recurso especial (REsp 1.199.377/SP), deu-lhe provimento para reconhecer que o recorrente, na condição de "proprietário não associado", não estaria obrigado ao pagamento de encargos instituídos para o fim de cobrir os custos com benfeitorias e despesas relacionadas à prestação de serviços.*
>
> *2. Dispensável para a propositura da ação rescisória o esgotamento prévio de todos os recursos disponíveis (Súmula 514/STF).*
>
> *Precedentes.*
>
> *3. Para que haja plausibilidade jurídica ao pleito de rescisão do julgado com*

1 Art. 972. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.

2 Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas;

3 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil, v. 1: Teoria Geral do Processo de Conhecimento. 9ª ed. São Paulo:RT, 2007, p. 638.

base na alegação de erro de fato (art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil), é indispensável, em síntese: i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato" (AR 1.421/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe de 08/10/2010).

4. Reconhecimento, no caso, da ocorrência de erro de fato, determinante para o deslinde da causa, autorizando a procedência do pedido rescisório, em face do equívoco da decisão rescindenda de que o réu não seria vinculado à entidade associativa.

5. Questão que não foi objeto de controvérsia entre as partes, não ensejando pronunciamento judicial a seu respeito.

6. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, RESCINDINDO-SE A DECISÃO ATACADA E NEGANDO-SE, DESDE LOGO, PROVIMENTO AO PRÓPRIO RECURSO ESPECIAL." (AR 4.859/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 20/04/2016)

Pois bem.

No caso vertente, pretende-se rescindir uma decisão de mérito proferida em ação de reintegração de posse onde foi reconhecida tanto a posse anterior do Autor daquela demanda (Banco ora réu), quanto o esbulho possessório.

Da leitura do acórdão rescindendo (f. 1853-1857), constata-se que naquela decisão foi mantido o entendimento lançado na sentença, especialmente sobre a aquisição da posse da área litigiosa pelo Banco, sem, contudo, indicar onde estaria a comprovação de tal fato, pois apenas restou afirmado que *"extrai-se dos autos, que, em razão de uma ação de execução, o recorrido tomou posse da área de terra especificada na emenda à peça inaugural."*

Com efeito, não houve pronunciamento expresso sobre qual fato/prova aquele r. Juízo se baseou para realizar tal assertiva que, diga-se, é fato capaz de, por si só, alterar o resultado do julgamento.

Considerando que a referida decisão manteve o entendimento lançado na sentença (f. 1786-1793), importante salientar que esta decisão singular também não apontou a prova que fundamentou seu entendimento de existência da aquisição da posse pelo Banco.

Na verdade, utilizou como um de seus fundamentos uma frase da ré (ora Autora) que constava da contestação, afirmando que a posse restara configurada pela afirmação da própria ré, quando disse na contestação que *"É evidente que ele arrematou aqueles imóveis e as benfeitorias não discriminadas"*.

Também foi uma afirmação realizada na contestação dos autos originários que fundamentou a existência do esbulho, mais especificamente a afirmação de que os funcionários do Banco foram convidados a se retirar, *in verbis*: *"que aqueles funcionários da prestadora de serviço permaneceram pouco tempo em uma das benfeitorias da propriedade, quando já havia toda a discussão possessória e de lá foram convidados a se retirar."*

Em que pese o entendimento do Juízo originário, resta claro pela documentação acostada naqueles próprios autos que a aquisição, pelo Banco, a que se referia a contestação, não diz respeito aos 2 imóveis descritos na emenda à inicial da reintegração de posse (f. 1126-1128), mas sim aos 3 imóveis que foram

adjudicados no processo executivo nº 93.402.006-3, que tramitou pela 2ª Vara Cível de Ponta Porã, e que não se confundem.

Ao realizar o cotejamento das afirmações lançadas na sentença, e posterior acórdão que a substituiu, com os documentos acostados àqueles autos, parece importante salientar que por vezes o Juízo originário confunde a adjudicação (e consequente aquisição da posse) realizada na Execução nº 93.402.006-3, relativa às matrículas nºs 10.994, 22.894 e 332 (CRI de Ponta Porã/MS), com a suposta aquisição da posse da área de domínio da Autora, matriculada sob os nºs 327 e 28.647 do mesmo CRI.

Tanto que nas decisões do processo originário não há qualquer menção a documento ou fato que aponte o porquê a adjudicação daqueles 3 imóveis rurais faria estender a posse aos 2 imóveis rurais da autora. Pelo contrário, às f. 1788 é possível verificar que a sentença afirma que a posse decorre da aquisição da propriedade, senão vejamos:

> *(...)*
>
> *Com efeito, em que pese a ré, em longo arrazoado, sustentar em diversos pontos da peça de defesa que o autor nunca teria adquirido da posse, tenho que dos autos se extrai o contrário, podendo-se perceber que o autor indubitavelmente adquiriu a posse dos bens descritos na emenda à inicial (f. 883/885), consistente nos imóveis e benfeitorias.*
>
> *A aquisição da posse, segundo dispõe o art. 1.204 do CC, dá-se "desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade", tendo, no caso concreto, se verificado a aquisição dos bens pelo Banco autor.*
>
> *Como a própria ré consigna na sua defesa, "É evidente que ele arrematou aqueles imóveis e as benfeitorias não disccriminadas" (f. 945), ssutentanto que o mesmo, todavia, nunca se imitiu na posse. Entretanto a propriedade restou adquirida, eis que se tornou possível o exercício, em nome próprio, dos poderes inerentes à propriedade.*

Em que pese a fundamentação acima, conforme já afirmado, os imóveis da Autora não foram os adquiridos pelo Banco, mas sim outras 3 glebas de terras contíguas que juntamente com as suas são denominadas Fazenda Dependência. E este fato, apesar de ter sido afirmado por ambas as partes (incontroverso), foi tratado de forma diversa pelo Juízo de origem.

Para esclarecer tal distinção é suficiente comparar a área descrita na emenda à inicial da ação de reintegração (f. 1126-1128) com o Termo de Penhora (f. 170) e com o Auto de Adjudicação (f. 497), que têm o condão de delimitar a área adquirida e os quais mencionam 3 matrículas distintas das que se pretende reintegrar a posse.

Assim, considerando as assertivas realizadas na sentença, resta evidenciado que aquele Julgador tomou fato inexistente como existente (aquisição, pelo Banco, da posse dos imóveis da Autora como decorrência da suposta aquisição das referidas propriedades), equívoco que foi replicado no acórdão que veio a substituir a sentença.

Ressalte-se que apesar da preexistência (ou não) da posse do Banco ser ponto controvertido a ser esclarecido pelo Juízo, a distinção entre as glebas adquiridas no processo executivo e as glebas da autora era incontroversa, mas foi ignorada pelo Juízo originário, erro que influenciou na resolução do ponto controvetido e, consequentemente, no resultado do julgamento.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha[4]:

> *O erro de fato leva a uma sentença injusta. Realmente, para que a sentença seja justa, faz-se necessário que aprecie ou suponha corretamente os fatos, 'pois, caso contrário emprestará consequências jurídicas que não ocorreram, pois deu como existentes fatos que não se verificaram, ou, em outras palavras, aplicará uma lei que não incidiu, tendo havido erro de fato'.*
>
> *Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou considerar inexistente fato efetivamente ocorrido (art. 966, §1º, primeira parte, CPC). Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz.*

Sem a necessidade de maiores delongas, resta claro que a decisão objeto desta demanda rescisória realmente foi fundada em erro de fato verificável do exame dos autos, motivo pelo qual deve ser rescindida, com fulcro no art. 966, VIII, do CPC/15.

Devolve-se, portanto, ao âmbito de cognição deste Tribunal, toda a relação jurídica processual outrora instaurada, nos termos do art. 974 do CPC/15.

Em tempo, tenho por prejudicada a análise do outro fundamento da presente demanda (art. 966, V, CPC), pois, em decorrência desta conclusão, não seria de nenhuma utilidade.

Do juízo rescisório

Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por Banco do Brasil contra a Sra. Ana Beatriz, ora Autora, onde afirma que adjudicou os imóveis rurais matriculados sob os nºs 10.994, 22.894 e 332, inclusive com as benfeitorias sobre elas existentes, mas inicialmente não foi possível concretizar a imissão sob o argumento de que as benfeitorias se encontravam em área de terceiro. Afirma, ainda, que posteriormente houve a imissão mas em condomínio com a ré Ana Beatriz.

Em seguida afirma que pediu sua imissão na posse das benfeitorias, o que foi indeferido. Nesse tempo estava dividindo a posse com a condômina Ana Beatriz por intermédio de 2 homens da empresa Sebival para os quais foi solicitado por um advogado daquela que deixassem o local – na mesma data em que o processo executivo foi suspenso com determinação do recolhimento do mandado de imissão na posse das "benfeitorias", até a solução de tal controvérsia (f. 1074).

A pretensão inicial fica mais clara com a emenda à inicial, onde afirma pretender ser reintegrado na composse dos imóveis rurais contíguos, de propriedade da ora Autora, matriculados sob os nºs 327 e 28.647.

Tenho que a ação deve ser julgada improcedente.

Antes de mais nada, vejamos os requisitos da ação de reintegração de posse à época em que foi ajuizada, previstos no art. 927 do Código de Processo Civil/73 (com correspondência no art. 561 do CPC/15), *in verbis*:

> *"Art. 927. Incumbe ao autor provar:*
>
> *I - a sua posse;*

4 *in* 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. Volume 3 – 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 506.

Ii - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração."

No presente caso, o autor da possessória sequer logrou demonstrar que detinha posse justa[5] das áreas de propriedade da Sra. Ana Beatriz antes do alegado esbulho (30.07.99).

Considerando que naquela inicial ora afirma que não se imitiu na posse das benfeitorias em discussão, ora afirma que exerceu a referida posse, necessário se faz a análise dos documentos insertos naquele caderno processual.

Extrai-se da documentação acostada que nos autos da Execução nº 93.402.006-3 houve a penhora dos imóveis rurais matriculados sob os nºs 10.994, 22.894 e 332, cujo Termo (f. 170) não mencionou qualquer benfeitoria, menos ainda alguma que estivesse localizada em imóvel de terceiro ou estranho àquelas matrículas. Da mesma forma o primeiro Laudo de Avaliação realizado pelo *expert* do Juízo (f. 178).

Após impugnação de tal avaliação foi realizado novo Laudo (f. 204-206), contendo finalmente a descrição das pretendidas "benfeitorias", que a bem da verdade se tratam de construções como armazéns, galpões, etc., onde em nenhum momento foi mencionado que tais estavam inseridas em área distinta daquela objeto de avaliação – até porque não poderia ser adjudicada construção que estivesse em imóvel de terceiro estranho ao processo executivo, tampouco em imóvel que não foi objeto de penhora.

O Auto de Adjudicação, por sua vez, somente menciona a adjudicação das 3 matrículas "e benfeitorias" (f. 497), também nada mencionando acerca da localização de tais benfeitorias.

A certidão de f. 1040 indica que o Mandado de Imissão de Posse inicialmente não foi cumprido, em razão de que o Banco pretendia se imitir na posse das áreas adjudicadas (3 matrículas) e das "benfeitorias" (construções) localizadas nas terras da Sra. Ana Beatriz, o que não foi permitido pelos executados.

Por fim, analisando as certidões e os Autos de Imissão de Posse de f. 1044-1049, é possível verificar que em 06.11.98 o Banco se imitiu na posse do imóvel matriculado sob o nº 10.944 (Fazenda Paraná), acrescido das benfeitorias elencadas no respectivo Auto. Enquanto isso, somente efetivaram a imissão de posse dos imóveis que integram a Fazenda Dependência, de matrículas nº 332 e 22.894, em 28.04.99, também acrescidos das benfeitorias descritas no respectivo Auto.

De outro lado, por intermédio da Certidão de f. 1079 é possível concluir que não houve imissão na posse, pelo Banco, de qualquer "direito de condômino" nas terras da Autora, até porque, nos despachos de f. 1037, 1069, 1074, 1088 limitaram a imissão do Banco réu na posse da área dos 3 imóveis adjudicados, sendo que o último, inclusive, asseverou que:

(...)

Se houve a imissão na posse dos três imóveis, conforme noticia o proprio exequente, é o quanto basta para este processo de execução. Volto a ressaltar que eventuais problemas possessórios daí decorrentes é tema a ser solucionado em outra ação, caso contrário este processo de execução se tornará uma discussão sobre posse, o que não é admissível. (f.1088)

5 Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária. (CC)

Assim, analisando todo o processo executivo que foi trazido no bojo da ação possessória, tem-se que apesar de o Banco a todo momento tentar se imitir na posse dos imóveis de propriedade da Sra. Beatriz, em razão de lá se encontrarem "benfeitorias" que teriam sido adjudicadas o processo executivo, não logrou êxito em sua pretensão.

Inclusive, em alguma das tentativas frustradas de imissão na posse da área em discussão o Banco colocou seguranças no local, a fim de garantir o êxito de sua pretensão, que lá permaneceram até a suspensão daquela execução e recolhimento do respectivo mandado, quando seus funcionários, por óbvio, foram convidados a se retirar – por não haver motivo plausível para sua permanência no local.

Por mais que o Banco tente fazer tal situação configurar esbulho, é certo que impor a presença de seus funcionários em terras alheias enquanto se discute os limites da imissão de posse não tem o condão de configurar posse justa, assim como, consequentemente, a condução da retirada de tais funcionários nesse contexto não configura esbulho.

Conclui-se, portanto, que o Banco jamais teve posse da área em discussão, pois, por mais que tentasse estender sua imissão na posse às glebas em discussão, aquele Juízo executivo delimitou sua imissão na posse da área que efetivamente foi adjudicada (3 matrículas).

O ônus da prova incumbe à parte autora, quanto ao fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, CPC). Não comprovada a posse, não há que se falar em esbulho.

A ação de reintegração de posse tem como objetivo reintegrar o possuidor cuja posse foi esbulhada, motivo pelo qual se faz imprescindível a comprovação da referida posse, sendo irrelevante, portanto, as alegações de direito de condomínio, composse, entre outras, caso o Banco nunca tenha possuído a área que pretende, o que deve ser discutido por via adequada.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINARMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E NÃO ENFRENTAMENTO DE MATÉRIAS PRELIMINARES – ACOLHIDO – JULGAMENTO IMEDIATO DAS MATÉRIAS NÃO ANALISADAS NA ORIGEM – CARÊNCIA DE AÇÃO, ILEGITIMIDADE PASSIVA E PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INICIAL – REJEITADAS – MÉRITO – ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE COMODATO VERBAL – NÃO DEMONSTRADO – AUSÊNCIA DE PRÉVIO EXERCÍCIO DE POSSE – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A PROTEÇÃO DA POSSE, ESTABELECIDOS NO ART. 561 DO CPC – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS – HONORÁRIOS RECURSAIS – FIXADOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...) II. Cabe ao autor da ação de reintegração de posse o ônus de comprovar todos os requisitos exigidos e elencados no art. 561 do CPC/2015 (análogo ao art. 927 do CPC/73), sendo eles a sua posse, a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; a data da turbação ou do esbulho, a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, a perda da posse, na ação de reintegração. II.I. Não comprovada a existência do fato constitutivo do direito, concernente à existência de comodato verbal, e havendo indícios de que o bem foi ofertado em pagamento de dívidas, a aclarar a inexistência de posse anterior pela requerente e, por consequência, ausência de esbulho por parte da requerida, impõe-se reformar a sentença para julgar improcedente o pedido inicial, com inversão dos ônus sucumbenciais. III. 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 remunerar o profissional da advocacia pelo trabalho adicional realizado em sede recursal.* (TJMS. Apelação n. 0837038-15.2014.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 25/07/2017,

p: 28/07/2017)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – POSSE ANTERIOR NÃO COMPROVADA – FRAGILIDADE DOS DEPOIMENTOS – AUSENTE A PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR (ART. 373, I, CPC) – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO EX ADVERSO NÃO COMPROVADA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Na ação de reintegração de posse, cumpre ao autor provar a posse sobre o bem, a sua perda e o esbulho praticado pelo réu. Ausente a prova do fato constitutivo do direito do autor, consistente no exercício anterior da posse sobre o imóvel e o respectivo esbulho, inviável a proteção possessória objeto da pretensão.* (TJMS. Apelação n. 0800032-12.2012.8.12.0011, Coxim, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 13/06/2017, p: 06/07/2017)

Destarte, não preenchidos os requisitos do art. 927 do CPC/73 (art. 561, CPC/15) para a ação possessória, a improcedência da demanda possessória é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante o exposto, restando configurado o vício disposto no inciso VIII do art. 966 do CPC/15, em razão da decisão impugnada estar fundada em erro de fato, promovo sua rescisão, desconstituindo o trânsito em julgado formado invalidamente e, em sede de novo julgamento, julgo improcedentes os pedidos iniciais.

Ressalto a necessidade de excluir todos os efeitos decorrentes do julgamento originário, inclusive a multa de 1% sobre o valor da causa aplicada quando do julgamento dos embargos de declaração.

Condeno o Banco réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, §2º, do CPC/15.

Determino o levantamento, pela autora, do depósito realizado em observância ao art. 488, II, CPC/73 (art. 968, II, CPC/15).

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Eduardo (2º Vogal), após a relatora e o 1º Vogal julgarem procedente a ação rescisória. O 3º Vogal aguarda. Declarou-se impedido o Des. Vilson Bertelli.

VOTO (EM20/11/2017)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2º Vogal)

Ana Beatriz Ortiz Taleb, com fulcro no artigo 485, incisos V e IX, do CPC/73, ajuizou a presente ação rescisória em face do Banco do Brasil visando a desconstituição da sentença - confirmada pelo v. acórdão da E. 4ª. Turma deste Tribunal de Justiça - proferida nos autos nº 019.01.001934-9, da 2ª. Vara Cível da comarca de Ponta Porã/MS, que julgou procedente a Ação de Reintegração de Posse movida pelo Banco do Brasil em desfavor da autora.

Compulsando os autos, infere-se que o requerido ajuizara ação de reintegração de posse em desfavor do autora, onde foi reconhecida a posse do autor da demanda (Banco do Brasil S.A, ora réu), bem como o esbulho possessório.

O recurso de apelação interposto pela requerida, ora autora desta ação rescisória, foi desprovido e o recurso especial não foi admitido, ocorrendo o trânsito em julgado.

Agora, na presente demanda, a requerente alega, em apertada síntese, que houve erro de fato, pois *"sobre o imóvel objeto da ação de reintegração de posse o Banco réu jamais exerceu qualquer posse anterior, muito menos existiu esbulho possessório, como equivocadamente foi entendido pelo douto juízo de primeiro grau, em sentença confirmada por este Colendo Tribunal, donde não ser possível que o banco pudesse ser reintegrado em área sobre a qual jamais teve a posse"* (f. 17).

Afirma que referida área *"pertence à autora desta rescisória, a qual, outrossim, é terceira estranha à relação processual desenvolvida no processo de execução - de que não fez parte - onde ocorreu a penhora e adjudicação de áreas distintas, embora dentro de uma área maior, da qual a porção correspondente à autora não foi objeto de penhora no respectivo processo de execução"* (f. 17).

Assevera ainda ter ocorrido literal violação a disposição de lei como causa autônoma para a rescisória, *"na medida em que somente poderiam ter sido objeto de adjudicação pelo banco as áreas correspondentes às três matrículas que foram penhoradas, sendo impossível que o banco force a reintegração de posse sobre porção imóvel onde não foi, em primeiro lugar, imitido na posse e, em segundo lugar, muito menos objeto de penhora no processo de execução, tudo como passa a autora, agora e de forma articulada, a expor e fundamentar em sua pretensão rescisória"* (f. 19). Aduz ter havido violação aos artigos 591, 926 e 927, do CPC/73, artigo 1.228, *caput* e 1.248 do CC, além do artigo 5º, XXII, da Constituição Federal.

Em seu voto, a Relatora, Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, consignou na parte dispositiva:

> *Diante do exposto, restando configurado o vício disposto no inciso VIII do art. 966 do CPC/15, em razão da decisão impugnada estar fundada em erro de fato, promovo sua rescisão, desconstituindo o trânsito em julgado formado invalidamente e, em sede de novo julgamento, julgo improcedentes os pedidos iniciais.*

Pois bem, segundo a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha são pressupostos da ação rescisória:

> *Além da observância dos pressupostos processuais gerais de validade (como o interesse, a legitimidade e a competência, por exemplo), opara que se admita a ação rescisória são necessários: a) uma decisão judicial rescindível; b) o enquadramento da situação em uma das hipóteses de rescindibilidade, que estão relacionadas no art. 966, no § 15 do art. 525, no § 8º do art. 535 ou no art. 658, todos do CPC* (Curso de Direito Processual Civil. V. 3. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 422).

Quanto ao objeto da rescisão, ensinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que:

> *Cabe ação rescisória para desconstituir decisão definitiva de mérito transitada em julgado (art. 966, CPC). O que interessa para saber se cabe ou não ação rescisória nessa hipótese é que o ato judicial tenha se pronunciado de maneira definitiva sobre o mérito* (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.021).

Como se vê, a ação rescisória é meio processual destinado a atacar decisões de mérito transitada em julgado, quando presentes as hipóteses elencadas no artigo 485 do CPC/73 (art. 966, do CPC/2015).

O erro de fato (artigo 966, inciso VIII, do CPC/2015), por sua vez, exige que haja um nexo de causalidade entre o erro apontado pelo demandante e o resultado da sentença.

Aliás, o CPC/2015 preceitua que, *verbis*:

> *Art. 966.. (...)*
>
> *§ 1.º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar 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.*

Ainda a respeito do tema, lecionam Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha:

> *A configuração dessa hipótese de rescindibilidade exige a conjugação de vários pressupostos.*
>
> *a) É preciso que a decisão seja fundada no erro de fato, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário 'que a sentença esteja baseada em erro de fato'; ou seja, 'o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença'; '**é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do decisum rescindendo**;*
>
> *b) **O erro de fato deve ser apurável mediante o simples exame dos documentos e das demais peças dos autos**, não se admitindo, 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. Esse pressuposto, já identificado pela doutrina produzida para o CPC-1973, foi expressamente consagrado no inciso VIII do art. 966, que exige que o erro de fato seja 'verificável do exame dos autos.*
>
> *c) O fato sobre o qual recaiu o erro não pode ser ponto controvertido; ou seja, **é preciso que em relação ao fato não tenha havido controvérsia**' (CPC, art. 966, § 1º). Se se trata de ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado, não se adite a rescisão da decisão (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 506) – destacado.*

Nesta situação, é imperioso realizar uma interpretação restritiva da permissão de rescindir a decisão por erro de fato, sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou desacerto, da justiça ou injustiça da decisão, tampouco é um meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente apreciados no processo já encerrado.

A propósito, transcreve-se julgado:

> *AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. AUXÍLIO-CESTA-ALIMENTAÇÃO. TEMA PACIFICADO À ÉPOCA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. AFASTAMENTO. SÚMULA Nº 343/STF. APLICAÇÃO. ERRO DE FATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NATUREZA DA VERBA. EFETIVA DISCUSSÃO.*
>
> *1. A violação de literal disposição de lei que autoriza o ajuizamento de ação rescisória é aquela que enseja flagrante transgressão do "direito em tese". Assim, a pacificação da jurisprudência da Corte em sentido contrário e em momento posterior à prolação do acórdão rescindendo não afasta a incidência da Súmula nº 343/STF. Precedentes da Corte Especial.*
>
> *2. **A ação rescisória fundada em erro de fato pressupõe que a decisão tenha***

> ***admitido um fato inexistente ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, mas, em quaisquer dos casos, é indispensável que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre ele*** *(art. 966, § 1º, do CPC/2015). Isso porque, se houve controvérsia na demanda primitiva, a hipótese é de erro de julgamento e não de erro de fato.*
>
> *3. Na situação em exame, a interpretação feita pelo acórdão rescindendo da legislação aplicável ao caso concreto não foi desarrazoada ou teratológica, tanto que seguiu a orientação jurisprudencial pacífica da época, o que atrai a incidência da Súmula nº 343/STF. Ademais, houve a efetiva discussão sobre a natureza jurídica do auxílio-cesta-alimentação - se verba de caráter remuneratório ou indenizatório -, a afastar a alegação de erro de fato.*
>
> *4. Agravo interno não provido (STJ; AgInt na AR 5.849/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/08/2017, DJe 19/10/2017)* – destacado.

Na hipótese dos autos, não verifico a ocorrência de erro de fato, mesmo porque, como se vê da sentença, a questão relacionada à posse e ao esbulho restou devidamente debatida e enfrentada, conforme se vê às f. 1.786/1.793.

Nota-se que a sentença não partiu de premissa equivocada, isto é, não admitiu um fato inexistente, ou considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido. Pelo contrário, o pronunciamento judicial foi no sentido de que o autor, ora requerido, preencheu requisitos para a reintegração de posse.

Extrai-se dos autos principais que a posse foi adquirida por meio de arrematação, consistente em imóveis e benfeitorias detalhadas na peça inaugural.

A posse do requerido sobre o imóvel objeto da reintegração de posse e o esbulho possessório foram amplamente debatidos no corpo da sentença, não havendo que falar em fato inexistente, confira:

> *(...)*
>
> *em que pese a ré, em longo arrazoado, sustentar em diversos pontos da peça de defesa que o autor nunca teria adquirido a posse, tenho que dos autos se extrai o contrário, podendo-se perceber que o autor indubitavelmente adquiriu a posse dos bens descritos na emenda à inicial (f. 883/885), consistente nos imóveis e benfeitorias.*
>
> *A aquisição da posse, segundo dispõe o art. 1.204 do CC, dá-se "desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer do poderes inerentes à propriedade", tendo, no caso concreto, se verificado a aquisição dos bens pelo Banco autor.*
>
> *Como a própria ré consigna na sua defesa, "É evidente que ele arrematou aqueles imóveis e as benfeitorias não discriminadas" (f. 945), sustentando que o mesmo, todavia, nunca se imitiu na posse. Entretanto, a propriedade restou adquirida, eis que se tornou possível o exercício, em nome próprio, dos poderes inerentes à propriedade.*
>
> *Sobre o tema, leciona a doutrina que "desde que possível o exercício de um ato de posse, como o uso, o proveito, a ocupação, opera-se a aquisição da posse" (Rizzardo, Arnaldo. Op. Cit., pág. 60), sendo fato incontroverso que os bens foram ocupados por pessoas a mando do autor, agindo em seu nome.*
>
> *Neste sentido, a alegação inaugural no sentido de que em seu nome, dois funcionários da empresa Sebival ocuparam a área e, posteriormente, foram dela retirados pela autora,*

restou confirmada na contestação ao consignar "que aqueles funcionários da prestadora de serviço permaneceram pouco tempo em uma das benfeitorias da propriedade, quando já havia toda a discussão possessória e de lá foram convidados a se retirar" (f. 944).

Assim, repito, é evidente que funcionários da empresa SEBIVAL, em nome do Banco do Brasil, ocuparam os imóveis indicados, assim como as benfeitorias, o que torna inequívoca a aquisição da posse pelo autor, demonstrando o preenchimento do primeiro requisito, adrede declinado. Ademais, rechaça, igualmente, a alegação defensiva de que o o autor estaria pretendendo a posse, "louvando-se em domínio" (f. 937).

O fato de a ocupação ser por "pouco tempo" em nada desnatura a natureza aquisitiva do ato, valendo destacar, ainda, que não se tratou de ato de mera permissão ou tolerância, como faz parecer a ré.

Tais atos, é certo, não se prestam a constituir a posse, como disciplina o art. 1.208, do CC. Todavia, a ocupação dos funcionários supra descrita não pode ser tida como ato de mera tolerância ou permissão, já que nítida a intenção do Banco em apossar-se da res.

Nestes casos, "O proprietário ou qualquer pessoa que seja titular de um direito sobre uma coisa permite que outrem tire proveito desta coisa, mais ou menos limitadamente, sem com isso renunciar ao seu direito, como explica Astolpho Rezende, fornecendo os seguintes exemplos: 'A relação que com essa permissão se constitui é assemelhada ao precário, porquanto os atos que o vizinho, por exemplo, tolera por cortesia, familiaridade ou relações de boa vizinhança, pressupõe sempre uma permissão revogável ao arbítrio do que a conferiu. Assim, aquele que permite a um outro passar pelo seu terreno, tirar água da sua fonte, gozar da sombra das suas árvores etc., entende-se que concede estas vantagens por mero favor, e, portanto, que se reservou o direito de retirar a sua permissão quando julgue não dever mantê-la; e ao que usufrui esta permissão entende que pratica tais atos só e enquanto tem a permissão daquele que lh'as pode vedar'." (Rizzardo, Arnaldo. Op. Cit., pág. 39)

No caso concreto, anoto, não houve a permissão de ingresso na área por mero favor, nem tampouco pressupunha uma permissão revogável, na medida em que o Banco, como visto acima e reconheceu a ré, evidentemente arrematou os imóveis adquirindo-lhes a propriedade, e se os ocupou por meio dos prepostos mencionados, o fez nitidamente no intuito de imitir-se na posse da coisa sua, devidamente arrematada.

Assim, efetivamente adquiriu a posse do bem que ora pretende reintegrar à sua posse, eis que presente "a detenção ou apreensão com vontade de desenvolver o poder sobre a coisa e de utilizá-la para auferir algum proveito" (Rizzardo, Arnaldo. Op. Cit., pág. 59), conforme Teoria Objetiva desenvolvida pelo grande jurista alemão Rudolf von Ihering, acolhida em Nosso Código Civil.

Quanto ao esbulho, o mesmo também é incontroverso, na medida em que, como visto acima, a ré convidou os funcionários da empresa Sebival, que ocupavam o bem em nome do autor, a se retirarem. Todavia, não se tratando a presença deles no local de mera permissão ou tolerância, o comportamento da ré (ou de seus prepostos), forçando as pessoas ocupavam a coisa em nome do autor (possuidor dela), equivale indiscutivelmente a um esbulho, ainda mais quando teriam sido impedidos posteriormente de voltarem ao bem, tanto que, até o presente momento, a coisa continua fora dos domínio do autor, fato que comprova que o esbulho praticado mantém seus efeitos até os dias atuais, destacando dentre estes efeitos a perda da posse, terceiro e último requisito ensejador do direito do autor.

Percebe-se, deste modo, que o autor conseguiu satisfatoriamente se desincumbir

> ***do ônus que lhe era imposto pelo art. 333, I, do CPC, o mesmo não se podendo dizer da ré, que não comprovou nenhum fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.*** *destaquei*
>
> *As testemunhas arroladas pela defesa, por exemplo, muito pouco acrescentaram ao deslinde da causa, basicamente demonstrando que a ré teria a posse de parte do imóvel descrito nos autos, mas não afastando, de modo algum, tivesse este igualmente posse sobre a mesma coisa (composse).* (f. 1.791/1.793)

A referida sentença, inclusive, foi devidamente ratificada em segundo grau, conforme se vê da ementa do acórdão, *verbis:*

> *APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE EXERCÍCIO DO DIREITO DE POSSE E ESBULHO COMPROVADOS AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO NÃO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE IMISSÃO NA POSSE ÔNUS DA RÉ ART. 333, INCISO II, CPC MULTA APLICADA NA DECISÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS MANTIDA CARÁTER PROTELATÓRIO CONFIGURADO.*
>
> *Restando comprovado que o autor exerceu a posse da propriedade e que, posteriormente, dela fora esbulhado, a pretenso de reintegração deve ser julgada procedente. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC).*
>
> *Aplica-se a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quando restar caracterizado que os embargos declaratórios foram opostos com intuito protelatório.*

Portanto, com a devida vênia, não há falar em erro de fato no presente caso, pois, como registrado, o erro de fato que autoriza a ação rescisória é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato inconteste no feito, situação não visualizada no presente caso.

Em relação à ofensa ao art. 966, inciso V, do CPC, é necessário que a interpretação dada pela decisão rescindenda seja de tal modo aberrante que viole a norma legal em sua literalidade.

Sobre o que se entende pelo termo "literal" (expressão empregada pelo CPC/1973), esclarece Humberto Theodoro Júnior:

> *O conceito de violação de "literal disposição de lei" vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.*
>
> *O melhor entendimento, a nosso ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; "é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (error in judicando), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (error in procedendo)".*
>
> *(...) De tal arte, doutrina e jurisprudência estão acordes em que "viola-se a lei não apenas quando se afirma que a mesma não está em vigor, mas também quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está posto, não só quando há afronta direta ao preceito, mas também quando ocorre exegese induvidosamente errônea (in Curso de Direito Processual Civil. v. I. 46 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 761-762).*

Igualmente oportuna a lição de Sérgio Rizzi:

> *Há violação de literal disposição de lei quando a sentença: a) nega validade a uma lei, evidentemente válida; b) dá validade a uma lei que não vale; c) nega vigência a uma lei que ainda vige; d) admite a vigência de uma lei que ainda não vige ou que já não vige; e) nega aplicação a uma lei reguladora da espécie; f) aplica uma lei não reguladora da espécie; g) interpreta tão erroneamente a lei que, sob a cor de interpretar, é a lei tratada ainda no seu sentido literal* (Ação Rescisória, RT, 1979, p. 107).

Nesse mister, nota-se que a disposição contida no artigo 966, inciso V, do CPC/2015 admite a desconstituição de julgado por violação manifesta de norma jurídica "*quando se decide em sentido diametralmente oposto ao que nela está expresso e claro*" (RTJ, 48/788), sendo que o e. Supremo Tribunal Federal assentou que, "*para que o desvio ou erro na interpretação da lei possa autorizar o exercício da ação rescisória, é mister que seja tal vulto que corresponda à negativa da lei em sua literalidade*" (RT, 452/218), acentuando Pontes de Miranda que "*a violação pode ser expressa, consciente, confessada, declarada ou inexpressiva, inconsciente, dissimulada, ocultada, velada, disfarçada. Não importa como seja ela. O que é preciso, para que se componha o pressuposto da rescisão, é a violação em si, a negação do direito*" (Comentários ao Código de Processo Civil, t. VI. p. 307).

Destarte, somente se evidencia violação da norma jurídica se a decisão estiver em sentido contrário ao ordenamento jurídico, se negar vigência à lei, valendo registrar que toda e qualquer violação ao direito objetivo consubstanciado em infração a "*manifesta violação a norma jurídica*", necessariamente, há de negar o direito, nos exatos termos definidos nas regras legislativas, deixando de reconhecer a norma no caso concreto, com evidente infringência ao texto que, claramente, regula a hipótese, acarretando atentado à ordem jurídica.

Não sem razão, diga-se de passagem, o CPC/2015 optou por substituir a expressão "*violar literal disposição de lei*" por "*violar manifestamente norma jurídica*" (artigo 966, inciso V), expressão mais ampla que engloba qualquer espécie normativa, seja processual ou material, de direito público ou privado.

Conforme ensinamento trazido por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

> *Se a decisão passada em julgado viola 'manifestamente norma jurídica', cabe ação rescisória (art. 966, V, CPC). O art. 966, V, CPC, fala em manifesta violação de norma jurídica: com isso, autoriza a rescisão da coisa julgada em que há a violação de princípio, regra ou postulado normativo. Autoriza, ainda, a violação à norma consuetudinária. A jurisprudência exige que o demandante aponte os dispositivos que entende violados pela decisão judicial (STJ, 2.ª Turma, REsp 770.972/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.09.2007, DJ 02.10.2007, p. 230) (Novo Código de Processo Civil Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.023).*

Assim, se a sentença/acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de se tornar recurso ordinário com prazo de interposição de 02 anos.

Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> *Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente a ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos (hoje dois) na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o 'jus rescindens' há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal. A Justiça nem sempre observa na prática cotidiana este salutar princípio que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais.*

Ora, no caso dos autos, não se tem como concluir pela alegada violação à norma jurídica, conforme o disposto na norma de regência.

O que ocorreu foi que o magistrado de primeira instância, valorando o conjunto probatório produzido nos autos, entendeu que estavam presentes os requisitos para a reintegração de posse.

Além disso, como sabido, não é possível o uso da rescisória para, por via transversa, perpetuar a discussão sobre matéria já decidida de forma definitiva, em respeito à segurança jurídica e à coisa julgada.

No mesmo diapasão já decidiu esta Corte:

> *"AÇÃO RESCISÓRIA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA REDISCUSSÃO DA MATÉRIA IMPOSSIBILIDADE AÇÃO IMPROCEDENTE.*
>
> *1. Para que o autor possa pleitear a revisão da sentença com fulcro no inciso V do art. 485 do CPC, imprescindível se faz que a violação a dispositivo legal seja flagrante. Se se tratar de mera discordância do requerente com a decisão proferida, deve socorrer-se dos meios processuais adequados, que não a rescisória. 2. No restrito âmbito da ação rescisória, não há lugar para discussão acerca da eventual injustiça do julgamento, sob pena de reabertura de prazo recursal." (Ação Rescisória nº 2008.028108-2, 4ª Seção Cível, rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 24.01.11)*

Assim, impede-se a utilização da ação rescisória para, por via transversa, perpetuar a discussão sobre matéria que foi decidida, de forma definitiva, por este Superior Tribunal, fazendo com que prevaleça, por isso, a segurança jurídica representada pelo respeito à coisa julgada *(AgRg no AR 4.310/PR, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 01/10/2009).*

Logo, não há de prosperar o pleito rescisório, pois a autora, por intermédio desta via, procura tão somente colocar sob análise desta Corte seu inconformismo quanto ao *decisum* proferido pelo magistrado a quo. Caso contrário, estar-se-ia aceitando o uso dessa ação de natureza desconstitutiva negativa unicamente com o fim de se permitir novo julgamento.

Outrossim, a parte autora pretende, nada mais do que a reforma da sentença, por entender injusta, não se conformando com o que restou decidido, razão pela qual, não se vislumbra no caso, nenhuma das hipóteses elencadas no art. 966 do CPC.

Por essa razão é que a rescisória não pode ser utilizada para reapreciação de provas e muito menos para se corrigir injustiça da sentença, como bem leciona o mestre Nelson Nery Júnior:

> *Apreciação de Prova. Injustiça da sentença. A má apreciação da prova ou a injustiça de sentença não autorizam o exercício da ação rescisória. Recurso ordinário a que se nega provimento* (TST – SDI, RO em Ag Rg 455/89 – 3-4ª Região, rel. Min. Hélio Regato, v. U., DJU 7.8.1992, p. 11822, BolA-ASP 1798/237-238).

Na mesma linha já decidiu esta Corte:

> *EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO E ERRO DE FATO – INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO APTO A ENSEJAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL AO AUTOR – REAPRECIAÇÃO DE PROVA E INJUSTIÇA DE SENTENÇA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.*
>
> *(...) 3. A má apreciação da prova ou a injustiça de sentença não autorizam o exercício da ação rescisória.* (Ação Rescisória - N. 2011.022852-3, Des. Rubens Bergonzi

Bossay, Terceira Seção Cível, j., 16.2.2012)

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – ACÓRDÃO HOSTILIZADO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ – UTILIZAÇÃO DE UMA DAS INTERPRETAÇÕES POSSÍVEIS – INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E CEDÊNCIA RECÍPROCA – IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUTIR A JUSTIÇA DA DECISÃO RESCINDENDA – COM O PARECER, PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

(...) III. Ainda que o deslinde ofertado não tenha sido favorável ao requerente, ou mesmo tenha sido a pior interpretação possível para o julgamento da matéria, certo é que o Acórdão rescindendo não poderá ser alterado na Ação Rescisória, porquanto esta não serve de instrumento para a verificação da justiça da decisão (...) (Ação Rescisória – Nº 4007044-41.2013.8.12.0000; 2ª Seção Cível; Relator – Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson; j: 8 de setembro de 2014)

De mais a mais, ainda que a sentença rescindenda não tenha sido favorável à requerente, ou mesmo tenha sido a pior interpretação possível para o julgamento da matéria, certo é que não poderá ser alterada na ação rescisória, porquanto esta não serve de instrumento para a verificação da justiça da decisão.

Diante do exposto, com o parecer, divirjo da Relatora para julgar improcedente o pedido formulado nesta rescisória.

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão ante a necessidade de convocação de novo desembargador para voto de desempate, após o relator e o 1º Vogal julgarem procedente a ação rescisória e o 2º e o 3º Vogal julgarem-na improcedente. Declarou-se impedido o Des. Vilson Bertelli.

VOTO (EM 18/12/2017)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º Vogal)

Peço vista.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista formulado pelo Des. Paulo Alberto de Oliveira (4º Vogal) (decisão de 20.11: conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão ante a necessidade de convocação de novo desembargador para voto de desempate, após o relator e o 1º Vogal julgarem procedente a ação rescisória e o 2º e o 3º Vogal julgarem-na improcedente. Declarou-se impedido o Des. Vilson Bertelli.)

VOTO (EM 19/02/2018)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º Vogal)

Ana Beatriz Ortiz Taleb propôs Ação Rescisória contra o Banco do Brasil S/A com fundamento no art. 485, incisos V e IX, do CPC/73 na qual pretende rescindir a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã/MS, no processo de Reintegração de Posse nº 019.01.001934-9, proposto

pelo réu contra a autora, e cujo *decisum* foi mantido pela 4ª Turma Cível deste TJMS, na Apelação nº 2008.012670-0.

A sentença rescindenda julgou procedente os pedidos iniciais da Ação de Reintegração de Posse nº 019.01.001934-9 e determinou a expedição de mandado de reintegração de posse dos imóveis registrados nas matrículas de números 332 e 22.894 do Cartório de Registros de Imóveis da Comarca de Ponta Porã-MS, com as respectivas benfeitorias (f. 1126-1128 e 1786-1793).

A autora da ação rescisória relata que:

> *a) "é proprietária e possuidora dos imóveis rurais objetos das matriculas de nº 327/R-36 e 28.647/R-3 do Cartório do 1º. Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Ponta Porã-MS, que totalizam extensão de 923,6680 has. A aquisição destas propriedades foi materializada através da Escritura Pública de Doação lavrada em 30 de outubro de 1993, perante o Tabelionato do 1º Oficio da Comarca de Ponta Porã-MS, L.170, fs. 32/34, figurando como doadora Maria do Rosário Ortega Ortiz e como donatária sua neta, Ana Beatriz Ortiz Taleb." sendo que os referidos imóveis rurais se encontram dentro de uma área rural maior, denominada Fazenda Dependência; b) "nesta mesma gleba, dentre os condôminos constavam Hani Taleb e Rosa Maria Ortiz Taleb - com quinhão condominial próprio, e localizado em área distinta da autora - proprietários das matrículas de nº 10.994, 22.894, e 332, todas do C.R.I da Comarca de Ponta Porã/MS, que, por força da Ação de Execução nº 93.402.006-3 tramitada pela 2ª Vara Cível daquela comarca, restaram adjudicadas pelo Banco do Brasil S/A"; c) "no curso do referido processo executivo, quando do cumprimento dos mandados de imissão de posse nas áreas adjudicadas pelo Banco e pertencentes à HaniTaleb e Rosa Maria Ortiz Taleb, em 06 (seis) de novembro de 1.998, o Banco do Brasil S/A insistiu que haveriam benfeitorias que teriam sido por ele também adjudicadas, mas que, em realidade, estariam dentro da propriedade da ora requerente, procurando assim se imitir também, por força desse fato, na posse dessa área, de propriedade e posse da agora autora desta ação rescisória."; d) "a imissão de posse do Banco requerido, assim, recaiu exclusivamente sobre os imóveis matriculados sob números 10.994, 22.894 e 332, todos do CRI de Ponta Porã, valendo lembrar a Vossas Excelências que a área pertencente à autora, na qual se encontram as benfeitorias que o banco alegava também fazerem parte da cédula de crédito rural que constituiu o título que gerou aquela longeva execução - e nunca fizeram - é constituída pelas matrículas nºs 327/R-36 e 28.647/R-3 do Cartório do 1º. Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Ponta Porã-MS, que totalizam extensão de 923,6680 has."; e) "em razão do cumprimento do mandado em relação às demais áreas, pertencentes aos executados, dois prepostos do Banco réu foram ali deixados quando do cumprimento, pela primeira vez, do mesmo mandado, oportunidade em o banco recebeu sob reservas a posse. Tais funcionários lá permaneceram entre a data da imissão na posse daquelas três áreas e a ulterior suspensão da pretensão do Banco em querer se imitir, também, na posse do imóvel pertencente à autora, embora não o houvesse penhorado e tampouco adjudicado naquele processo de execução. Desta feita, na mesma data de 30.07.1999, por força da r. decisão acima transcrita, que suspendia o cumprimento do mandado de imissão na posse, o executado Hani Taleb mostrou aos dois prepostos ali então deixados provisoriamente pelo Banco do Brasil e ao seu advogado que, como a ordem de imissão estava suspensa, não mais se justificava a presença daqueles dois seguranças na propriedade. Em consequência do que, os referidos prepostos, que se encontravam no local desde o cumprimento da imissão de posse do Banco nas áreas que havia efetivamente sido objeto da adjudicação, desocuparam o local porque estavam em área pertencente à Ana Beatriz Ortiz Taleb e não naquelas em que a imissão (fruto da adjudicação) teria ocorrido."; f) "o Banco, ora requerido, manejou Ação de Reintegração de Posse (...) Asseverou, ainda, que em 30.07.1999 seus dois funcionários prepostos, seguranças da empresa Sebival, foram expulsos da propriedade da qual era co-possuidor, no que configuraria o esbulho ensejador da proteção possessória, de modo que requereu,*

assim, fosse reintegrado na posse."; g) o Magistrado de primeiro grau julgou procedente a ação de Reintegração de Posse originária, sendo que a sentença foi confirmada em sede de Recurso de Apelação.

Dos fundamentos da ação rescisória:

a) alega a autora a ocorrência de erro de fato, em razão "da desatenção do e. julgador quanto à prova, cabal e inequívoca, de que a área sobre a qual o Banco pretende se reintegrar não lhe foi dada, anteriormente, em imissão na posse, posto não ter sido lavrado qualquer auto de imissão em tal sentido."; b) que há, ainda, literal violação de disposição de lei, como causa autônoma para a rescisória, na medida em que somente poderiam ter sido objeto de adjudicação pelo banco as áreas correspondentes às três matrículas que foram penhoradas, sendo impossível que o banco force a reintegração de posse sobre porção imóvel onde não foi, em primeiro lugar, imitido na posse e, em segundo lugar, muito menos objeto de penhora no processo de execução; c) que "o banco executou a cédula e quis fazer valer a prerrogativa de também haver por adjudicadas benfeitorias que jamais estiveram compreendidas no título dominial do devedor, e para isto bastaria, Excelências, uma simples perícia, que o MM. Juiz de primeiro grau simplesmente não determinou fosse realizada."; d) que "a autora juntou à sua defesa um laudo pericial não levado em consideração pelo douto juízo da causa em que há demonstração quantum satis que as benfeitorias a que tanto faz questão de querer ser imitido o Banco não estão compreendidas dentro dos limites territoriais do domínio dos devedores das cédulas rurais executadas, como se constata às f. 1231 e seguintes dos autos da ação de reintegração de posse."; e) que a sentença também cometeu erro de fato, pois o banco não entrou na posse do imóvel que pertence à autora e dentro do qual se encontram as benfeitorias que diz ter também adjudicado; f) que o banco jamais teve a posse da área objeto da reintegração, portanto não há esbulho possessório que justificasse a procedência da ação de reintegração, e g) que houve violação aos artigos 591, 926 e 927 do CPC/73; 1.228, caput, e 1248, inciso V, do CC/2002 e 5º, inciso XXII, da CF/88.

Por fim, a demandante requereu:

a) "a concessão da antecipação de tutela, no sentido de impedir que a r. sentença transitada em julgado produza efeitos, suspendendo-se seus efeitos e sua eficácia e impedindo a expedição de mandado de reintegração de posse em favor do banco réu."; e no mérito, b) " em juízo rescisório que, ao final, seja esta ação rescisória julgada procedente para rescindir a sentença proferida nos autos da ação de reintegração de posse nº 019.01.001934-9 movida pelo Banco do Brasil S.A. contra a autora desta rescisória, desconstituído aquela sentença bem assim como o acórdão que a confirmou, na apelação cível nº Apelação nº 2008.012670-0/0000-00, da E. 4ª. Turma Cível deste Tribunal de Justiça, tornando ambos de nenhum efeito, por quaisquer dos fundamentos invocados na presente ação (artigo 485, V e IX, ou um ou outro) bem assim como para excluir da condenação da autora na multa de 1% sobre o valor da causa, indevidamente aplicada quando do julgamento de seus embargos de declaração. Outrossim, com fundamento nos artigos 484, II e 494 do CPC, em juízo rescindente, requer que se prossiga no julgamento daquela mesma ação para, então, julgar improcedente a própria ação de reintegração de posse, porque não presentes os requisitos legais dos artigos 927 e seguintes do CPC, mantendo a autora, em definitivo, na posse do imóvel objeto daquela ação e suas respectivas acessões e benfeitorias (imóveis rurais objetos das matriculas de nº 327/R-36 e 28.647/R-3 do Cartório do 1. Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Ponta Porã-MS, que totalizam extensão de 923,6680 has)." (f. 1-50).

Contestação: o banco-réu não apresentou defesa, embora tenha sido intimado (f. 2048-2049).

Procuradoria de Justiça: apresentou parecer e opinou pela improcedência da ação (f. 2051-2061).

Voto do Relator: a Exma. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges votou pela procedência da ação para rescindir a sentença impugnada, em razão da existência de erro de fato, e, em sede de novo julgamento da ação originária, julgou improcedente o pedido inicial de reintegração de posse. O 1º vogal, o Exmo. Des. Marcos José de Brito Rodrigues acompanhou a Relatora.

Voto Divergente: o 2º vogal, o Exmo. Des. Eduardo Machado Rocha, divergindo da Relatora, votou pela improcedência do pedido, no que foi acompanhado pelo 3º vogal, o Exmo. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Em síntese, este é o relatório.

A autora da presente Ação Rescisória objetiva a desconstituição da sentença proferida nos autos nº 019.01.001934-9, pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã-MS.

A sentença rescindenda julgou procedente os pedidos iniciais da Ação de Reintegração de Posse nº 019.01.001934-9 e determinou a expedição de mandado de reintegração de posse dos imóveis registrados nas matrículas de números 332 e 22.894 do Cartório de Registros de Imóveis de Ponta Porã-MS, com as respectivas benfeitorias, em favor do banco-réu (f. 1126-1128 e 1786-1793).

I. Do Erro de Fato

Argumenta a autora que a sentença deve ser desconstituída tendo em vista a ocorrência de erro de fato, visto que: a) a área do imóvel que o banco-réu pretende se reintegrar não lhe foi dada em imissão na posse, visto que não foi lavrado auto de imissão; portanto, "sobre o imóvel objeto da ação de reintegração de posse o Banco réu jamais exerceu qualquer posse anterior, muito menos existiu esbulho possessório, como equivocadamente foi entendido pelo douto juízo de primeiro grau, em sentença confirmada por este Colendo Tribunal, donde não ser possível que o banco pudesse ser reintegrado em área sobre a qual jamais teve a posse", e ***b)*** *as benfeitorias pretendidas pelo banco não estão contidas nos títulos de domínio pertencentes ao devedor e que foram adjudicados pela instituição financeira, visto que a área em discussão pertence à autora.*

O artigo 485, inciso IX, do CPC/73 previa que a sentença de mérito, transitada em julgado, poderia ser rescindida quando fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. Sendo que os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo prescreviam que há erro quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Conforme preleciona Daniel Amorim Assumpção Neves:[6]

"Para que seja admitida a ação rescisória com fundamento no dispositivo legal ora analisado, é necessário o preenchimento de quatro requisitos:

(a) O erro de fato deve ser fundamento essencial da sentença, ou seja, não fosse o erro de fato, a decisão teria sido em outro sentido;

(b) A apuração do equívoco factual deve ser realizada com as provas produzidas

6 Manual de Direito Processual Civil - Volume único – 8ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1380.

no processo originário, de forma que a produção de prova na própria ação rescisória nesse caso é proibida;

(c) O fato não pode representar ponto controvertido (questão) no processo originário, ou porque as partes não alegaram e caberia ao juiz conhecê-lo de ofício, ou porque houve confissão de uma parte ou ainda porque a parte contrária se absteve de impugnar a alegação de fato;

(d) Inexistência de pronunciamento judicial a respeito do fato, entendendo-se que a má apreciação de prova não gera ação rescisória."

Na espécie, o banco-réu pretendia por meio da ação possessória, a reintegração de posse dos imóveis registrados nas matrículas e números 332 e 22.894, bem como das respectivas benfeitorias, conforme concedido na sentença (f. 1126-1128).

A autora não se insurge contra a reintegração dos imóveis registrados nas Matrículas de números 332 e 22.894. Contudo, sustenta que parte das benfeitorias que o banco pretende ter a posse, não lhe pertence, visto que estão localizadas nos imóveis de propriedade da demandante, registrados nas Matrículas de números 327/R-36 e 28.647/R-3.

A sentença rescindenda consignou que, por se tratar de demanda possessória, mister a comprovação dos seguintes requisitos: I - a posse; II - o esbulho; III - a data do esbulho , e IV - a perda da posse.

A decisão impugnada esclareceu que o réu adquiriu a propriedade dos bens em litígio (imóveis registrados nas Matrículas números 332 e 22.894, bem como das respectivas benfeitorias), por meio de adjudicação em processo de execução.

A sentença também deixa claro que o demandado conseguiu a imissão da posse da área, exercida por funcionários da empresa Sebival a mando do réu, sendo que posteriormente sofreu esbulho, visto que os prepostos da ré foram retirados da área pelos funcionários da autora. Veja-se às f. 1790-1792:

"Como a própria ré consigna na sua defesa, 'é evidente que ele arrematou aqueles imóveis e as benfeitorias não discriminadas' (f. 945), sustentando que o mesmo, todavia, nunca se imitiu na posse. Entretanto, a propriedade restou adquirida, eis que se tornou possível o exercício, em nome próprio, dos poderes inerentes à propriedade.

(...)

Assim, repito, é evidente que funcionários da empresa SEBIVAL, em nome do Banco do Brasil, ocuparam os imóveis indicados, assim como as benfeitorias, o que torna inequívoca a aquisição da posse pelo autor, demonstrando o preenchimento do primeiro requisito, adrede declinado.

(...)

Quanto ao esbulho, o mesmo também é incontroverso, na medida em que, como visto acima, a ré convidou os funcionários da empresa SEBIVAL, que ocupavam o bem em nome do autor, a se retirarem. Todavia, não se tratando a presença deles no local de mera permissão ou tolerância, o comportamento da ré (ou de seus prepostos), forçando as pessoas ocupavam a coisa em nome do autor (possuidor dela), equivale indiscutivelmente a um esbulho, ainda mais quando teriam sido impedidos posteriormente de voltarem ao bem, tanto que, até o presente momento, a coisa continua fora dos domínios do autor, fato que comprova que o esbulho praticado mantém seus efeitos até os dias atuais, destacando dentre estes efeitos a perda da posse, terceiro e último requisito ensejador do direito do autor".

Nesse contexto, tem-se que a sentença rescindenda apreciou a questão sobre a propriedade e posse da área em discussão pelo réu, bem como do esbulho do imóvel, com a perda da posse.

Portanto, as questões sobre a adjudicação da área, a posse do réu e a sua perda, constituíram pontos controvertidos no processo originário, e houve pronunciamento judicial sobre os fatos, o que inviabiliza a apreciação da tese sobre a ocorrência de "*erro de fato"* em sede de Ação Rescisória.

Isto porque *"o erro autorizador da rescisória é aquele decorrente da desatenção ou omissão do julgador quanto à prova, não, pois, o decorrente do acerto ou desacerto do julgado em decorrência da apreciação dela"*.[7]

A despeito de tal entendimento, compulsando os autos, verifico a inexistência de indícios de que a sentença cometeu erro no julgamento da ação de Reintegração de Posse, ou que tenha valorado mal ou equivocadamente as provas dos autos.

Pelo contrário, os documentos juntados na presente demanda esclarecem que o banco-réu adjudicou os imóveis registrados nas Matrículas de números 10.994, 332 e 22.894, com as respectivas benfeitorias em processo de execução que moveu contra os genitores da autora (f. 497).

Os bens sobre os quais a instituição financeira pleiteou a Reintegração de Posse (f. 1126-1128) indicam estar de acordo com aqueles que foram adjudicados pelo banco (f. 170, 204-206, 233-237 e 497).

Portanto o banco-réu demonstra que adquiriu o direito possessório sobre os imóveis e as respectivas benfeitorias.

A alegação da autora de que as benfeitorias em litígio estão em área de sua propriedade, quais sejam, imóveis rurais registrados nas Matrículas de números 327/R-36 e 28.647/R-3, isto é, que houve equívoco na adjudicação das benfeitorias, não subsiste.

Primeiro porque, se houve erro na adjudicação das benfeitorias, a autora-interessada deveria ter adotado as medidas legais cabíveis para desconstituir o próprio auto de adjudicação do processo de execução; o que, entretanto, não fez.

Segundo, porque a discussão sobre o domínio da área é inerente ao direito de propriedade; portanto, não era cabível a sua apreciação em sede da ação possessória, cuja sentença se pretende desconstituir.

Terceiro, não há nos presentes autos documento que comprove de forma cabal que houve erro na adjudicação das benfeitorias, pois não restou devidamente claro, qual a sua exata localização; ou seja, se dentro do imóvel do banco-réu (registrados nas Matrículas números 332 e 22.894), ou se dentro dos imóveis da autora (registrados nas Matrículas de números 327/R-36 e 28.647/R-3), sendo que não cabe, no âmbito da presente rescisória, a discussão sobre essa questão.

Por outro lado, é ainda de se ressaltar que o laudo pericial particular juntado pela autora, que indica que as benfeitorias adjudicadas pelo banco estariam localizadas na área pertencente à autora, não encerra a força probante nem o condão de atestar a real localização das benfeitorias em discussão, visto que foi produzido de forma unilateral pela autora, além de pairar dúvidas quanto à veracidade das informações nele contidas (1057-1061).

No que tange à posse e ao esbulho da área em litígio, insta salientar que está comprovado que, apesar de que num primeiro momento o devedor do processo de execução (pai da autora), não tenha permitido

7 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor/ **Theotônio Negrão**, José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca – 46 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, nota 42 ao artigo 485, p. 628.

a imissão da posse da área (f. 1040); posteriormente, permitiu a entrada do réu na propriedade (f. 1041), sendo que o banco tomou posse do imóvel e benfeitorias, conforme restou certificado nos autos do processo de execução originário (f. 1043-1044).

Inclusive, o próprio executado (Hani Taleb), que é pai da autora, peticionou nos autos e confirmou a imissão da posse da área em discussão, e requereu apenas uma dilação de prazo para que pudesse tirar todos os seus pertences do local (f. 1053).

Ocorre que, posteriormente, o devedor (Hani Taleb) novamente peticionou nos autos reabrindo a discussão sobre a localização das benfeitorias em discussão (f. 1055-1056).

Tal rediscussão acarretou uma decisão judicial que reiterou a necessidade de imissão da posse da área em litígio pelo banco, ante o que foi expedido novo mandado de imissão de posse (f. 1069-1070). Ocorre que o banco já estava na posse da área.

Novamente o devedor (Hani Taleb) peticionou (f. 1074), o que motivou nova decisão judicial, proferida por Juiz substituto, que suspendeu a segunda ordem judicial que determinou a imissão na posse (f. 1074).

Em razão disso, o Oficial de Justiça não conseguiu cumprir o segundo mandado de imissão, e, além disso, os prepostos do banco que estavam no imóvel foram integralmente retirados das propriedades (f. 1079-1087).

No entanto, o Juiz titular do processo de execução revogou a decisão proferida pela sua substituta, reiterando que os bens foram adjudicados pelo banco, e determinando que as partes resolvessem o conflito possessório em demanda própria (f. 1088).

Conforme é possível verificar, está devidamente comprovado que as benfeitorias em discussão foram imitidas na posse pelo banco, que, posteriormente, sofreu esbulho e perdeu a posse dos bens, o que justifica a procedência do pedido de Reintegração de Posse.

Em assim sendo, verifica-se que, por qualquer ótica que se analise a questão, não assiste razão à autora quanto à tese sobre a ocorrência de "*erro de fato"* na sentença rescindenda, o que impõe o decreto de improcedência do pedido de desconstituição da sentença por esse fundamento.

II. Da Violação Literal à Dispositivo de Lei

Também sustenta a demandante que a sentença deve ser rescindida ante a existência de violação literal a dispositivos de Lei, quais sejam: a) artigo 591 do CPC/73, tendo em vista que somente os bens do devedor respondem pelo cumprimento das suas obrigações; portanto a área em discussão não poderia ter sido adjudicada pelo banco no processo de execução, visto que é de propriedade da autora, que é terceira estranha à relação jurídica tida entre os devedores e o banco-credor; b) artigos 926 e 927 do CPC/73, visto que *"o banco réu nunca teve a posse do imóvel em relação ao qual quer ser reintegrado. Nele, jamais foi sequer imitido. Muito menos, então, ocorreu esbulho possessório que justificasse como o fez o digno juízo, o julgamento de procedência daquela ação."*; c) artigo 1.228, *caput*, do Código Civil/2002, pois a autora é a verdadeira proprietária da área em discussão e está tendo esbulhada a sua posse sobre o bem, em razão da decisão judicial; d) artigo 5º, inc. XXII, da CF/88, uma vez que o direito de propriedade da autora está sendo violado, e e) artigo 1.248, inciso V, do CC/2002, dado que *"a autora, quando recebeu em doação o imóvel vindo de sua avó e materializando a posse sobre a porção de terras que lhe foi entregue, adquiriu também a propriedade das construções existentes, assim considerado tudo quanto foi construído por ela ou por sua antecessora na propriedade imóvel e que à mesma adere, originando-se a propriedade sobre a coisa por direito próprio"*.

O artigo 485, inciso V, do CPC/73 previa que a sentença de mérito, transitada em julgado, poderia ser rescindida quando violar literal disposição de Lei.

Nesses casos, o erro do Juízo deve ser crasso na aplicação do direito no caso concreto; sendo que a injustiça da sentença ou a má apreciação de prova não autorizam o exercício da ação rescisória.

> *"A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade." (STJ - REsp 1702281 / RS, Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 19/12/2017).*

No caso, da leitura da sentença rescindenda não se verifica a existência de violação literal à dispositivo de lei, pois a decisão indica estar em consonância com o que preceituam os artigos: a) 591 do CPC/73; pois somente os bens dos devedores e adjudicados pela instituição financeira estão respondendo pela dívida bancária; b) 926 e 927, do CPC/73, uma vez que comprovado que o banco-réu foi imitido na posse dos imóveis registrados nas Matrículas de números 332 e 22.894, e das respectivas benfeitorias, bem como o esbulho e perda da posse da área; c) 1.228, *caput*, e 1248, inciso V, do CC/2002 e 5º, inc. XXII, da CF/88, tendo em vista que não está cabalmente comprovado que as benfeitorias que a autora pretende ter a posse, efetivamente estão nas terras de sua propriedade, que recebeu de doação da sua avó, fato este que deveria ter restado cabalmente comprovado.

Desse modo, está evidenciado que a sentença rescindenda não violou diretamente os dispositivos legais elencados pela autora; sendo que, na verdade, a requerente pretende rediscutir o que restou decidido, evidenciando o seu inconformismo com o resultado da Ação de Reintegração de Posse, o que é vedado que se dê em sede de Ação Rescisória.

Aliás, mesmo que o entendimento aqui esposado, e já externado na divergência inaugurada, acabe não sendo vencedor, com a devida vênia, entendo que o substancioso voto proferido pela eminente Relatora não pode ser mantido integralmente.

E isto porque, em juízo rescisório, Sua Excelência julgou totalmente improcedente a Ação de Reintegração de Posse; o que, entretanto, não pode prevalecer.

Com efeito, conforme mencionei anteriormente, o banco-réu propôs a Ação de Reintegração de Posse para ter a posse dos imóveis registrados sob as Matrículas números 332 e 22.894, bem como das respectivas benfeitorias (f. 1126-1128).

Ocorre que restou incontroverso nos autos, que o banco adjudicou os bens descritos nas Matrículas de números 332 e 22.894, e tomou posse das áreas; de modo que só existe controvérsia judicial quanto às benfeitorias mencionadas pela parte autora, visto que estariam, segundo ela, localizadas nos imóveis contíguos de propriedade da demandante, e registrados nas Matrículas números 327/R-36 e 28.647/R-3.

Portanto, caso prevaleça o voto proferido pela Exma. Relatora, em Juízo Rescisório, tenho que a Ação de Reintegração de Posse deve ser julgada parcialmente procedente para se determinar a reintegração da posse do banco-réu dos imóveis descritos nas Matrículas números 332 e 22.894, com exceção das benfeitorias ora em discussão; as quais, supostamente, fazem parte das propriedades da autora, e que são registradas nas Matrículas números 327/R-36 e 28.647/R-3.

Assim, com o parecer, acompanho o 2º Vogal, Des. Eduardo Machado Rocha, no sentido de julgar improcedente o pedido inicial da Ação Rescisória, devendo, de consequência, ser a autora condenada ao

pagamento das custas processuais, com a possibilidade de levantamento da multa de cinco por cento (5%) depositada em Juízo, tendo em vista que não houve unanimidade no julgamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, julgaram improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do 2º Vogal, vencida a relatora e o 1º Vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0803067-18.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FUNCIONÁRIO DE EMPRESA PARTICULAR – DEMISSÃO EM RAZÃO DE INFORMAÇÃO EQUIVOCADA PASSADA PELO ESTADO EM RELAÇÃO AO NÍVEL DE ESCOLARIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – ARTIGO 37, § 6.º, DA CF – ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADOS – REQUERENTE QUE FOI DEMITIDO E PERMANECEU DESEMPREGADO POR CERCA DE 04 MESES ATÉ SER READMITIDO – DANO MORAL PURO – FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – DANOS MATERIAIS – COMPROVAÇÃO DE QUE DEIXOU DE RECEBER SALÁRIOS E DEMAIS REFLEXOS E GRATIFICAÇÕES – JUROS DE MORA – ARTIGO 1.º-F, DA LEI Nº 9.494/1997 – CORREÇÃO MONETÁRIA – IPCA-E – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A SEREM FIXADOS EM LIQUIDAÇÃO – ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independentemente de culpa, atenuando ou excluindo a sua obrigação ressarcitória somente quando houver caso fortuito, força maior, culpa concorrente ou exclusiva da vítima. Também nos casos em que há fornecimento de informação inverídica, a jurisprudência é firme no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva.

Existindo o ato ilícito e o nexo causal entre a conduta do Estado e o dano suportado pelo autor, consubstanciado na quebra do vínculo empregatício em decorrência da informação equivocada transmitida pela escola estadual na qual o autor cursou o ensino médio, está presente o dever de indenizar.

A demissão provocada por informação inverídica transmitida pelo Estado, o qual emitiu declaração noticiando que o autor não teria concluído o ensino médio para depois confirmar que houve sim sua aprovação, é hipótese de dano moral puro, o qual independe de prova do efetivo prejuízo sofrido em face do evento danoso.

Considerando a gravidade da conduta culposa do estado e as consequências do evento danoso (demissão do autor, o qual ficou injustamente privado de seu labor e remuneração por cerca de 04 meses), mostra-se adequada fixação da indenização por danos morais em R$ 10.000,00, quantia esta que não destoa significativamente dos parâmetros da jurisprudência.

Estando suficientemente comprovado que o autor foi privado de seu salário, demais reflexos e gratificações legais, durante período de quase 04 meses, deve ser imposta ao Estado a obrigação de reparação dos danos materiais.

Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, os juros de mora incidirão na forma do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação da Lei nº 11.960/2009.

Em relação à correção monetária, nos termos da recente decisão proferida pelo STF no julgamento do RE nº 870.947 (tema 810), deve ser adotado o índice IPCA-E, por ser considerado o

mais adequado para recompor a perda do poder de compra.

Nas ações em que for sucumbente a Fazenda Pública, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual dos honorários advocatícios somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

A Fazenda Pública Municipal/Estadual é isenta do pagamento das custas processuais remanescentes, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Laudenir da Silva Martins interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Nas razões recursais (f. 126-130), o recorrente alegou que em 19.08.2013 foi comunicado que seria desligado da empresa onde trabalhava (Mineração Corumbaense Reunida) em razão de ter chegado ao conhecimento dos seus superiores que não concluiu o ensino médio, requisito essencial para sua admissão.

Enfatizou que tal informação é falsa, porquanto concluiu tanto o ensino médio quanto o ensino superior.

Justificou que a Escola Estadual Dr. João Leite de Barros passou informação equivocada à empresa em que trabalhava.

Argumentou que *"não se tratam de coincidências os fatos narrados, como o pedido de escolaridade de funcionários requerido pela Empresa à Escola Estadual, datado de 09.07.2013, como o fato de que o Recorrente foi comunicado de sua dispensa em 19.08.2013 (f. 16), que no dia 26.08.2013 solicitou que fosse verificado seus resultados finais na escola pela Recorrida (fls 17-20) e fosse demitido no dia 26.09.2013 (fls 21), tudo em uma sequência"* (f. 129).

Mencionou que o simples fato de a escola passar informação diversa da verdadeira sobre a vida escolar do apelante já configura dano moral.

Finalizou pedindo o conhecimento e provimento do recurso, reformando a sentença apelada e julgando procedentes os pedidos iniciais.

Em contrarrazões (f. 139-148), o recorrido defendeu o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Laudenir da Silva Martins contra a sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização ajuizada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul.

Considerações iniciais

O autor propôs a presente demanda afirmando que trabalhava na empresa Mineração Corumbaense Reunida e que em 19.08.2013 foi surpreendido com a notícia de que seria demitido em razão de seus superiores terem tomado conhecimento de que não teria concluído o ensino médio, requisito indispensável para sua admissão. Contudo, o requerente afirmou que a Escola Estadual Dr. João Leite de Barros forneceu informação falsa à empresa empregadora, porquanto não só concluiu o ensino médio como também o superior, sendo que tal conduta lhe causou danos morais e materiais que devem ser indenizados. Assim, pediu a condenação do Estado ao pagamento de danos morais no importe de R$ 50.000,00 e danos materiais equivalente aos salários e acréscimos que deixou de auferir no período de 19.08.2013 a 10.12.2013, somados ao FGTS, férias, adicional de 1/3 e 13º salário (f. 01-08).

Na contestação (f. 38-62), o requerido alegou as preliminares de inépcia da petição inicial e carência da ação. Quanto ao mérito, defendeu o julgamento improcedente do pedido.

Após réplica (f. 69-73) e instrução processual, inclusive com a oitiva de testemunhas (f. 103), foi proferida sentença de improcedência assim, lastreada (f. 115-122):

> *"(...)*
>
> *Em análise às provas dos autos, verifica-se que estas não comprovam, satisfatoriamente, os fatos constitutivos do direito do autor. Isso porque não obstante a menção, na inicial e nas alegações finais, que o documento de f. 10 revela a 'reprovação' do autor, em verdade, tal documento apenas comprova que a empresa solicitou à Escola informações sob a escolaridade daquele.*
>
> *(...)*
>
> *Ante o exposto, resolvo o mérito da demanda nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/15, e julgo improcedentes os pedidos relativos ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.*
>
> *Em consequência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e das despesas processuais, bem como, dos honorários advocatícios que arbitro em 10% sobre o valor da causa, de acordo com o artigo 85, §§ 2º e 6º, do NCPC. Contudo, a cobrança de tais verbas fica suspensa, nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50, eis que o autor é beneficiário da justiça gratuita.*
>
> *(...)".*

Inconformado, o requerido interpôs recurso de apelação afirmando que: (i) em 19.08.2013 foi comunicado que seria desligado da empresa onde trabalhava (Mineração Corumbaense Reunida) em razão de ter chegado ao conhecimento dos seus superiores que não concluiu o ensino médio, requisito essencial para sua admissão; (ii) tal informação é falsa, porquanto concluiu tanto o ensino médio quanto o ensino

superior; (iii) a Escola Estadual Dr. João Leite de Barros passou informação equivocada à empresa em que trabalhava; (iv) *"não se tratam de coincidências os fatos narrados, como o pedido de escolaridade de funcionários requerido pela Empresa à Escola Estadual, datado de 09.07.2013, como o fato de que o Recorrente foi comunicado de sua dispensa em 19.08.2013 (f. 16), que no dia 26.08.2013 solicitou que fosse verificado seus resultados finais na escola pela Recorrida (fls 17-20) e fosse demitido no dia 26.09.2013 (fls 21), tudo em uma sequência"* (f. 129); (v) o simples fato de a escola passar informação diversa da verdadeira sobre a vida escolar do apelante já configura dano moral.

Feitos estes esclarecimentos, passo então à análise do recurso de apelação.

Da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil da Administração Pública está disciplinada no artigo 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.*

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direito brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independentemente de culpa, atenuando ou excluindo a sua obrigação ressarcitória somente quando houver caso fortuito, força maior, culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Nesse sentido o escólio de Yussef Said Cahali:

> *"Desenganadamente, a responsabilidade objetiva da regra constitucional – concordes todos, doutrina e jurisprudência, em considerála como tal – se basta com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência (...) A responsabilidade objetiva do Estado se caracteriza pela só demonstração do nexo causal entre o fato lesivo e o dano. Não comprovadas as excludentes alegadas na contestação, a responsabilidade do Estado dependerá somente do nexo etiológico entre a conduta de agentes do Estado e o dano resultante. A responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; e c) desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais" (Responsabilidade Civil do Estado, 3ª ed. Ed. RT, pág. 40 e 44).*

Vale ainda colacionar a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> *"(...) a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão*

> *do nexo causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agente, não deu causa a esse dano, se inexiste relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. (...) Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro"* (Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., Editora Atlas, p. 287 e 292).

Também é cediço que se o dano decorrer de uma omissão estatal, a responsabilidade do Estado torna-se subjetiva, havendo necessidade de se perquirir a existência de dolo e/ou culpa pelo evento danoso (negligência, imperícia ou imprudência), retratada pela falta do serviço.

Contudo, em se tratando alegação de fornecimento de informação inverídica, a jurisprudência é firme no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. Vejamos:

> *"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL.* ***RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÃO INVERÍDICA SOBRE A PARTE AUTORA.*** *INCLUSÃO INDEVIDA DE SEU NOME EM LISTA DE EMPRESAS COM LICENÇA DE OPERAÇÃO CASSADA. FATO DE PATENTE NATUREZA DESABONADORA. DIVULGAÇÃO EM LOCAL DE ACESSO PÚBLICO. ATO ILÍCITO DEMONSTRADO. DANO MORAL E NEXO DE CAUSALIDADE EVIDENTES. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. IRRESIGNAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA" (TJRN; AC nº 84027; Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Expedito Ferreira; julgado em 03.12.2009) – destacado.*

Portanto, não é necessário perquirir eventual culpa/dolo da Administração Pública em situações como a dos autos, já que a responsabilidade civil estatal pela veracidade das informações fornecidas é objetiva.

Referida responsabilidade objetiva fica afastada quando demonstrada a ausência do nexo causal ou quando se tratar de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva de terceiro.

Ocorre que na hipótese dos autos, ao contrário da conclusão apontada na sentença, restou suficientemente comprovado o nexo causal entre a demissão do autor e o fornecimento de informação inverídica pelos responsáveis pela Escola Estadual Dr. João Leite de Barros.

O documento de f. 10 comprova que em 09.07.2013 a empresa Mineração Corumbaense Reunida solicitou ao Centro Educacional João Leite de Barros informações sobre os registros de escolaridade do autor. Já o documento de f. 17, datado de 26.08.2013 e assinado por duas Supervisoras e por uma Diretora, informou o seguinte:

> *"(...) comparecemos da Unidade Escolar – Escola Estadual Dr. João Leite de Barros no Município de Corumbá – MS, com objetivo de verificar a vida Escolar do estudante Laudemir da Silva Martins que o mesmo diz que estudou e concluiu o Ensino Médio - EJA em 2005/2006 e verificando as atas de resultados finais encontramos que o estudante foi reprovado na 2ª fase turma B turno Noturno. Diante deste solicitamos no prazo de 04 dias a contar desta data para a direção apresente os diários de classe. A Unidade Escolar poderá dar uma declaração que estamos averiguando a vida escolar do estudante. (...)".*

Porém, após o fornecimento da informação de reprovação do autor no nível médio, em 23.09.2013, foi emitida uma declaração de autenticidade contendo o seguinte teor (f. 18-19):

> *"Em resposta à diligência encaminhada à Supervisão de Gestão Escolar – Corumbá/MS para averiguar veracidade de documentos do interessado: Laudenir da Silva Martins RG 1148197 SSP/SP, nascido à 01/06/1976, foi inspecionado Atas de Resultados Finais e Diários de classes do período de conclusão do Curso de Educação de Jovens e Adultos, constatou-se que o mesmo cursou e foi aprovado. Para tanto, atestamos que o mesmo concluiu o Ensino Médio na modalidade de Educação de Jovens e Adultos".*

Ou seja, houve um ato ilícito praticado pelo Estado ao fornecer informação inverídica relacionada à escolaridade do autor, o que lhe causou grave prejuízo, já que culminou em seu desligamento da empresa em que trabalhava.

É oportuno destacar que apesar de a carta de rescisão contratual, datada de 19.08.2013 (f. 16), não ter indicado expressamente o motivo da demissão do autor, registrando apenas que *"o seu Contrato de Trabalho estará rescindido por não mais necessitarmos de seus serviços (...)"*, fato é que as testemunhas ouvidas nos autos comprovam a afirmação feita pelo autor em sua petição inicial, ou seja, de que houve o seu desligamento em razão da equivocada informação passada pela Escola Estadual.

Tanto Lauro Fernando Monteiro Dias quanto Jovenil Lopes, ambas testemunhas compromissadas, noticiaram que diversos funcionários da empresa Vale passaram por situação idêntica à relatada pelo autor, inclusive eles mesmos. Informaram que a empresa realizou a investigação para apurar a existência de funcionários trabalhando irregularmente em razão da apresentação de diplomas falsos e que as escolas estaduais, notadamente a Escola Estadual Dr. João Leite de Barros onde estudou o requerente, forneceram informações inverídicas no sentido de que os funcionários teriam sido reprovados no ensino médio quando, na verdade, foram aprovados (f. 103).

Aliás, o equívoco na demissão do autor causado por informação inverídica fornecida pelo Estado resta ainda mais evidente em razão de a mesma empresa ter buscado a sua readmissão, o que ocorreu em 10.12.2013 (f. 21).

Desse modo, está suficientemente demonstrada a prática do ato ilícito e o nexo causal, merecendo reforma a sentença que julgou improcedente a pretensão inaugural.

Dos danos morais

Em situações como a dos autos, podemos afirmar que os danos morais são presumidos, ou seja, verificam-se *in re ipsa* pois decorrem dos próprios fatos ainda que inexista prova do efetivo prejuízo sofrido em face do evento danoso.

Na realidade, pela dimensão do fato e sua natural repercussão na esfera do lesado, o qual foi injustamente demitido e ficou desempregado por cerca de 04 meses, é impossível deixar de imaginar que o dano não se configurou.

A propósito, vale atentar à precisa lição doutrinária de Carlos Alberto Bittar, que assim discorre:

> *"Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do*

> *prejuízo em concreto. (...). O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa. Ora, trata-se de presunção absoluta, ou iuris et de iure, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado" (in* Reparação Civil por Danos Morais, 1ª. ed. São Paulo: RT, p. 202-204).

Concernente à quantificação dos danos morais, há que se levar em conta os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, sem olvidar o grau de culpa dos envolvidos, a extensão do dano, bem como a necessidade de efetiva punição do ofensor, a fim de evitar que reincida na sua conduta lesiva.

Dispõe o artigo 944, do CC: *"A indenização mede-se pela extensão do dano"*. E em seu complementar parágrafo único: *"Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização"*.

Calha trazer a colação a lição do acatado doutrinador Des. Rui Stoco ao discorrer sobre a matéria, nestes precisos termos, *verbis*:

> *"Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas" (in Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2004, 6ª ed., p. 1709).*

Incumbe ao julgador, na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, levar em conta as peculiaridades do caso concreto, estimando valor que não dê margem ao enriquecimento sem causa do ofendido, porém seja suficiente para significar adequada reprimenda ao ofensor, evitando que esse reincida no comportamento lesivo.

No presente caso, evidentes e inegáveis os danos imateriais experimentados pelo autor, que ficou privado de seu emprego e de seu salário por cerca de 04 meses.

Sopesados tais vetores, considerando a gravidade da conduta estatal e as consequências do evento danoso, reputo adequada a fixação da indenização no importe de R$ 10.000,00, quantia esta que não destoa significativamente dos parâmetros da jurisprudência.

Dos danos materiais

No quer tange aos danos materiais, está suficientemente comprovado que o requerente foi privado do recebimento de seu salário no período de 19.08.2013 (demissão – f. 16) a 10.12.2013 (readmissão – f. 21) tão somente em razão da conduta ilícita praticada pelo Estado.

Assim, deve haver a recomposição dos prejuízos materiais suportados pelo autor em razão da atuação estatal, o que consiste no pagamento proporcional dos salários que deixaram de ser pagos, acrescidos dos reflexos e gratificações/adicionais legais (conforme as normas da CLT e acordo coletivo da categoria), tudo a ser apurado em liquidação por arbitramento, na forma do artigo 509, inciso I, do CPC/2015.

Dos Juros e Correção Monetária

Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, os juros de mora devem ser calculados conforme índices aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.497/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

No que diz respeito à correção monetária, é necessário fazer alguns esclarecimentos.

Vinha me posicionamento no sentido de que a dívida da Fazenda Pública deveria ser acrescida de correção monetária na forma do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, ou seja, utilizando-se da TR até 25.03.2015 e, após, aplicando-se o IPCA-E, mormente considerando o que restou decidido nas ADIs nº 4.425 e 4.357.

Contudo, tal posicionamento restou superado em razão do julgamento ocorrido em 20/09/2017, oportunidade na qual o Tribunal Pleno do STF, decidindo o RE nº 870.947, submetido ao regime da repercussão geral e no qual se discutia a constitucionalidade da aplicação da TR (artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997) às condenações impostas à Fazenda Pública (tema 810), resolveu o seguinte:

> *"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio,* ***fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator****: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput);* ***quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09****; e 2)* ***O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional*** *ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII),* ***uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina****. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017"* – destacado.

Sendo assim, nas condenações oriundas de relação jurídica não-tributária impostas à Fazenda Pública, não deverá incidir TR, mas apenas o IPCA-E.

A respeito, colhe-se a posição desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – BOMBEIRO – EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE "SUBCOMANDANTE" – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 23, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR Nº. 127/2008 JÁ DECLARADA PELA QUARTA CÂMARA CÍVEL - DECRETO ESTADUAL Nº 12.560/08 – EXCESSO DO PODER REGULAMENTAR – CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DO IPCA – INCONSTITUCIONALIDADE*

DO ARTIGO 5º DA LEI 11.960/09 QUE SE ESTENDE ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA EM MOMENTO ANTERIOR À EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO – RE 870.947 – RECURSO IMPROVIDO. (...) 3. Conforme anunciado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 870.947, com repercussão geral, aplica-se o IPCA (e não a TR) na atualização das condenações contra a Fazenda Pública em fase anterior ao precatório. 5. Recurso conhecido e improvido" (TJMS. Apelação n. 0811673-22.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 08/11/2017, p: 10/11/2017).

Nesse cenário, aplica-se o IPCA-E como índice de correção monetária nas condenações não-tributárias impostas à Fazenda Pública.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Laudenir da Silva Martins e dou-lhe provimento, reformando a sentença recorrida para o fim de julgar parcialmente procedentes os pedidos inaugurais, condenando o requerido ao pagamento da indenização: (i) pelos danos morais causados ao requerente no importe de R$ 10.000,00; (ii) pelos danos materiais suportados pelo autor, que consistem nos salários proporcionais ao período em que o autor ficou demitido (19.08.2013 a 10.12.2013), acrescidos dos reflexos e gratificações/adicionais legais, tudo em conformidade com as normas da CLT e o acordo coletivo da categoria, sendo que tais valores deverão ser apurados em liquidação por arbitramento, na forma do artigo 509, inciso I, do CPC/2015. Sobre as condenações deverá incidir juros de mora, nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 e correção monetária pelo índice IPCA-E desde o evento danoso.

Diante do desiderato alcançado, havendo sucumbência mínima do autor, condeno o requerido ao pagamento dos honorários de sucumbência a serem arbitrados em fase de liquidação, considerando o que dispõe o artigo 85, § 4.º, inciso II, do CPC/2015. Sem custas em razão da isenção prevista no artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual).

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. 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, 23 de janeiro de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0807754-85.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – ILUMINAÇÃO PÚBLICA EM TRECHO DE RODOVIA QUE CORTA A CIDADE – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO – DEVER CONSTITUCIONAL – ARTIGO 30, INCISOS I E V DA CF – AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – RECURSO CONHECIDO E 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 as suas razões. Não se exige, por outro lado, que o *decisum* seja extenso ou prolixo. De acordo com o CPC/2015, 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 ocorre no caso dos autos.

A Lei Municipal nº 3.929/2015, que dispõe sobre o perímetro urbano de Dourados, traz em seu Anexo I o mapa correspondente, com área ampliada para 216.519.284,98m² e cumprimento total do perímetro de 90.079,25m, abrangendo a área da Rodovia onde se questiona a iluminação deficiente.

O serviço de iluminação pública dentro do território do município constitui atribuição e responsabilidade dele próprio, cabendo-lhe prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, de acordo com o disposto no artigo 30, inciso V, da Constituição Federal.

O fato de existir um bem ou obra de infra-estrutura do Estado, no interior da zona urbana, como no caso, não exime o município de sua obrigação constitucional. Desse modo, seja uma rodovia estadual ou federal, deve ter sua iluminação provida pelo ente local.

Será lícito o controle judicial do ato administrativo quando restar caracterizada a omissão da Administração com relação a preceitos determinados pelo constituinte, mormente se tal omissão diz respeito a direito fundamental, como é o caso da vida, saúde e segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal, que lhe dava provimento. Nos termos do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º Vogal, que acompanhou o Relator, totalizando 3 X 1, o que torna desnecessária a convocação de novo membro, para garantir a inversão do resultado.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Nélio Stábile – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Município de Dourados interpôs recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou procedente o pedido formulado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Nas razões recursais (f. 983-1.018), o apelante alegou, preliminarmente, a necessidade de análise de todos os fundamentos do processo e não somente daqueles que convergem para a decisão, sendo que a sentença não apreciou nenhuma das teses da municipalidade.

Quanto ao mérito, asseverou que o serviço de iluminação pública é indivisível (*uti universi*), razão pela qual está inserida no poder discricionário do ente administrativo, sendo vedada a interferência do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Enfatizou que *"a iluminação pública, embora tenha fonte de custeio própria, possui alto custo, que não é possível de ser prestada em todo o perímetro urbano, sendo definidos pelo Administrador Público, dentro de sua discricionariedade, os locais que são prioridades de atendimento"* (f. 1.004).

Argumentou que a Agesul licitou, conforme edital de concorrência nº 1272013-CLO, a implantação de sistema de iluminação pública no trecho da Rodovia Estadual MS-162, consagrando-se vencedora a Empresa Construtora B&C Ltda, tendo sido firmado o contrato de nº 012/2014.

Defendeu que havendo vícios, defeitos ou incorreções decorrentes da execução ou de materiais empregados, a obrigação de fazer a correção é do contratado, e não do Município de Dourados, até porque os contratados foram remunerados pelo Estado.

Alegou que *"se o Estado de Mato Grosso do Sul quis fazer uma obra de duplicação do trecho com a iluminação do local, pode fazê-lo, pois a rodovia é estadual, mas quem deve arcar com os custos de manutenção da obra por inteiro é o proprio Estado de Mato Grosso do Sul"* (f. 1.014).

Finalizou pedindo o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, nos termos da fundamentação supra.

Em contrarrazões (f. 1.022-1.046), o recorrido defendeu o desprovimento do recurso.

Em parecer (f. 1.065-1.072), a PGJ opinou pelo conhecimento do recurso, pela rejeição da preliminar suscitada e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Dourados contra a sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados que julgou procedente o pedido formulado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Considerações iniciais

O Ministério Público Estadual ajuizara a presente ação civil pública em desfavor do Município de Dourados em razão dos fatos apurados no Inquérito Civil nº 16/2015, instaurado em 12.03.2015, no qual constatou-se as condições deficientes de sinalização e iluminação da Rodovia Estadual, principalmente no trecho que conduz à Cidade Universitária, onde estão localizadas as Universidades Federal e Estadual bem como o Aeroporto de Dourados. Alegou que a falta de sinalização de obras e a precariedade da iluminação pública dificultam a visibilidade dos condutores no período noturno, colocando em risco a vida e a integridade física dos usuários, provocando graves acidentes. Assim, pediu a condenação do Município à obrigação de fazer consistente em prestar, com eficiência, o serviço de iluminação pública na Rodovia Guaicurus, especialmente no trecho que vai até a Cidade Universitária e o Aeroporto de Dourados, providenciando a colocação de lâmpadas em boas condições de uso, substituindo as que estejam queimadas, realizando serviços periódicos de reposição e reparos (f. 01-26).

Na contestação (f. 517-535), o requerido defendeu a improcedência do pedido.

Em seguida sobreveio a sentença de procedência (f. 965-971), confirmando a liminar concedida nos seguintes termos (f. 366-368): *"Defiro, pois, a liminar pleiteada pelo Parquet, para compelir a municipalidade 'à obrigação de fazer, consistente em prestar, com eficiência, o serviço de iluminação pública na RODOVIA GUAICURUS, especialmente no trecho que vai até a chamada 'Cidade Universitária', onde ficam as universidades Universidade Federal da Grande Dourados, UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, e Aeroporto de Dourados/MS, providenciando, para tanto, no prazo de 30 dias, a colocação de lâmpadas em boas condições de uso, substituição das lâmpadas queimadas e serviços periódicos de reposições e reparos', sob pena de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), limitada a 60 (sessenta) dias"*.

Inconformado, o requerido interpôs recurso de apelação alegando a preliminar de nulidade do *decisum* em razão da necessidade de análise de todos os fundamentos do processo e não somente daqueles que convergem para a decisão, sendo que a sentença não apreciou nenhuma das teses da municipalidade.

Quanto ao mérito, defendeu que: (i) o serviço de iluminação pública é indivisível (*uti universi*), razão pela qual está inserida no poder discricionário do ente administrativo, sendo vedada a interferência do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes; (ii) *"a iluminação pública, embora tenha fonte de custeio própria, possui alto custo, que não é possível de ser prestada em todo o perímetro urbano, sendo definidos pelo Administrador Público, dentro de sua discricionariedade, os locais que são prioridades de atendimento"* (f. 1.004); (iii) a Agesul licitou, conforme edital de concorrência nº 1272013-CLO, a implantação de sistema de iluminação pública no trecho da Rodovia Estadual MS-162, consagrando-se vencedora a Empresa Construtora B&C Ltda, tendo sido firmado o contrato de nº 012/2014; (iv) havendo vícios, defeitos ou incorreções decorrentes da execução ou de materiais empregados, a obrigação de fazer a correção é do contratado, e não do Município de Dourados, até porque os contratados foram remunerados pelo Estado; (v) *"se o Estado de Mato Grosso do Sul quis fazer uma obra de duplicação do trecho com a iluminação do local, pode fazê-lo, pois a rodovia é estadual, mas quem deve arcar com os custos de manutenção da obra por inteiro é o próprio Estado de Mato Grosso do Sul"* (f. 1.014).

Feitos estes esclarecimentos, passo à análise das matérias discutidas no apelo, iniciando pela preliminar suscitada nas razões recursais.

Preliminar

Nulidade da sentença por ausência de fundamentação

O apelante alegou a falta de fundamentação na sentença porque o magistrado *a quo* não apreciou as teses de defesa argumentadas na contestação. Contudo, não extraio da sentença o vício de *error in procedendo*.

É cediço que o CPC/2015, em seu artigo 489, § 1º, inciso V, estabeleceu que:

> *"Art. 489. (...)*
>
> *§ 1.º 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; (...)".*

A exigência de fundamentação das decisões judiciais já era prevista em sede constitucional, porquanto estabelece o artigo 93, inciso IX, da CF/88 que em todas as searas (judicial ou administrativa) as decisões devem ser motivadas.

No âmbito jurisdicional, 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 as suas razões de decidir. 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, tanto que se utilizou não só da Lei Municipal nº 3.929/2015 que inclui a Rodovia objeto de discussão dentro do perímetro urbano no Município de Dourados como também pelo fato de ser o ente municipal o responsável pela arrecadação da COSIP, sendo dele, portanto, a obrigação de fornecimento e manutenção da iluminação pública.

Assim, concluindo o magistrado *a quo* pelo obrigação legal do Município de fornecer o serviço de iluminação pública, não precisaria enfrentar todos os argumentos defensivos que buscam imputar a terceiros tal dever.

Como já dito alhures, o CPC/2015 estabeleceu 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 ocorre no caso dos autos.

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) – destacado.

Nesse sentido também é o enunciado nº 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".*

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Quanto ao mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se deve ser imposta ao recorrente a obrigação de fazer consistente em prestar o serviço de iluminação pública na Rodovia Guaicurus, na cidade de Dourados.

Como é cediço, o serviço de iluminação pública dentro do território do município constitui atribuição e responsabilidade dele próprio, cabendo-lhe prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, de acordo com o disposto no artigo 30, inciso V, da Constituição Federal, ora transcrito:

> *"Art. 30. Compete aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial".*

A competência municipal foi reforçada com a previsão trazida pela EC nº 39/2002 permitindo a cobrança de tributo específico para o financiamento dessa prestação (iluminação pública).

Assim, foi acrescentado o artigo 149-A ao texto constitucional, conferindo aos municípios e ao Distrito Federal a competência para instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, sendo facultada a cobrança na fatura de consumo de energia elétrica (parágrafo único).

Destarte, o fato de existir uma obra de infra-estrutura do Estado no interior da zona urbana de Dourados, como no caso, não exime o município de sua obrigação constitucional, de modo que ainda que se trate de uma rodovia estadual ou federal, deve ter sua iluminação provida pelo ente local.

O caráter de interesse local dos serviços referidos pelo *Parquet* é corroborado pela afirmação de que a demanda teria por escopo a proteção da vida, saúde e segurança de todos os usuários daquele trecho, aí incluídos os pedestres e motoristas que a utilizam para deslocamentos dentro do próprio município de Dourados.

Portanto, não há dúvidas de que a prestação do serviço de iluminação pública dentro dos limites do Município compete a este ente federativo, ainda que se trate de rodovia ou outro bem da União ou do Estado.

Em caso análogo, a jurisprudência pátria já decidiu:

> *"A prestação dos serviços de iluminação pública de rodovia, dentro dos limites municipais, compete ao Município, inexistindo previsão legal para que o DNIT providencie a iluminação das vias federais" (TRF 4ª R.; APL-RN 5002535-88.2013.404.7216; SC; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha; Julg. 26/04/2017; DEJF 03/05/2017).*

> *"ADMINISTRATIVO. ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRECHO DE RODOVIA FEDERAL INSERIDO EM LIMITE TERRITORIAL DE MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE DO DNIT. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. 1.* ***Inexistindo previsão legal para que o DNIT providencie a iluminação das vias federais, a prestação dos serviços de iluminação pública de rodovia dentro dos limites municipais competem ao município, ainda que se trate de rodovia ou outro bem da União ou do Estado****. 2. Ausentes, no caso concreto, a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser indeferido o pretendido efeito suspensivo"* (TRF4, AG 5008861-47.2014.404.0000, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Roger Raupp Rios, juntado aos autos em 25/07/2014) – destacado.

> *"ADMINISTRATIVO. ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRECHO DE ESTRADA FEDERAL QUE CORTA MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE DO DNIT. INEXISTENCIA. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO. 1.* ***A prestação do serviço de iluminação pública compete ao município, uma vez que se trata de serviço público de preponderante interesse local, na forma do art. 30, inc. V da Constituição Federal****. 2. Havendo bem ou obra de infra-estrutura, da União ou do Estado, no interior da zona urbana, não exime o município dessa obrigação constitucional"* (TRF4, AG 5006067-53.2014.404.0000, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos Cervi, juntado aos autos em 05/06/2014) – destacado.

Logo, o apelante não pode se negar a promover a devida iluminação no local apontado, com a colocação de lâmpadas em boas condições de uso ou substituição das lâmpadas queimadas, e serviços periódicos de reposições e reparos, por se tratar de um dever constitucional.

Tampouco pode ser afirmado que a determinação em questão estaria violando o princípio da separação dos poderes.

Deve ser asseverado que o princípio da inafastabilidade do Poder Jurisdicional encontra-se consagrado na Carta Magna de 1988 (artigo 5º, XXXV), segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça (esta última, em sede de tutela preventiva) a direito (individual ou coletivo *strito sensu*) será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Esse princípio pode ser apresentado como uma garantia à cidadania, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição, cabendo à parte exercê-la ou não, devendo-se estar atento que lei infraconstitucional não poderá limitá-lo.

Por essa razão, no que tange ao mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade), não havendo proibição de apreciação pelo Poder Judiciário na Carta Magna de 1988, conclui-se ser possível o seu controle com base no princípio da proporcionalidade (legalidade em sentido amplo).

Também será lícito o controle judicial do ato administrativo quando restar caracterizada a omissão da Administração com relação a preceitos determinados pelo constituinte, mormente se tal omissão diz respeito a direitos fundamentais (vida, saúde e segurança).

No caso *sub examine*, não restam dúvidas de que a determinação contida na sentença encontra guarida na Carta Magna, mormente em razão da omissão da administração bem como da ausência de razoabilidade em manter uma importante rodovia sem a adequada iluminação.

A respeito, destacou a ilustre procuradora subscritora do parecer (f. 1.071-1.072):

> *"Deve-se ter em mente que a atuação jurisdicional pretendida in casu pelo*

Ministério Público visa salvaguardar direitos fundamentais da população local, direitos estes que, quando sopesados, se revelam manifestamente superiores, razão pela qual não acarretam qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, por estar resguardando direitos considerados de ordem superior".

Logo, não merece reparo a sentença que determinou que o Município implemente o serviço de iluminação pública na Rodovia Guaicurus.

Conclusão

Diante do exposto, conforme o parecer ministerial, conheço do recurso de apelação interposto por Município de Dourados, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e, quanto ao mérito, nego-lhe provimento. Deixo de majorar os honorários em grau recursal em razão da ausência de arbitramento em primeira instância.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Peço vênia ao Eminente Relator para divergir de seu Voto.

Entendo que deve ser dado provimento ao Recurso, pois ainda que a rodovia esteja no perímetro urbano, a responsabilidade por iluminação é de quem seja seu proprietário, no caso o Estado.

Se assim não fosse, ao município caberia também toda obra de manutenção, recapeamento, dentre outras que não estão em qualquer convênio entre os entes.

Por tais razões, voto pelo Provimento do presente recurso.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que lhe dava provimento. Nos termos do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º vogal, que acompanhou o relator, totalizando 3 x 1, o que torna desnecessária a convocação de novo membro, para garantir a inversão do resultado.

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0002052-90.2009.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Designado Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – COISA JULGADA – CERCEAMENTO DEFESA POR INADEQUADA VALORAÇÃO DA PROVA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADAS – SENTENÇA ULTRA PETITA – ANALISADA COM O MÉRITO – CONTRATAÇÃO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - NÃO ENQUADRAMENTO NA HIPÓTESE DOS ARTS. 25, II, § 1º C/C 13, V, DA LEI 8.666/93 – FRACIONAMENTO INDEVIDO DO OBJETO DA LICITAÇÃO – VEDAÇÃO – ART. 23, § 5º, DA LEI 8.666/93 – AFRONTA AO LIMITE DO ART. 23, II, 'A", DA LEI DE LICITAÇÕES - ELEMENTO SUBJETIVO - PRESENTE - CARACTERIZAÇÃO DAS CONDUTAS IMPROBAS DESCRITAS NOS ARTS. 10, VIII C/C 11, *CAPUT*, DA LEI 8.429/92 - PREJUÍZO AO ERÁRIO - DESNECESSIDADE – DANO *IN RE IPSA* – MULTA CIVIL FIXADA COM BASE NO VALOR INTEGRAL DOS CONTRATOS FORMALIZADOS COM MALFERIMENTO À REGRA DA LICITAÇÃO – MATÉRIA ANTERIORMENTE ANALISADA EM SEDE DE AÇÃO POPULAR – DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO QUE DISPÔS SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR O VALOR INTEGRAL DOS CONTRATOS PARA APURAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO – OFENSA À COISA JULGADA.

Não há violação ao princípio da correlação, também chamado de congruência, quando o juiz se pronuncia em relação aos fatos imputados e o enquadra dentre as hipóteses legais previstas na Lei 8.429/92.

Ocorre a coisa julgada quando se reproduz ação antes ajuizada e que já tenha sido decidida por sentença, de que não caiba recurso, situação não verificada na hipótese ante a ausência de identidade entre os elementos das demandas interpostas.

A discordância da parte com a valoração da prova pelo magistrado não caracteriza cerceamento de defesa.

Segundo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, em que pese o regime de responsabilidade político-administrativo previsto no Decreto-Lei 201/67, os Prefeitos Municipais estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa, em razão da inexistência de incompatibilidade das normas.

A contratação de serviços sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade, assim como o fracionamento indevido da licitação, gera prejuízo ao erário por impedir a contratação da melhor proposta, ensejando em dano *in re ipsa* que decorre da própria ilegalidade do ato praticado, e o fato do serviço ter sido prestado não afasta o prejuízo ao erário.

O elemento subjetivo para subsunção das condutas imputadas aos tipos previstos nos arts. 10, VIII c/c 11, *caput*, da Lei 8.429/92, está perfeitamente configurado no caso, pois instaurou-se no Município a reiterada prática de atos que ofendem os princípios da administração pública, com o propósito de causar dano ao erário, privilegiando agentes públicos e empresários no decorrer da

gestão do então Prefeito Municipal na época dos fatos deduzidos nos autos.

Nos termos do art. 12 da Lei 8.429/92, nos casos de condenação por prática de improbidade administrativa, o juiz deverá levar, no caso concreto, em conta a gravidade do fato, a extensão do dano causado, assim como o proveito econômico obtido pelo agente, podendo cumular as sanções, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ao apreciar a mesma situação retratada nesta demanda, esta Turma Julgadora concluiu pela ocorrência de irregularidades nas licitações aqui combatidas, inclusive condenando os agentes à restituírem o município pelos danos causados.

Em relação ao valor do prejuízo causado ao erário, este Órgão Fracionário foi expresso ao delimitar que tal obrigação não poderia corresponder ao valor integral dos contratos.

Ao fixar o valor da multa civil com base no montante integral dos contratos firmados com malferimento à regra da licitação, o julgador foi de encontro à decisão prolatada por esta Câmara Julgadora.

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, rejeitar as preliminares. Por maioria e contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator, que lhe negava provimento. Na forma do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º Vogal, que acompanhou a divergência, totalizando 3 X 1, o que torna desnecessária a convocação de novo membro, para garantir a possibilidade da inversão do resultado.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Auto Posto Ferreira e Filho Ltda, B & S Consultoria Assessoria Empresarial Comércio e Serviço Ltda, Guilherme Bucalem, Manoel Roberto Ovídio, Organização Ovídio Ltda, Pró Imagem de Alta Resolução Ltda - ME, Supermercado Baixinho Ltda-ME e Viasul Materiais de Construção Ltda, interpõem apelações cíveis inconformados com a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e Município de Paranaíba, admitido como litisconsorte ativo, que julgou procedente os pedidos para declarar que os réus praticaram ato de improbidade previsto no art. 10, VIII, e art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, condenando: a) o réu Manoel Roberto Ovídio a pagar multa civil no valor de R$ 2.919.125,80 (dois milhões, novecentos e dezenove mil, cento e vinte e cinco reais e oitenta centavos), além da perda da função publica e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, com a indisponibilidade dos bens; b) o réu Guilherme Bucalem a pagar multa civil no valor de R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais), além da perda da função publica, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 5 (cinco) anos, com a indisponibilidade dos bens; c) a ré Pró-Imagem Alta Resolução ME a pagar multa civil no valor de R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais); d)

o réu Supermercado Baixinho Ltda -EPP a pagar multa civil no valor de R$ 724.759,78 (setecentos e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos); e) o réu Auto Posto Ferreira & Filho Ltda a pagar multa civil no valor de R$ 277.600,00 (duzentos e setenta e sete mil e seiscentos reais); f) a ré Organizações Ovídio Ltda a pagar multa civil no valor de R$ 448.920,02 (quatrocentos e quarenta e oito mil novecentos e vinte reais e dois centavos); g) a ré Viasul Materiais para Construção Ltda a pagar multa civil no valor de R$ 106.274,16 (cento e seis mil duzentos e setenta e quatro reais e dezesseis centavos); h) a ré B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços LTDA a pagar multa civil no valor de R$ 443.300,00 (quatrocentos e quarenta e três mil e trezentos reais). Todos os réus foram condenados a proibição de contratar com o poder público, de 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 05 (cinco) anos, assim como houve a determinação de indisponibilidade, cautelarmente, dos bens dos réus.

Recurso de B & S Consultoria e Assessoria Empresarial Comércio e Serviços Ltda.

Alega que o contrato celebrado com o Município de Paranaíba atendeu todo o procedimento licitatório e dentro da estrita legalidade, não havendo prejuízo ao erário público.

Aduz que o Município entendeu que se tratava de caso de inexigibilidade de licitação, em virtude da notória especialização da apelante.

Explica que, *"como comprovado aos autos, através do Atestado de Capacidade Técnica emitido pela própria Enersul somente a apelante presta este tipo de serviço de Assessoria em se tratando de negociação de dívidas vencidas e vincendas. Sempre obtendo êxito nas negociações junto a todos os Municípios o qual prestou serviço semelhante"*.

Sustenta que não praticou nenhum ato de improbidade administrativa, inexistindo dolo e prejuízo ao erário público, bem como não atuou em detrimento da moralidade administrativa, com desonestidade e ilegalidade.

Argumenta que o laudo pericial elaborado nos autos demonstrou a ausência de enriquecimento ilícito por parte da empresa apelante e seus sócios.

Requer o provimento do recurso (f. 10.888/10.914)

Recurso de Viasul Materiais para Construção Ltda

Suscita preliminar de nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação, pois a inicial descreveu o fato enquadrado como improbo a participação da empresa apelante *"em razão da sócia Evelyn de Freitas Santos ser filha do então secretário municipal de administração"*, enquanto a decisão a condenou pelo *"fracionamento do procedimento licitatório que causou lesão ao erário público"*.

No mérito, afirma que não há provas robustas e concretas de sua atuação conjunta (com dolo ou culpa) na prática do ato improbo, que sequer tinha conhecimento da existência, bem como do benefício econômico e lesão ao patrimônio público.

Expõe que *"se o administrador público não se atentou para o limite legal previsto na lei que rege a licitação, o terceiro não pode ser prejudicado pelo vício que não conhecia, até porque não há provas nos autos de que a empresa Apelante tenha induzido ou concorrido para o alegado fracionamento de despesa"*.

Sustenta a capitulação indevida das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não houve a prática de atos que importem em enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário, de modo que não há que se falar em pagamento de multa civil e indisponibilidade de bens.

Requer o provimento do recurso (f. 11.043/11.058)

Recurso de Supermercado Baixinho Ltda – EPP

Alega, em preliminar, que a sentença é ultra petita, sob o fundamento de que o dano ao erário consignado pelo Ministério Público diz respeito ao recebimento do valor de R$ 10.833,09 (dez mil oitocentos e trinta três reais e nove centavos), ao passo que a sentença veio a condenar pelo montante de R$ 724.759,78 (setecentos e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos), em desacordo com o pedido inicial. Alega ainda que *"deverá ser abatida as mercadorias entregues com as devidas notas recebidas e carimbadas, de acordo com que já decidiu o TJMS na Ação Popular com as mesmas partes e o mesmo pedido, já que estas mercadorias entregues mediante notas fiscais recebidas e carimbadas não configura dano ao erário"*.

No mérito, aduz que obteve êxito no processo licitatório n. 080/05, objeto da carta convite n. 067/05, por ter apresentado o menor preço e pela desistência dos demais participantes, não havendo que se falar em direcionamento para beneficia-lo.

Reverbera que *"pactuou contato de venda com o município de Paranaíba no valor de R$ 1.958,75, referente a carta convite 067/05, recebendo tão somente este valor e nunca valor a maior, que estabelecido em contrato"*, conforme notas fiscais colacionadas.

Explica que, por se tratar de licitação referente a merenda escolar, várias empresas participaram do processo licitatório, sendo cada uma responsável pela apresentação de propostas das mercadorias relacionadas.

Defende que o valor de R$ 11.448,74 (onze mil quatrocentos e quarenta oito reais e setenta quatro centavos) recebido do Município de Paranaíba se refere ao processo licitatório n. 105/05, objeto da carta convite 086/05, não tendo qualquer relação com a carta convite n. 067/05.

Sustenta que todos os pagamentos foram aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado.

Por fim, requer o provimento do recurso (f. 11.063/11.081)

Recurso de Organização Ovídio Ltda

Arguiu preliminar de nulidade da sentença por violação ao principio da correlação, afirmando que o fato descrito na inicial não guarda relação com decisão, pois o Ministério Público pleiteou a condenação da apelante por violação aos princípio da moralidade e impessoalidade, haja vista que a sócia da empresa (Sra. Laila Ovídio), é filha do ex-prefeito Municipal Manoel Roberto Ovídio, enquanto a sentença condenou por *"fracionamento do procedimento licitatório que causou lesão ao erário público"*.

No mérito, alega que não há provas da prática de ato improbo, de atuação conjunta entre o particular e o agente público e dano ao erário.

Alude que *"ainda que o contrato seja, em tese, acoimado de ilegalidade, não há como responsabilizar a empresa que participou do certame, pois não auferiu vantagem em detrimento do erário e não causou lesão ao patrimônio, requisitos indispensáveis para a configuração do ato de improbidade administrativa"*.

Aponta que houve capitulação indevida das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, na medida que inexiste prática de atos que importem em enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário, de tal sorte que possa falar em pagamento de multa civil e indisponibilidade de bens.

Menciona que o simples fato da filha do então Prefeito Municipal ter participado do procedimento licitatório não configura, por si só, improbidade administrativa e ofensa aos princípios constitucionais.

Defende a ausência de proibição da sociedade constituída por parente de agente ou servidor público celebrar contrato com a Administração.

Requer o provimento do recurso (f. 11.085/11.106)

Recurso de Auto Posto Ferreira & Filho Ltda

Suscita preliminar de coisa julgada, pois na Ação Popular n. 018.06.003374-3 foi reconhecido que não houve vício de fracionamento licitatório nos contratos firmados entre as partes, de sorte que tal fato não pode mais discutido em outro processo.

Arguiu preliminar de nulidade da sentença por violação ao principio da correlação, asseverando que o fato descrito na inicial não guarda relação com decisão, pois o Ministério Público pleiteou a condenação da apelante por violação aos princípio da moralidade e impessoalidade, ao passo que a sentença condenou por *"fracionamento do procedimento licitatório que causou lesão ao erário público"*.

No mérito, diz que é exigido o elemento subjetivo do agente público para subsunção de sua conduta aos tipos descritos na Lei 8.429/92, assim como a adesão ilícita e imoral do particular através de conexão entre ambas as condutas.

Menciona a inexistência de dano ao patrimônio público para configuração do ato improbo.

Aponta que houve capitulação indevida das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, na medida que inexiste prática de atos que importem em enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário, de tal sorte que possa falar em pagamento de multa civil e indisponibilidade de bens.

Requer o provimento do recurso (f. 11.110/11.126).

Recurso de Manoel Roberto Ovídio (falta relatar)

Arguiu preliminar de cerceamento de defesa, aduzindo que as provas colacionadas ao caderno processual não foram devidamente valoradas, pois, não obstante o laudo pericial ter atestado a ausência de prejuízo ao erário e irregularidades na contratação, o juízo de primeiro grau entendeu que se tratava de dano *in re ipsa* e dispensou a constatação de prejuízo aos cofres públicos.

Suscita, ademais, nulidade da sentença por ser ultra petita, na medida que o membro do *Parquet* reconheceu a inexistência de dano no tocante a contratação das empresas Drogaria Munhoz Ltda, Drogaria Mercúrio Ltda, Drogaria Castilho Ltda, Queiroz e Guimarães Ltda e Eduardo Grande Cunha para aquisição de medicamentos, de modo que não cabe a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

No mérito, alega que na época dos fatos ocupava o cargo de prefeito municipal, submetendo-se ao regime do Decreto-Lei 201/67, por se tratar de agente político, e não a Lei 8.429/92, de forma que não pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa.

Reverbera que não há dano ao erário, haja vista que as contratações realizadas eram compatíveis com o preço de mercado e *"houve efetiva entrega das mercadorias adquiridas e serviços prestados ao Município"*, bem como conduta dolosa ou culposa do agente público.

Tece considerações acerca de todas as contratações realizadas, sustentando não ter praticado nenhumas das condutas alencadas nos art. 10 e 11 da Lei 8.429/92.

Explica que é necessário diferenciar os atos de improbidade administrativa das meras irregularidades, que não são passíveis de reprimenda.

Reverbera que as condenações por improbidade administrativa cometidas com base no art. 11, que no caso foram duas (contrato com a empresa Clínica Pró-Imagem Alta Resolução – ME; contrato com a empresa Organização Ovídio Ltda), não devem compor a base de cálculo da multa civil, que no caso foi a mera somatória dos valores do contratos, haja vista que não causam lesão ao patrimônio e nem enriquecimento indevido.

Assevera que ofensa a coisa julgada formada na Ação Popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018, que figuram as mesmas partes e são alegados os mesmos fatos, pois já houve aplicação de pena de ressarcimento de dano ao erário, não podendo ser considerado para fins da base de cálculo da multa civil

Finalizada, pugnando pelo provimento do recurso (f. 11.131/11.165)

Recurso de Pró Imagem de Alta Resolução Ltda

Afirma que, a despeito do parentesco entra a sócia da apelante, Dra. Ana Rita Baldy Mancini Buçalem, e o então Secretário Municipal de Saúde, Dr. Guilherme Buçalem, tinha direito de pleitear o seu credenciamento para prestação de serviços de ultrassonografia, raio-x e manografia junto à municipalidade, pois cumpriu todas as exigência do processo licitatório.

Sustenta a legalidade do procedimento licitatório e o contrato celebrado pela apelante e o Município de Paranaíba, não havendo a prática de ato improbo, nem tampouco prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito. Pugna pela redução da multa civil aplicada.

Requer o provimento do recurso (f. 11.170/11.190)

Recurso de Guilherme Buculam

Assevera que não restou configurada a prática ato de improbidade administrativa, não acarretando lesão aos cofres públicos e enriquecimento ilícito. Almeja, ainda, a redução da multa civil aplicada. Postula o provimento do recurso (f. 11.194/11.208)

Contrarrazões do Ministério Público Estadual

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento dos recursos (f. 11.216/11.272).

Manifestação da Procuradoria de Justiça

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pela rejeição das preliminares e, no mérito, opinou pelo não provimento dos apelos (f. 11.280/11.319)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Auto Posto Ferreira e Filho Ltda, B & S Consultoria Assessoria Empresarial Comércio e Serviço Ltda, Guilherme Bucalem, Manoel Roberto Ovídio, Organização Ovídio Ltda, Pró Imagem de Alta Resolução Ltda - ME, Supermercado Baixinho Ltda - ME e Viasul Materiais de Construção Ltda em face da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso

do Sul e Município de Paranaíba, este último admitido como litisconsorte ativo, que julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar que os réus praticaram ato de improbidade previsto no art. 10, VIII, e art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, condenando: a) o réu Manoel Roberto Ovídio a pagar multa civil no valor de R$ 2.919.125,80 (dois milhões, novecentos e dezenove mil, cento e vinte e cinco reais e oitenta centavos), além da perda da função publica e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, com a indisponibilidade dos bens; b) o réu Guilherme Bucalem a pagar multa civil no valor de R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais), além da perda da função publica, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 5 (cinco) anos, com a indisponibilidade dos bens; c) a ré Pró-Imagem Alta Resolução ME a pagar multa civil no valor de R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais); d) o réu Supermercado Baixinho Ltda -EPP a pagar multa civil no valor de R$ 724.759,78 (setecentos e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos); e) o réu Auto Posto Ferreira & Filho Ltda a pagar multa civil no valor de R$ 277.600,00 (duzentos e setenta e sete mil e seiscentos reais); f) a ré Organizações Ovídio Ltda a pagar multa civil no valor de R$ 448.920,02 (quatrocentos e quarenta e oito mil novecentos e vinte reais e dois centavos); g) a ré Viasul Materiais para Construção Ltda a pagar multa civil no valor de R$ 106.274,16 (cento e seis mil duzentos e setenta e quatro reais e dezesseis centavos); h) a ré B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços LTDA a pagar multa civil no valor de R$ 443.300,00 (quatrocentos e quarenta e três mil e trezentos reais). Todos os réus foram condenados a proibição de contratar com o poder público, de 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 05 (cinco) anos, assim como houve a determinação de indisponibilidade, cautelarmente, dos bens dos réus.

Segundo consta dos autos, o Ministério Público Estadual ingressou com a presente Ação Civil Pública contra os réus Manoel Roberto Ovídio (Ex-Prefeito Municipal), Guilherme Buçalem (Ex-Secretário Municipal de Saúde), Ailton Luciano dos Santos (Ex-Secretário Municipal de Administração), e também as pessoas jurídicas Pró-Imagem de Alta Resolução Ltda-ME, Supermercado Baixinho Ltda - EPP, Auto Posto Ferreira e Filho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Viasul Materiais de Construção Ltda, B& Consultoria Acessória Empresarial Comércio e Serviço Ltda, por força do art. 3º da Lei nº 8.429/92, imputando a prática de atos de improbidade administrativa consistentes em contratação de serviços médicos sem licitação, fracionamento ilegal de procedimento licitatório para aquisição de produtos alimentícios, fracionamento ilegal de licitação para aquisição de combustíveis, aquisição de material de construção de empresas de propriedade do então Secretário Municipal de Administração e de parentes do então Prefeito Municipal e ilegal dispensa de licitação para contratação de serviços jurídicos especializados. Por tais fatos, requereu a condenação dos réus às penas de perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio de cada um, perda de função pública, se eventualmente ainda ocuparem, suspensão de direitos políticos por 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 03 (três) vezes o acréscimo patrimonial e proibição de contratarem com o poder público e de receberem quaisquer incentivos fiscais ou creditícios ou empréstimos de bancos oficiais, ainda que por intermédio de pessoa física.

Notificados os réus (f. 7714/7715, 7982/7983), apresentaram manifestações por escrito, suscitando preliminares e, no mérito, pugnando pelo rejeição da ação (f. 7724/7752, 7756/7769, 7985/7993, 8000/8014, 8120/8134, 8244/8249, 8282/8305, 8474/8479, 8484/8491).

O juízo singular afastou às preliminares e recebeu a inicial (f. 8503/8514).

Os réus regularmente citados (f. 8570/8571, 8596/8597, 8656/8657, 8686/8687, 8688/8689), ofertaram contestações (f. 8537/8567, 8573/8579, 8607/8624, 8626/8641, 8660/8682, 8696/8705, 8707/8719, 8725/8738, 8740/8753)

No decorrer da instrução processual foi admitido o ingresso do Município de Paranaíba como litisconsorte ativo (f. 8845/8852), colhidas provas testemunhal (f. 8963, 8984/8993, 9038) e pericial destinada à averiguação da evolução patrimonial (f. 10115/10323, 10480/10522).

Sobreveio sentença de parcial procedência dos pedidos (f. 10725/10795).

Inconformados, os réus apelam pretendendo a reforma do *decisum*.

De início, cumpre esclarecer qual é a legislação a ser aplicável no julgamento deste recurso, em razão da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 14 do atual Código de Processo Civil, a norma processual nova *será aplicável imediatamente aos processos em curso*, contudo, não atinge os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada:

> *"Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogadora."*

Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, comentando o referido dispositivo legal, lecionam que:

> *"(...) Há, no processo, fenômeno semelhante e assimilável ao direito adquirido processual. Por isso é que se diz que a nova lei, embora se aplique aos processos em curso, não atinge situações consolidadas, dentro do processo [...] A aplicação imediata, então, é a regra e supõe respeito a situações "consolidadas", tudo com o intuito quase único de evitar que as partes se surpreendam com as novas regras"* (Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo, 3ª Ed., Editora RT, p. 73/74)

Assim, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973 aos atos praticados e recursos interpostos sob sua égide.

Nessa linha é o Enunciado Administrativo n. 2 do STJ:

> *"Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."*

No caso, como a sentença recorrida foi proferida antes da entrada do NCPC, adoto ao presente recurso às normas do Código de Processo Civil de 1973.

Dito isto, passo ao exame dos recursos.

Preliminares.

a) Nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação - Viasul Materiais para Construção Ltda, Organização Ovídio Ltda e Auto Posto Ferreira & Filho Ltda

A apelante Viasul Matérias para Construção Ltda defende a nulidade da sentença por violação ao princípio da correlação, alegando que o fato enquadrado como ímprobo pelo *Parquet* se refere a participação da empresa que possui como sócia Evelyn de Freitas Santos, *"filha do então secretário municipal de administração"*, enquanto a decisão a condenou pelo *"fracionamento do procedimento licitatório que causou lesão ao erário público"*.

Igualmente a apelante Organização Ovídio Ltda sustenta que o fato descrito na inicial não guarda relação com a decisão, pois o Ministério Público pleiteou sua condenação por violação aos princípio da moralidade e impessoalidade, haja vista que a sócia da empresa (Sra. Laila Ovídio), é filha do ex-prefeito Municipal Manoel Roberto Ovídio, ao passo que a sentença condenou-a por *"fracionamento do procedimento licitatório que causou lesão ao erário público"*.

Do mesmo modo, o apelante Auto Posto Ferreira & Filho Ltda assevera que o fato descrito na inicial não guarda relação com decisão, pois o Ministério Público pleiteou a condenação por violação aos princípio da moralidade e impessoalidade, porém a sentença o condenou por *"fracionamento do procedimento licitatório que causou lesão ao erário público"*.

Sem razão os apelantes.

Pois bem, nas palavras do Ministro Marco Aurélio Bellizze, *"O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de princípio da congruência, representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa, visto que assegura a não condenação do acusado por fatos não descritos na peça acusatória, é dizer, o réu sempre terá a oportunidade de refutar a acusação, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa"* (STJ - REsp 1193929/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012)

Como é sabido, na ação civil pública por improbidade administrativa o juiz não está vinculado à capitulação descrita na inicial, devendo se pronunciar com relação aos fatos imputados. O réu não se defende da tipificação imputada, mas dos fatos descritos.

Aplica-se o princípio *iura novit curia*, cabendo ao magistrado aferir se houve ou não a subsunção do fato à norma. Em outros dizeres, se o fato narrado pelo Ministério Público é caracterizar ou não de ato de improbidade administrativa.

Sobre o tema, oportuno transcrever os ensinamentos de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

> *"(...) em resumo, é preciso distinguir: quanto à causa petendi, há uma estreita vinculação entre a inicial e a prestação jurisdicional, não podendo o juiz aplicar uma sanção por fato não descrito pelo autor. Nesse passo, a congruência há de ser absoluta, sob pena de indesculpável inquisitorialismo, como também injustificável violação ao princípio constitucional da ampla defesa. Quanto ao pedido sancionatório, no entanto, por ser genérico, não há que se falar em adstrição,* ***bastando a narrativa de fato caracterizar de improbidade para que o magistrado aplique as sanções mais adequadas ao caso****, não se devendo olvidar que tal aplicação é, em princípio, cumulativa"* – destaquei (Improbidade Administrativo, 7ª Ed., Editora Saraiva, p. 952).

Nessa linha é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 10, INCISO XII DA LEI 8.429/92 – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. 1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal. [...]".* (REsp 842.428/ES, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 21/05/2007, p. 560)

> ***"****AÇÃO – DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI 8.429/92– VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOABILIDADE – CONTRATAÇÃO MEDIANTE CARTA-CONVITE PELO MUNICÍPIO DE EMPRESAS AS QUAIS FAZIAM*

> *PARTE O VICE-PREFEITO E O IRMÃO DO PREFEITO, PESSOAS IMPEDIDAS DE LICITAR – LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA QUE PRESCINDE DA EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO – SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. [...] 2. Preliminar de julgamento extra-petita. Os recorrentes foram demandados em Ação de Improbidade, sede em que vários fatos foram invocados como incidentes na citada Lei 8.429/92. Assim* ***os réus defenderam-se dos fatos, competindo ao juízo a qualificação jurídica dos mesmos. Aliás, é cediço que a qualificação jurídica dos fatos é dever de ofício do Juízo, por isso iura novit curia. Consectariamente, essa qualificação não integra a causa petendi e o seu ajuste na decisão à luz da demanda inicial não significa violação da regra da congruência, consubstanciada nos artigos 128 e 460 do CPC****. Nesse sentido é lição de Barbosa Moreira, in O Novo Processo Civil Brasileiro, 1995, p. 20-21. Deveras, as multifárias ações administrativas que se enquadram no novel diploma, transmudam o pedido de adequação das mesmas, aos fatos previstos, como nítida ação fungível, podendo o juízo, ao decidir, impor sanção aliud porém minus. [...]". – destaquei* (REsp 439.280/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/04/2003, DJ 16/06/2003, p. 265)

No caso, o Ministério Público Estadual narrou que a Administração Pública fragmentava as compras, alterando a modalidade licitatória com a finalidade de beneficiar um dos concorrentes (f.16), cujas *"empresas convidadas eram sempre a Construtora Ovídio Ltda, de propriedade da filha do Prefeito Municipal à época e a empresa ViaSul Matérias para construção Ltda, de propriedade da filha do então Secretário Municipal de Administração, em flagrante burla à legislação pertinente"* (f.21). O mesmo ocorria com relação ao apelante Auto Posto Ferreira & Filho Ltda, pois asseverou que a empresa era contratada por meio da modalidade convite, de maneira fracionada, com o propósito de também burlar a Lei nº 8.666/93, ressaltando, ademais, que para concorrer o réu Ailton Luciano dos Santos, então Secretário Municipal de Administração e sócio da empresa, alienou suas cotas a José Nilson de Queiroz com intuito fraudulento.

Na sentença, o magistrado de primeiro grau reconheceu a prática do fracionamento indevido do procedimento licitatário e ofensa aos princípios da administração pública, subsumindo o fato narrado pelo *Parquet* ao comando legal previsto no art. 10, inciso VII, e art. 11, *caput,* da Lei nº 8.429/92.

Logo, a rejeição da preliminar de nulidade da sentença por ofensa ao princípio da correlação (congruência) é medida que se impõe.

b) Coisa Julgada - Auto Posto Ferreira & Filho Ltda

Aduz que em Ação Popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018 foi reconhecida a inexistência de fracionamento licitatório ilegal nos contratos firmados entre as partes, o que impede a discussão de tal fato nesta demanda.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade, *"ocorre a coisa julgada quando se reproduz ação idêntica a outra que já foi julgada por sentença de mérito de que não caiba mais recurso [...]"* (Código de Processo Civil Comentado, 11ª ed., Editora RT, p. 594).

Em conformidade com o art. 301, § 2º, do CPC/73 *"uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido"*.

Julgada total ou parcialmente o pedido, a sentença tem força de lei entre as partes, nos limites das questões decididas (art.486, CPC/73), não podendo nenhum juiz decidir novamente sobre as questões relativas à mesma lide (art. 471, *caput*, CPC/73).

In casu, extraio que em ação popular (n° 0003374-53.2006.8.12.0018) foi reconhecida a prática de atos de improbidade administrativa, com a condenação do apelante Auto Posto Ferreira Ltda, solidariamente

com o Ex-Prefeito Manoel Ovídio, ao ressarcimento integral do dano no montante de R$ 138.800,00 (cento e trinta oito mil reais). Confira:

> *"Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar parcialmente procedente os pedidos entabulados na exordial, por que verificados "vícios dos atos administrativos", notadamente quanto à forma e finalidade das licitações discutidas. Ofendeu-se as diretrizes da CF e limites da Lei de Licitações, fracionando e dirigindo licitações. Deixo de determinar o afastamento do Prefeito pelas razões supra apresentadas, no mais impõe-se o seguinte:*
>
> *[...]*
>
> *4. Condeno o Auto Posto Ferreira, solidariamente com o Prefeito Manoel Ovídio, gestor da coisa pública, que ao agirem em afronta à Lei e à CF, contratando de forma temerária, acarretaram a obrigatoriedade de restituir tais valores aos cofres públicos. Aqui, havendo participação do auto posto, o mesmo não pode ser beneficiado pela teoria do ato cumprido. Condeno-os ao pagamento de R$ 138.800,00 (cento e trinta e oito mil e oitocentos reais)".* (f. 160/162)

Na presente ação civil pública, o Ministério Público imputa ao apelante Auto Posto Ferreira Ltda a prática de atos de improbidade administrativa e pretende o pagamento de multa civil e demais sanções pertinentes ao réu (art. 12 da Lei 8.429/92), conforme se infere do pedido constante na inicial às f. 41/42, sendo condenado pelo juízo singular nos seguintes termos:

> *Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual em face de Manoel Roberto Ovídio, Guilherme Bucalem, Pró-Imagem de Alta Resolução-ME, Supermercado Baixinho Ltda-EPP, Auto Posto Ferreira & Filho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Viasul Materiais para Construção Ltda e B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços Ltda para o fim de: a) declarar que os réus Manoel Roberto Ovídio, Guilherme Bucalem, Pró-Imagem de Alta Resolução-ME, Supermercado Baixinho Ltda-EPP, Auto Posto Ferreira & Filho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Viasul Materiais para Construção Ltda e B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços Ltda praticaram ato de improbidade previsto no artigo 10, VIII, e artigo 11, caput, da Lei n.º 8.429/92; b) condenar os réus Manoel Roberto Ovídio, Guilherme Bucalem, Pró-Imagem de Alta Resolução-ME, Supermercado Baixinho Ltda-EPP, Auto Posto Ferreira & Filho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Viasul Materiais para Construção Ltda e B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços LTDA a pagarem, a título de multa civil, o equivalente a 02 (duas) vezes o valor do dano ao erário, que deverá ser calculado com base no valor dos contratos ilegais pelos quais devem ser responsabilizados, observando-se as seguintes balizas: [...] b.5) o réu Auto Posto Ferreira & Filho Ltda deverá pagar multa civil no valor de R$ 277.600,00 (duzentos e setenta e sete mil e seiscentos reais), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que o beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;* (f. 10969/10989)

O magistrado singular, por meio dos embargos declaratórios, bem delineou a questão:

> *(...) embora os fatos em discussão neste feito sejam os mesmos mencionados nos autos n. 0003374-53.2006.8.12.0018, os pedidos são absolutamente distintos. Na ação popular, verifica-se claramente que, foi formulado pedido de ressarcimento aos cofres públicos, de nítida feição indenizatória, enquanto neste feito se pretende a aplicação das seguintes sanções: perda dos bens o valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio dos requeridos, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição*

> *de contratar com o Poder Público, como aliás, foi apontado por este juízo na decisão que recebeu a inicial. (*f. 10973)

Não obstante a similitude da causa de pedir, verifico que os pedidos nas ações ajuizadas são diversos, pois no feito popular a pretensão era o ressarcimento ao erário, enquanto nesta ação civil pública as demais sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. Assim, não há falar em coisa julgada, que exige a identidade dos elementos da demanda, isto é, sejam idênticas partes, causa de pedir e o pedido.

Nesse diapasão:

> *ADMINISTRATIVO – AMBIENTAL – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EDIFICAÇÃO – ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – DANO AMBIENTAL – COMPOSIÇÃO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO – CAUSA MADURA – DEMANDA – DESNECESSIDADE – DILAÇÃO PROBATÓRIA – JURISPRUDÊNCIA – STJ – EXISTÊNCIA – COISA JULGADA – AÇÃO POPULAR – FALTA – IDENTIDADE TRIPLA – DEMANDAS – IMPOSSIBILIDADE – DESCONSTITUIÇÃO – PREMISSA – NECESSIDADE – REVOLVIMENTO PROBATÓRIO – SÚMULA 07/STJ – ALEGAÇÃO – DESCABIMENTO – REMESSA NECESSÁRIA – INOVAÇÃO RECURSAL – PRECLUSÃO CONSUMATIVA. [...]. 2. A confirmação da coisa julgada oponível à instauração de outra demanda exige a verificação da plena identidade entre os três elementos da demanda (subjetivo, objetivo e causal), tendo o acórdão da origem expressamente consignado a inexistência dessa identidade, premissa tal cuja infirmação esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. [...].* (STJ - AgRg no REsp 1494273/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015)

Afasto, portanto, a preliminar de ofensa a coisa julgada suscitada pelo apelante Auto Posto Posto Ferreira Ltda.

c) Cerceamento de Defesa por Inadequada Valoração da Prova - Manoel Roberto Ovídio

Afirma que as provas colacionadas ao caderno processual não foram devidamente valoradas, pois, a despeito do laudo pericial ter atestado a ausência de prejuízo ao erário e irregularidades na contratação, o juízo de primeiro grau entendeu que se tratava de dano *in re ipsa* e dispensou a constatação de prejuízo aos cofres públicos.

A preliminar de cerceamento de defesa não comporta acolhimento.

De acordo com princípio do livre convencimento, o magistrado tem liberdade quando da avaliação das provas produzidas no processo, desde que fundamente os motivos que levaram àquele resultado.

Esta é dicção do art. 131 do CPC/73:

> *Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.*

Nos dizeres do Ministro Menezes de Direito, *"compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual"*. (RHC 91691, Relator(a): Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008)

Nessa ordem de ideias, o não acolhimento pelo magistrado de determinada tese aventada pela parte não significa descumprimento do dever de motivar e em incorreta valoração das provas

A respeito, trago o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ALEGAÇÃO DE INCORRETA VALORAÇÃO DA PROVA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]. 2. O STJ possui firme jurisprudência no sentido de que o Julgador não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o entendimento das partes, mas, sim, conforme sua orientação, utilizando-se de provas, fatos e aspectos pertinentes ao tema, de modo que a necessidade de produção de provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face das circunstâncias de cada caso. 3. Agravo regimental improvido".* (AgRg no AREsp 652.257/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 01/12/2016, DJe 09/12/2016)

E desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO OU PERSUASÃO RACIONAL – LAUDO QUE COMPROVA A RESPONSABILIDADE DO RÉU, ORA APELANTE, PELO ACIDENTE – DEVER DE RESSARCIROSPREJUÍZOSPATRIMONIAISCAUSADOS–QUANTUMINDENIZATÓRIO – MANTIDO – JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – EVENTO DANOSO – SÚMULA 54/STJ – RECURSO NÃO PROVIDO. O princípio do livre convencimento motivado, acolhido pelos artigos 371 e 372 do Novo Código de Processo Civil, preconiza que subsiste a liberdade de valoração da prova, podendo o juiz aprecia-la atribuindo-lhe o valor que entender adequado, desde que indique as razões da formação do seu convencimento, o que de fato foi devidamente cumprido na sentença guerreada. [...]."* (Apelação Nº 0056484-81.2007.8.12.0001, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Divoncir Schreiner Maran, j. 26 de abril de 2016)

Na espécie, o juízo de primeiro grau apresentou de maneira adequada a valoração das provas e as razões que levaram ao seu convencimento. Ora, a discordância com a forma de análise da prova não autoriza o reconhecimento de cerceamento de defesa.

Quanto ao assunto, oportuno transcrever o parecer da Procuradoria de Justiça:

> *"(...) Da análise dos autos, verifica-se que o douto Juiz singular julgou o feito após analisar as provas coligadas no âmbito do inquérito civil diante das demais provas juntadas no decorrer do processo, chegando a afirmar que "Logo, não vindo aos autos qualquer elemento apto a infirmar objetivamente os fatos sustentados pelo Ministério Público, que instruiu a inicial com farta documentação e fez a devida correlação entre esta e os fatos narrados, impõe-se o acolhimento das provas por ele produzidas em sede de inquérito civil" f. 14. Como se observa, o entendimento singular se pautou nos documentos acostados, oriundos dos autos 85/07/PP do MP, os quais foram suficientes para o esclarecimento dos fatos [...]"* (f. 11287)

Assim, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa suscitada por Manoel Roberto Ovídio.

d) Ilegitimidade Passiva - Manoel Roberto Ovídio

Alega que a Lei de Improbidade Administrativa não se aplica aos agentes políticos, porquanto se sujeitam aos preceitos do Decreto-Lei nº 201/67 que define os crimes de responsabilidade. Por essa razão,

pretende a extinção do feito sem julgamento, uma vez que na época dos fatos ocupava o cargo de Prefeito Municipal.

Segundo os doutrinadores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, os *"legitimados passivos da ação civil de improbidade administrativa são todos aqueles que tenham concorrido para prática da conduta ímproba (arts. 9º, 10 e 11). Assim, estão sujeitos à incidência reparatória-sancionatória da Lei n. 8.429/92 todos os agentes públicos que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, emprego ou função (art. 2º), tenham violado o patrimônio público. Também aqueles que, mesmo não sendo agente público (terceiros, na dicção do art. 5º), tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dela tenham auferido qualquer benefício, direto ou indireto (art. 3º)"* (Improbidade Administrativa, 7ª Ed., Editora Saraiva, p. 884)

A despeito do Decreto 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores, tal previsão não afasta a incidência da Lei n. 8.429/92 aos referidos agentes políticos.

Aliás, a controvérsia já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual decidiu que os Prefeitos Municipais, em que pese o regime de responsabilidade previsto no Decreto-Lei 201/67, estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa, em face da inexistência de incompatibilidade entre às normas. *In verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IMPUTAÇÃO PELO ART – 11 DA LEI 8.429/92 – ALEGAÇÃO DE QUE OS CONTRATOS ENTABULADOS PELO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO/RJ PARA RESTAURAÇÃO ASFÁLTICA PADECERAM DE DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS LOCAIS EM QUE AS OBRAS SERIAM REALIZADAS – ACÓRDÃO DO TJ/RJ QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EX-PREFEITO – REFORMA DO ARESTO FLUMINENSE POR ESTA CORTE SUPERIOR, AO FUNDAMENTO DE PLENA APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que os Prefeitos Municipais, apesar do regime de responsabilidade político-administrativa previsto no Decreto-Lei 201/67, estão submetidos à Lei de Improbidade Administrativa, em face da inexistência de incompatibilidade entre as referidas normas. Precedentes: STF Rcl 2.790/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 4.3.2010; STJ AgRg no REsp. 1.243.998/PB, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 18.12.2013. [...]"* (AgRg no REsp 1321111/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016)

> *"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – PRESCRIÇÃO – REELEIÇÃO – PREFEITO MUNICIPAL – INTERREGNO ENTRE MANDATOS – ELEIÇÃO ANULADA – POSSE DO PRESIDENTE DA CÂMARA POR DETERMINAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL – NOVO PLEITO – POSSE COM CONCLUSÃO DO MANDATO NA REELEIÇÃO – MANDATOS CONSECUTIVOS – TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO – TÉRMINO DO SEGUNDO MANDATO – INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – PRECEDENTES – APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO CARACTERIZADO – CONTRATO SEM LICITAÇÃO DE PESSOA VEDADO PELA LEI ORGÂNICA – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E LEGALIDADE – PRECEDENTES – REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS – IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. [...]. 4. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Precedentes.[...]"* (REsp 1.414.757/

RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/10/2015).

Não destoa a posição deste Sodalício:

> *"[...] PRELIMINAR – INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS – TESE NÃO ACOLHIDA – PRELIMINAR REFUTADA. I) Os atos praticados por agentes políticos podem sofrer incidência concomitante de mais de um diploma normativo, como, e.g., o ato de prefeito que venha a subsumir-se ao Decreto-Lei n. 201/67 e à Lei n. 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), tese esta que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Estadual, do Superior Tribunal de Justiça e que encontra amparo na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal. II) Legitimidade ativa presente e possibilidade de incidência da Lei 8429/92 reafirmada. Preliminar rejeitada. [...]"* (Apelação Nº 0009075-72.2008.8.12.0002, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Dorival Renato Pavan, j. 12 de maio de 2015)

Sendo assim, não há incompatibilidade na sujeição dos agentes políticos aos preceitos cominatórios do Decreto-Lei n 201/67 e da Lei nº 8.429/92, haja vista que aquele diploma prevê sanções de natureza política, enquanto que a Lei de Improbidade busca responsabilizar os agentes ímprobos com sanções de natureza civil, não havendo, pois, que se falar em incompatibilidade entre as referidas normas.

Dito isto, rejeito a preliminar suscitada.

e) Sentença ultra petita - Supermercado Baixinho Ltda e Manoel Roberto Ovídio

O apelante Supermercado Baixinho Ltda - EPP alega que a sentença é ultra petita, haja vista que o dano ao erário consignado pelo Ministério Público diz respeito ao recebimento do valor de R$ 10.833,09 (dez mil oitocentos e trinta três reais e nove centavos), ao passo que a sentença veio a condenar no montante de R$ 724.759,78 (setecentos e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos), em desacordo com o pedido inicial. Pretende ainda o abatimento das mercadorias entregues com as devidas notas recebidas e carimbadas pela municipalidade.

O apelante Manoel Roberto Ovídio afirma que a sentença é ultra petita, na medida que o membro do *Parquet* reconheceu a inexistência de dano no tocante a contratação das empresas Drogaria Munhoz Ltda, Drogaria Mercúrio Ltda, Drogaria Castilho Ltda, Queiroz e Guimarães Ltda e Eduardo Grande Cunha para aquisição de medicamentos, de modo que não cabe a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Pois bem, sentença *ultra petita* é aquela que o juiz aprecia o pedido e os fundamentos apresentados, porém concede quantidade superior à postulada. Neste caso, não há que falar em anulação da sentença, mas tão somente da parte em que o juiz extrapolou do pedido.

A propósito, reproduzo a posição da doutrina:

> *"No caso de julgamento extra petita, ou infra petita, deverá o tribunal anular a sentença; porém, se o julgamento for além do pedido ou ultra petita, condenando o réu além do pedido, desnecessário anular a sentença, por causa desse vício, senão que incumbe ao tribunal reduzi-la ao âmbito do pedido, se for essa a hipótese"* (ALVIM, Arruda e outros, Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª Ed., Editora GZ, p. 637).

Este é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL – AÇÃO*

> *RESCISÓRIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – INSTITUIÇÃO HOSPITALAR – ERRO MÉDICO – PROCEDIMENTO DE CATETERISMO CORONARIANO – TETRAPLEGIA – VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – NÃO OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – REQUISITOS – REEXAME DE PROVAS – INVIABILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ – JULGAMENTO ULTRA PETITA – EXCESSO – EXTIRPAÇÃO – PENSÃO MENSAL – ATO ILÍCITO – PENSÃO PREVIDENCIÁRIA – CUMULAÇÃO – POSSIBILIDADE – DANOS MORAIS – VALOR – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA Nº 282/STF. [...] 5. A consequência do reconhecimento do vício de julgamento por ter sido ultra petita não é a nulidade do acórdão, mas somente a extirpação do excesso. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido".* (REsp 1539428/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)

Logo, caberá neste seara extirpar o excesso eventualmente reconhecido quando da análise do mérito dos recursos, pois a tese do apelante Supermercado Baixinho Ltda - EPP está relacionada aos valores da condenação e do apelante Manoel Roberto Ovídio a inexistência de dano ao erário capitulado no art. 10 da Lei n 8.429/92.

Como dito, tais matérias estão relacionadas ao mérito, razão pela qual serão apreciados com ele no momento oportuno.

Ultrapassada as questões preliminares, examino o mérito.

Mérito

O Ministério Público Estadual ingressou com a presente Ação Civil Pública imputando a prática de atos de improbidade administrativa contra os réus Manoel Roberto Ovídio (Ex-Prefeito Municipal), Guilherme Buçalem (Ex-Secretário Municipal de Saúde), Ailton Luciano dos Santos (Ex-Secretário Municipal de Administração), e também as pessoas jurídicas Pró-Imagem de Alta Resolução Ltda-ME, Supermercado Baixinho Ltda- EPP, Auto Posto Ferreira e Filho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Viasul Materiais de Construção Ltda, B& Consultoria Acessória Empresarial Comércio e Serviço Ltda, baseado nos autos nº MP/0085/07/PP encaminhado ao *Parquet* e extraído da Ação Popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018 que redundou na condenação dos réus ao ressarcimento ao erário em virtude de diversas irregularidades constatadas nos procedimentos licitatórios realizados durante o mandato do então Prefeito Municipal Manoel Roberto Ovídio.

A improbidade administrativa caracteriza-se pela conduta imoral qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública.

A Lei nº 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa em três categorias: a) os que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causem prejuízo ao erário (art. 10) e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Tais condutas podem ser apenadas com as sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: a) suspensão dos direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade dos bens; d) ressarcimento ao erário; e) perda de bens e valores acrescidos ilicitamente; f) multa civil e g) proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios.

Para configuração da improbidade é indispensável que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos art. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10.

Nesse sentido é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ARTIGO 11 DA LEI 8429/92 – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – SÚMULA 7/ STJ. [...] 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10. [...]".* (AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

Feito esse esclarecimento inicial e visando a melhor compreensão, passo a análise individualizado dos recursos e das condutas improbas descritas nos autos.

a) Recurso de B & S Consultoria e Assessoria Empresarial Comércio e Serviços Ltda.

O Ministério Público Estadual asseverou que a empresa B&S Consultoria Assessoria Empresarial Comércio e Serviços Ltda foi contratada para prestação de serviço jurídico especializado, no valor de R$ 221.650,00 (duzentos e vinte e um mil, seiscentos e cinquenta reais) pelo período de 05 (cinco) meses, com dispensa de licitação, contudo a empresa não possui profissional da área jurídica e apenas foi contratada visando negociar dívida perante a Enersul, sendo desnecessária a contratação em razão do Município de Paranaíba possuir assessoria jurídica.

Agasalhada a tese do *Parquet,* restou condenado ao pagamento de multa civil, correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 443.300,00), proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 05 (cinco) anos e determinação de indisponibilidade dos bens.

Agora, nas razões recursais alega que o contrato celebrado com o Município de Paranaíba atendeu todo o procedimento licitatório e está dentro da estrita legalidade, não havendo prejuízo ao erário público. Aduz que o Município entendeu que se tratava de caso de inexigibilidade de licitação, em virtude da notória especialização. Sustenta que não praticou nenhum ato de improbidade administrativa, inexistindo dolo e prejuízo ao erário público, bem como não atuou em detrimento da moralidade administrativa, com desonestidade e ilegalidade. Argumenta que o laudo pericial elaborado nos autos demonstrou a ausência de enriquecimento ilícito.

Cinge-se a controvérsia em verificar se a contratação da apelante pelo Município de Paranaíba constitui, efetivamente, hipótese de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, nos termos do art. 25, inciso II, § 1º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

> *"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
>
> *(...)*
>
> *II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*

[...]

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato"

De acordo com o art. 13, V, da mencionada Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados *"o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas"*.

A priori, a contratação de profissional com notória especialização para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, pelo Município, mediante inexigibilidade de licitação, não é considerado ato de improbidade administrativa. Para tanto, contudo, é imperiosa a presença da notória especialização do prestador de serviço e a sua singularidade.

Reza Marçal Justen Filho que:

"O conceito de serviço técnico profissional especializado consta do art. 13. O inc. II acrescenta duas exigências à contratação com inexigibilidade, a saber, o objeto singular da contratação e a notória especialização. A inexigibilidade apenas se configura diante da presença cumulativa dos três requisitos. Ou seja não basta configura-se um serviço técnico profissional especializado, mas a contratação direta dependerá de constatar-se a existência de objeto singular. Ademais disso, apenas poderá ser contratado um sujeito titular de notória especialização" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª Ed., Editora RT, p. 586)

Sobre o tema, colho o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – OMISSÃO INEXISTENTE – ART. 535 NÃO VIOLADO – AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO POR MUNICÍPIO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO – HIPÓTESE EM QUE NÃO HÁ INEXIGIBILIDADE – SERVIÇOS TÉCNICOS NÃO SINGULARES – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 25, II, § 1º C/C 13, V, DA LEI 8.666/93 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11 DA LEI 8.429/92. [...] 3. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente. 4. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado. [...]". (REsp 1444874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/03/2015).

No caso sub examine, a especificação dos serviços contratados não apresenta peculiaridades que o singularizem, a ponto de inviabilizar a competição entre os possíveis prestadores (f.5525/5546).

Os apelantes foram contratados pelo Município de Paranaíba para prestar serviço de assessoria/consultoria jurídica, com a finalidade de viabilizar o pagamento de dívidas perante a Enersul, mediante dação em pagamento.

Não há dúvidas de que existem outros profissionais que lidam com o tema executado pelo apelante e, assim, é possível a realização do competente certame licitatório.

Se as atividades não forem de modo singular, ou seja, incomum ou que necessitem de um grau de subjetividade que não se possa avaliar pelo instituto licitatório, não há porque ensejar a excepcionalidade concedida pela legislação.

A respeito do assunto, assim se manifestou o magistrado *a quo*:

> *"[...] Após analisar os autos, verifico que os réus não produziram prova alguma da singularidade dos serviço ou da inexistência de outra empresa ou órgão público municipal que reunisse naquele momento condições e disponibilidade imediata para sua realização.*
>
> *Segundo narra a inicial, a referida empresa teria sido contratada tão somente para renegociação de uma dívida do Município de Paranaíba junto à Enersul, o que não foi negado pelos réus.*
>
> *Além disso, como bem lembrado pelo Ministério Público na inicial, a Prefeitura Municipal dispõe de Procuradoria Jurídica, com profissionais habilitados na área do Direito, não se vislumbrando razão alguma para contratação de uma empresa para renegociação de dívidas.*
>
> *Por conta disso, resta evidente o ato ímprobo praticado aos termos da legislação vigente, eis que ilegal a inexigibilidade da licitação" (f.10773/10774).*

Destarte, a ilegalidade da contratação sem licitação, ante a ausência de singularidade do objeto e notória especialização do apelante implica ato de improbidade administrativa.

No que tange ao prejuízo ao patrimônio público em decorrência do ato ímprobo, entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se trata de prejuízo presumido no caso de inexigibilidade e/ou dispensa indevida de licitação, *in verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO – ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92 – ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E PELA CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SÚMULA 7/STJ – PREJUÍZO AO ERÁRIO, NA HIPÓTESE – DANO IN RE IPSA – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] VI. Quanto à alegada ausência de dano ao Erário, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que "a indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema" (STJ, REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2012). Com efeito, "a contratação de serviços advocatícios sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesividade ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, conforme entendimento adotado por esta Corte. [...]". (AgRg no AREsp 617.563/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016)*
>
> *"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE – INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO – DANO AO ERÁRIO – RESSARCIMENTO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA – PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA – NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS*

> *E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO – DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO – SÚMULA 320/STJ. [...] 3. A indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema. Precedentes da Segunda Turma. [..].”* (REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012)

O dano à Administração Pública decorre da própria contratação irregular em si, e não somente da diferença de preço, ou da ausência da prestação de serviço.

Vale ainda destacar, ademais, que o fato do serviço ter sido prestado não é suficiente para afastar o prejuízo ao erário.

Observo, portanto, que o prejuízo ao erário restou evidenciado na medida em que a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses admitidas em lei, enquadra a conduta da empresa apelante na proibição contida no art. 10, VIII, e art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa.

Restou configurada uma nítida ação deliberada com o propósito de beneficiar a empresa apelante sem obediência das regras procedimentais exigidas. Presente, desse modo, o elemento subjetivo.

Ademais, restou acolhida a conduta improba da empresa apelante e o ressarcimento dos danos nos autos da ação popular n° 0003374-53.2006.8.12.0018.

Sendo assim, é de rigor a manutenção da sentença objurgada.

b) Recurso de Pró Imagem de Alta Resolução Ltda e Guilherme Buculam

O Ministério Público Estadual alegou que o Município de Paranaíba contratou a Clínica Pró-Imagem Alta Resolução ME para prestação de serviços de natureza médica com desrespeito às normas legais, porquanto a referida clínica é de propriedade de Ana Rita Baldy Mancini Bucalen, esposa do então Secretário Municipal de Saúde Guilherme Bucalem, que também exerce sua atividade profissional no mesmo local.

A empresa ré foi condenada ao pagamento de multa civil, correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 384.000,00), proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 05 (cinco) anos e indisponibilidade de bens. Outrossim, condenado o réu Guilherme Bucalem ao pagamento de multa civil, correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 384.000,00), perda da função pública e suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, e indisponibilidade de bens.

Em razão disso, a sociedade empresária ré recorre afirmando que, a despeito do parentesco entre a sócia, Dra. Ana Rita Baldy Mancini Buçalem, e o então Secretário Municipal de Saúde, Dr. Guilherme Buçalem, tinha direito de pleitear o seu credenciamento para prestação de serviços de ultrassonografia, raio-x e manografia junto à municipalidade, pois cumpriu todas as exigência do processo licitatório. Sustenta a legalidade do procedimento licitatório e o contrato celebrado, não havendo a prática de ato improbo, prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito. Pugna pela redução da multa civil aplicada.

O réu Guilherme Buçalem, nas razões recursais, assevera que não restou configurada a prática ato de improbidade administrativa, lesão aos cofres públicos e enriquecimento ilícito, assim como almeja a redução da multa civil aplicada.

Compulsando os autos, constato que a empresa apelante e o Município de Paranaíba celebraram contrato com objetivo de prestação de serviços e exames aos pacientes da Rede Pública Municipal, com

base no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que trata da inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, no valor de R$ 192.000,00 (cento e noventa e dois mil reais).

De acordo com a Constituição Federal e Lei de Licitações, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas pela Administração Pública mediante prévio processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, só dispensada nos casos expressamente previstos em lei.

Eis o teor do art. 37, XXI e art. 2º da Lei nº 8.666/93:

> *"Art. 37.*
>
> *[...]*
>
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".*
>
> *"Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei".*
>
> *A contratação direta, sem realização de licitação, somente é admitida em hipóteses restritas, previstas em lei e devidamente motivada, nos casos em que a licitação mostra-se inviável por ausência de competição ou quando for inconveniente ou inoportuna para o atendimento do interesse público.*
>
> *Nesse cenário, a Lei nº 8.666/93 traz em seu art. 24 hipóteses taxativas de dispensa de licitação, autorizando o administrador a proceder a contratação direta, por critério de conveniência e oportunidade a ser avaliado no caso concreto, enquanto o art. 25 do mesmo diploma legal trata da inexigibilidade de licitação, a ser aplicada ante a inviabilidade de competição.*
>
> *No caso, a contratação ocorreu pela modalidade de inexigibilidade de licitação, porém não existe qualquer fundamentação no pacto que explique a utilização da forma direta e excepcional de contratação. Não há qualquer fundamento para a inviabilidade. A única justificativa encontrada, pelo estudo do feito em testilha, é o propósito de beneficiar a empresa apelante Clínica Pró-Imagem Alta Resolução ME que possui em seu quadro societário a esposa do então Secretário de Saúde do Município de Paranaíba, Ana Rita Baldy Mancini Bucalen, consoante se verifica do contrato constitutivo da referida sociedade empresária (f. 6752/6753).*
>
> *Ora, como bem frisado pelo magistrado singular "dentre outras clínicas nesta urbe ou profissionais de saúde existentes nesta urbe, o gestor público escolheu justamente uma clínica administrada pela esposa do então Secretário Municipal de Saúde, o réu Guilherme Bucalen" (f. 10749).*
>
> *Pelo contexto fático apresentado, a conduta improba e o elemento subjetivo dos envolvidos é inconteste, pois o réu Guilherme Bucalen, na condição de Secretário Municipal, mesmo conhecendo o dever constitucional de instaurar procedimentos licitatórios para prestação de serviços e exames relacionados a saúde, autorizou a aquisição (f.6337/6342), ofendendo a legalidade. A empresa ré Clínica Pró-Imagem Alta Resolução ME, beneficiou-*

se do ato de improbidade administrativa em questão, incorrendo no ato de improbidade administrativo (art. 3º da Lei nº 8.429/92.

O prejuízo ao erário, na espécie (ilegalidade do procedimento licitatório por inexigibilidade), é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta e houve verdadeiro direcionamento da contratação. Oportuno mencionar que esta matéria já foi examinada quando do exame da apelação da empresa ré B&S Consultoria e Assessoria Empresarial, reportando aos comentários nele descritos.

A conduta improba da empresa apelante restou acolhida, assim como o ressarcimento dos danos nos autos da ação popular n° 0003374-53.2006.8.12.0018.

Além disso, vale destacar que o fato do serviço ter sido eventualmente prestado não é suficiente para afastar o prejuízo ao erário.

Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FORNECIMENTO DE PRODUTOS MÉDICOS SEM LICITAÇÃO – ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 – ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. CARACTERIZAÇÃO. 1. Discute-se nos autos a caracterização de improbidade administrativa na tipologia do art. 11 da Lei n. 8.429/92 em razão da entrega de produtos médicos a certa municipalidade sem prévia realização de licitação e sem justificativa para dispensa do procedimento licitatório. 2. O Tribunal de Contas do Estado, após inspeção especial, constatou inúmeras irregularidades na aquisição dos mencionados produtos por meio de requisições, com possível prejuízo ao erário na ordem de aproximadamente R$147.000,00 (cento e quarenta e sete mil reais). 3. Além disso, o acórdão pontuou que as referidas aquisições não foram esporádicas, mas contínuas, afastando, assim, a caracterização de situação emergencial. 4. Em seu especial, a parte ora agravante alega que não houve dolo ou má-fé na contratação efetuada pois os medicamentos adquiridos foram devidamente entregues, o que descaracteriza o dano ao erário. Sustenta, ainda, que é caso de prestigiar o notório caráter emergencial na aquisição de tais produtos, situação que impede a realização de licitação. 5. Ocorre que esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despicienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Precedentes. 6. Não fosse isto suficiente, esta Corte Superior, especialmente por sua Segunda Turma, vem entendendo que, no âmbito de ações por improbidade administrativa relativa a procedimentos licitatórios, a pura e simples prestação do serviço e a entrega dos produtos não são suficientes para afastar o prejuízo ao erário, pois o valor pago pela prestação ou pelo produto pode estar além do valor médio de mercado, bem como pode ser até mesmo indevido (nas hipóteses, p.ex., em que o serviço e/ou o produto em si são desnecessários à luz da realidade). Precedente. [...]." (AgRg no Ag 1316690/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010)

Caracterizada a improbidade administrativa, a devolução dos valores ao erário é necessária e deve vir acompanhada das sanções legais. Isso porque, o ressarcimento não é considerado sanção, mas consequência imediata e imperiosa para reparação do ato ímprobo, ao passo que a sanção visa reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações.

No que concerne as penalidades previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, o juiz deverá levar, no caso concreto, em conta a gravidade do fato, a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente, podendo cumular ou não as sanções, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Esta é a posição da Corte Cidadã:

> *"PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ARTS. 480 A 482 DO CPC – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC – TESE NÃO ARGUIDA NO RECURSO ESPECIAL – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DOLO – INOVAÇÃO RECURSAL – ART. 12 DA LIA – CUMULATIVIDADE DAS SANÇÕES – POSSIBILIDADE – PROPORCIONALIDADE – AGRAVO DESPROVIDO. [...] 5. Nos termos do art. 12 da Lei 8.429/92, nas casos de condenação por prática de ato de improbidade administrativa, na fixação das penas, o juiz levará em conta a gravidade do fato, a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente [...]".* (AgInt no REsp 1551971/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016)

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSOS ESPECIAIS – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO – A) OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO OCORRENTE; B) MULTA PREVISTA NO ART. 538 DO CPC/1973 – AFASTAMENTO; C) ARTS. 5º E 12, II, DA LEI N. 8.429/1992 E 942 DO CC – VIOLAÇÃO CONFIGURADA; D) ARTS. 20 E 475 DO CPC/1973 – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – [...] RECURSO ESPECIAL DE WILSON SPAOLONZI – A) VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 – DESISTÊNCIA HOMOLOGADA; B) ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/1973 – MULTA DEVIDA – NATUREZA PROTELATÓRIA; C) LEI N. 8.429/1992 – POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CUMULATIVA DE PENALIDADES; D) PENALIDADE APLICADA – PROPORCIONALIDADE – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ; E) ARTS. 7º DA LEI N. 8.429/1992 E 1.228 DO CC – VIOLAÇÃO CONFIGURADA [...] C) A jurisprudência do STJ é no sentido de possibilidade de aplicação cumulativa das sanções previstas no art. 12 da LIA, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes; [...]".* (REsp 1529688/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016)

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONDENAÇÃO DO AGENTE ÍMPROBO APENAS NO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – MULTA ANTERIORMENTE IMPOSTA, POR INFRINGÊNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – ART. 12 DA LEI 8.429/92 – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA – AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. [...] IV. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim conseqüência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações" (STJ, REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2011). V. Nesse contexto, afastada a existência de bis in idem com eventuais sanções impostas pela infringência às disposições da legislação eleitoral, e por ser o ressarcimento dos danos causados ao Erário mera consequência do reconhecimento do ato de improbidade administrativa, deve ser imposta, ao agravado, ao menos uma das demais sanções previstas no art. 12, III, da Lei 8.429/92. [...]".* (AgRg no AREsp 606.352/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 10/02/2016)

Quanto ao ressarcimento dos danos, importante esclarecer que os réus já foram condenados nos autos da Ação Popular n° 0003374-53.2006.8.12.0018.

Logo, neste seara recursal apenas resta a análise das demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, quais sejam, *"perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;"*

Os atos de improbidade administrativa, infelizmente, estão instalados no mais diversos setores da Administração Pública, por esta razão devem ser tomadas medidas eficazes para combater comportamentos que inviabilizem o crescimento de nosso país e estão corroendo a sociedade. Portanto, os atos de improbidade administrativa não podem ser tolerados e devem sofrer do Poder Judiciário severa reprimenda a fim de estirpá-lo da sociedade brasileira.

No feito em comento, considerando a gravidade da improbidade praticada, em que houve nefasto direcionamento de procedimento licitatório com o intento de beneficiar a empresa ré Clínica Pró-Imagem Alta Resolução ME que possui em seu quadro societário a esposa do então Secretário de Saúde do Município de Paranaíba e réu nesta demanda, Guilherme Bucalen, não resta dúvida que a conduta merece severa reprimenda. Conveniente acentuar, pela apuração realiza nestes autos e também na ação popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018, que se instaurou no Município de Paranaíba a reiterada prática de atos que ofendem aos princípios da administração pública, com o propósito de causar dano ao erário, privilegiando agentes públicos e empresários no decorrer da gestão do então prefeito Municipal e réu Manoel Roberto Ovídio.

Por tais razões, as condenações impostas pelo magistrado de primeiro aos apelantes não comportam modificação, porquanto aplicadas de forma razoável proporcional a gravidade do fato e a extensão do dano causado.

Impõe-se, assim, a manutenção da sentença apelada.

c) Recurso de Supermercado Baixinho Ltda – EPP

O Ministério Público Estadual aduziu que o Município de Paranaíba convidava sempre o mesmo grupo, liderado pelo Supermercado Baixinho Ltda EPP, para aquisição de gêneros alimentícios, por meio de fracionamento ilegal e em desrespeito a Lei de Licitações, pois o valor global das contratações é superior ao legalmente previsto para a modalidade de carta convite, razão pela qual deveria ter sido feita licitação na modalidade tomada de preço.

Diante da procedência do pedido, com a condenação do réu Supermercado Baixinho Ltda a pagar multa civil correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 724.759,78), bem como proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 05 (cinco) anos e indisponibilidade de bens, dirige-se perante este Sodalício requerendo a reforma do *decisum*.

Para tanto, sustenta que não foi a única empresa a participar do processo licitatório realizado pelo Município de Paranaíba com o objetivo de adquirir produtos alimentícios, não havendo que se falar em direcionamento do certame. Defende que todos os pagamentos foram aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado e não pode ser responsabilizada pelo procedimento da Administração Pública. Pretende, ademais, a redução da multa civil para o valor de R$ 10.833,09 (dez mil oitocentos e trinta três reais e nove centavos), por ser este o dano ao erário, considerando a sentença ultra petita.

No que se refere ao ato ímprobo apontado relativo à compra de gênero alimentícios, prevê o art. 23, II, da Lei nº 8.666/93 que:

> *"Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*
>
> *[...]*
>
> *II - para - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:*
>
> *a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*
>
> *b) tomada de preços - até R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);*
>
> *c) concorrência - acima de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)."*

A Lei exige certa modalidade de licitação, em razão do valor, com a finalidade de prever procedimento licitatório mais rigoroso para maior garantia e proteção do interesse público.

Tanto é verdade que admite-se a substituição de uma modalidade licitatório por outra, desde que da mais simples à mais rigorosa, tendo como critério o valor. O inverso não. Além disso, é vedado o fracionamento para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação ao total das despesas.

Esta é a redação dos §§ 2º, 4º e 5º da Lei de Licitações:

> *"§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação*
>
> *§ 4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.*
>
> *§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço".*

Ao comentar o tema, Jessé Torres Pereira Júnior preleciona que:

> *"O § 2º do art. 23 impõe que, na execução parcelada, a cada parcela corresponde uma licitação, pela mesma modalidade que for pertinente para a execução total do objeto. O § 5º veda o usos de convite ou de tomada de preços para licitar a execução de parcelas de obra ou serviço, nas hipóteses que menciona. A vedação tanto incidirá na licitação para parcelas da mesma obra ou serviço, quanto para obras ou para serviços distintos que, dada a identidade de sua natureza, possam ser realizados conjunta e concomitantemente. A condição que atrai a proibição é a de que o somatório dos valores das etapas parceladas corresponda a modalidade de valor superior àquela que caberia para cada parcela de per se. Assim, se a parcela A de uma obra ou serviço tiver por valor o do convite, mas, somado este ao valor das parcelas B e C, atingir total que corresponda à tomada de preços, esta será a modalidade obrigatória de licitação para a escolha de quem executará cada parcela, e, não, o convite [...] Em consequência, interpretar-se-á em termo a regra geral do § 4º do mesmo art. 23. O administrador não terá a faculdade de substituir o convite pela*

tomada de preços e a ambos pela concorrência. Estará obrigado fazê-lo, se configurada a hipótese do § 5º. Em outras palavras: a Lei nº 8.666/93 criou novas hipóteses em que a tomada de preços e a concorrência serão as modalidades obrigatórias, em função do valor global de obra ou serviço em que a execução parcelada seja possível" (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª Ed., Editora Renovar, p. 281).

Em suma, pretende-se com a regra impedir condutas fraudulentas no procedimento licitatório, evitando o fracionamento dentro do exercício financeiro de obras e serviços para escapar das modalidades mais rigorosas. Este é o caso dos autos.

Da análise das provas carreadas resta claro que houve o fracionamento indevido de licitação, uma vez que realizadas inúmeras aquisições de produtos alimentícios pela modalidade convite durante o mesmo exercício financeiro, direcionada aos mesmos interessados e contando sempre com o sucesso no certame da apelante Supermercado Baixinho. Utilizou-se a modalidade de licitação menos complexa e competitiva, o convite, com o propósito de direcionar a contratação.

A respeito, extraio trechos da decisão de primeiro grau que bem examinou a questão, vejamos:

"[...] No presente caso, restou evidenciado que o gestor público Manoel Roberto Ovídio dispensou a licitação para aquisição de produtos que individualmente não superam o limite para modalidade convite, previsto no alínea a, inciso II, do art. 23, da Lei nº 8666/93, mas que, no conjunto com todas as aquisições de produtos idênticos ou de mesma natureza, superam em muito aquele limite, o que caracteriza o fracionamento ou fragmentação de despesas com vistas a obter dispensa indevida de licitação [...] Vale lembrar que esses fatos também foram objeto da Ação Popular que tramitou perante este juízo sob o n. 018.06003374-3, na qual foi proferida sentença em que restou reconhecida a prática de fracionamentwo ilegal do procedimento licitatório, nos termos seguintes: [...]" (f. 10758 e f.10759).

"[...] No ano de 2005, o embargante Supermercado Baixinho Ltda recebeu os seguintes valores:

Ao longo do ano de 2006, também participou dos seguintes contratos. Veja-se:

Procedimento Licitatório – Carta Convite	*Data da Homologação*	*Valor Homologado*	*Valores recebidos pelo Supermercado Baixinho Ltda*
Processo 004/06 Carta 004/006 f. 4.101/4103	*25/01/2006 f. 4.156*	*R$ 67.161,39 f. 4.156*	*R$ 53.124,49 F. 4.156*
Processo 25/06 Carta 28/06 f. 4.233/4.236	*24/04/2006 f. 4.322*	*R$ 23.510,65 f. 4.322*	*R$ 1.857,50 F. 4.322*
Processo 36/06 Carta 32/06 f. 4.347/4.349	*05/05/2006 F. 4664*	*R$ 70.788,91*	*R$ 51.800,71 F. 4664*
			R$ 106.782,70

Considerando que os valores recebidos pelo embargante nos anos de 2005 e 2006

totalizam o valor de R$ 362.379,89 (trezentos e sessenta e dois mil trezentos e setenta e nove reais e oitenta e nove centavos), a multa correspondente ao dobro do dano ao erário deve ser fixada em R$ 724.759,78 (setecentos e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos)" (f. 10979/10981).

As provas coligidos aos autos, portanto, demonstram a ilicitude do fracionamento das licitações, caracterizando os atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, VIII, e art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92, em cujas penas merecem o apelante Supermercado Baixinho ser incursos.

Ademais, restou acolhida a conduta improba da empresa apelante e o ressarcimento dos danos nos autos da ação popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018.

O elemento subjetivo dos envolvidos é evidente, sendo inquestionável o direcionamento das licitações.

Caracteriza ato de improbidade administrativa pelo fracionamento indevido do procedimento licitatório, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o dano ao erário é presumido, a saber:

"ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI 8.429/92 – FRACIONAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO – FRUSTRAÇÃO DE COMPETITIVIDADE – DANO AO ERÁRIO E PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE – OCORRÊNCIA – MEMBRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO MUNICIPAL – RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, RESTABELECER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO E A SITUAÇÃO IRREGULAR DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. [...] 6. O STJ possui o entendimento de que, em casos como o ora analisado, o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade do procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedente: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9.3.2012. 7. Recurso Especial provido para, em consonância com o parecer ministerial, restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, que reconheceu a prática de ato ímprobo e a situação irregular do procedimento licitatório". (REsp 1622290/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992 – DANO IN RE IPSA – SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM – RECURSO NA QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA – POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI N. 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC – DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS – SÚMULA N. 211 DO STJ. [...] 7. O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, "o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e consequente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)" (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012). [...]" (REsp 1376524/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 09/09/2014)

Procedimento Licitatório – Carta Convite	*Data da homologação*	*Valor Homologado*	*Valor recebido pelo Supermercado Baixinho Ltda*
Processo 023/05 Carta 016/05 f. 4.724/4.729	*24/02/2005 f. 4.793*	*R$ 30.024,68 f. 4.793*	*R$20.309,16 F. 4.793*
Processo 038/05 Carta 028/05 f. 4.950/4.953	*18/03/2005 f. 5.032*	*R$ 12.483,10 f. 5.032*	*R$50,70 F. 5032*
Processo 050/05 Carta 038/05 f. 5.065/5.068	*04/04/2005 f. 5.160*	*R$ 70.272,30 f. 5.160*	*R$ 8.838,99 F. 5.160*
Processo 051/05 Carta 039/05 f. 5.356/5.359	*06/04/2005 f. 5.432*	*R$ 19.765,89 f. 5.432*	*R$ 6.842,76 F. 5.432*
Processo 53/05 Carta 41/05 f. 5.595/5.597	*20/05/2005 f. 5.654*	*R$ 48.025,38 f. 5.654*	*R$ 53.289,17 F. 5654*
Processo 80/05 Carta 67/05 f. 202/205 e f. 5867/5870	*24/06/2005 f. 5.937*	*R$ 12.852,50 f. 5.937*	*R$ 1.958,75 F. 5.937*
Processo 087/05 Carta 70/05 f. 4427/4429	*30/06/2005 f. 4.474*	*R$ 65.748,28 f. 4.474*	*R$ 48.653,28 F. 4474*
Processo 105/05 Carta 85/05 f. 3.431	*22/08/2005 f. 3.437*	*R$ 41.093,24 f. 3.437*	*R$ 11.887,74 F. 3.437*
Processo 112/05 Carta 091/05 f. 3.546/3.548	*05/09/2005 f. 3.602*	*R$ 74.137,64 f. 3.602*	*R$ 45.271,89 F. 3602*
Processo 123/05 Carta 97/05 f. 3.715/3.718	*26/09/2005 f. 3.772*	*R$ 27.036,21 f. 3.772*	*R$ 10.225,54 F. 3.772*
Processo 142/05 Carta 111/05 f. 3.827/3.828	*09/11/2005 f. 3.885*	*R$ 70.750,01 f. 3.885*	*R$ 48.149,21 F. 3.885*
Processo 156/05 Carta 122/05 f. 4.047/4.090	*14/12/2005 f. 4.047*	*R$ 76.703,96 f. 3.975*	*R$ 120,00 F. 4.047*
Total			***R$ 255.597,19***

Logo, o dano ao erário, no caso concreto (fracionamento indevido do objeto da licitação) é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta e houve verdadeiro direcionamento da contratação.

Outrossim, não prospera a pretensão do apelante no sentido de redução da multa civil para o valor de R$ 10.833,09 (dez mil oitocentos e trinta três reais e nove centavos), por entender que este é o dano ao erário, considerando a sentença *ultra petita*.

Como já mencionado, o juiz ao mensurar a sanção da multa civil prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92 deverá levar em conta a gravidade do fato, assim como a extensão do dano causado.

No caso, verifica-se que a base de cálculo adotada pelo magistrado singular a fim de aferir o valor da multa civil está relacionada ao somatório dos contratos em discussão, o que está em perfeita consonância com o comando da Lei.

E mais, o fato do serviço ter sido eventualmente prestado não acarreta na reduzir dos valores aplicados como multa civil, pois não se confunde com o ressarcimento integral do dano. Esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, enquanto aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo.

Destarte, irretocável a sentença do juízo singular.

Recurso de Viasul Materiais para Construção Ltda e Organização Ovídio Ltda

O Ministério Público Estadual afirmou que as empresas Organização Ovídio Ltda e Viasul Material para Construção Ltda foram contratadas para aquisição de materiais de construção, sendo realizadas várias licitações por meio da modalidade convite no decorrer da gestão do então Prefeito Municipal Manoel Roberto Ovídio, que somados importam em R$ 348.438,41 (trezentos e quarenta oito mil, quatrocentos e trinta oito reais e quarenta um centavos). Sustentou que antes de assumir o cargo de Prefeito Municipal, o réu Manoel Roberto Ovídio transferiu suas cotas da empresa Organizações Ovídio Ltda para sua filha.

Acolhida a questão posta pelo *Parquet*, a ré Organização Ovídio Ltda foi condenada a pagar multa civil correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 448.920,02), proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 05 (cinco) anos e indisponibilidade de bens. Outrossim, condenada a ré Viasul Materiais para Construção Ltda ao pagamento de multa civil, correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 106.274,16), proibição de contratar com o poder público pelo prazo de 05 (cinco) anos e indisponibilidade de bens.

Nesta seara recursal, a Organização Ovídio Ltda assevera que não há provas da prática de ato improbo, de atuação conjunta entre o particular e o agente público e dano ao erário. Alude que *"ainda que o contrato seja, em tese, acoimado de ilegalidade, não há como responsabilizar a empresa que participou do certame, pois não auferiu vantagem em detrimento do erário e não causou lesão ao patrimônio, requisitos indispensáveis para a configuração do ato de improbidade administrativa"*. Aponta que houve capitulação indevida das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, na medida que inexiste prática de atos que importem em enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário, de tal sorte que possa falar em pagamento de multa civil e indisponibilidade de bens. Menciona que o simples fato da filha do então Prefeito Municipal ter participado do procedimento licitatório não configura, por si só, improbidade administrativa e ofensa aos princípios constitucionais, assim como defende a ausência de proibição da sociedade constituída por parente de agente ou servidor público celebrar contrato com a Administração.

A ré Viasul Materiais para Construção Ltda aduz que não há provas robustas e concretas de sua atuação conjunta (com dolo ou culpa) na prática do ato improbo, que sequer tinha conhecimento da existência, bem como do benefício econômico e lesão ao patrimônio público. Expõe que *"se o administrador público não*

se atentou para o limite legal previsto na lei que rege a licitação, o terceiro não pode ser prejudicado pelo vício que não conhecia, até porque não há provas nos autos de que a empresa Apelante tenha induzido ou concorrido para o alegado fracionamento de despesa". Sustenta a capitulação indevida das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não houve a prática de atos que importem em enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário, de modo que não há que se falar em pagamento de multa civil e indisponibilidade de bens.

Inicialmente, remeto aos fundamentos descritos no decorrer da presente decisão acerca do fracionamento do procedimento licitatório.

Pois bem, ao compulsar os autos sobressai o flagrante fracionamento do procedimento licitatório com o fito de viabilizar a reiterada realização de convites para empresas ligadas ao ex-Prefeito Manoel Roberto Ovídio ou ao ex-Secretário Municipal de Administração Ailton Luciano dos Santos, as quais, por diversas vezes, sagraram-se vencedoras, em total desrespeito ao § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 e ao limite legal de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) permitido para a modalidade de convite, nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 23 da referida Lei.

Destaco que a empresa Organização Ovídio Ltda tinha como sócia a filha do Ex-Prefeito Municipal, enquanto a empresa Viasul – Material para Construção Ltda tinha como sócia a filha do Ex-Secretário de Administração, Ailton Luciano dos Santos.

Durante a gestão do então Prefeito Manoel Roberto Ovídio ocorreram sete contratações com a empresa Organização Ovídio Ltda e três com a empresa Viasul - Material para Construção Ltda, por meio de licitação na modalidade convite.

Em relação ao tópico, cito trecho da decisão do juízo a quo:

> *"[...] Analisando apenas 03 (três) dos certames em que a empresa embargante participou, relativos ao ano de 2005, no qual ocorreu o fracionamento ilegal apontado na sentença, verifica-se que a embargante participou dos seguintes certames:*

Procedimento licitatório - Carta convite	*Data da Homologação*	*Valor Homologado*	*Valor recebido pela empresa Viasul*
Processo 106/05 Carta 87/05 f. 2.681/2.683	*25/08/2005 f. 2.749*	*R$ 54949,79 f. 2.749*	*R$ 42.552,82 F. 2749 e 10.270*
Processo 121/05 Carta 96/05 f. 1.008/1.010	*21/09/2005 f. 1.039*	*R$ 15.280,60 f. 1.039*	*R$ 3.477,60 F. 1.039*
Processo 133/05 Carta 104/05 f. 2.910/2.913	*21/10/2005 f. 2.988*	*R$ 71.375,91 f. 2.988*	*R$ 7.106,66 F. 2.988 e 10.271*
TOTAL		***R$ 141.606,30***	*R$ 53.137,08*

> *Veja que a empresa participou de 03 (três) certames no ano de 2005, os quais totalizaram o valor de R$ 141.606,30 (cento e quarenta e um mil seiscentos e seis reais*

e trinta centavos), montante superior ao limite legal, sendo evidente a existência de fracionamento indevido.

Ocorre que o valor total dos contratos foi distribuído entre várias empresas e tal fato não foi levado em consideração na sentença.

A empresa Viasul portanto participou de fracionamento ilegal, na medida em que os três certames em que fez parte superaram o limite de R$ 80.000,00 (oitenta mil) dentro do ano de 2005, sendo correta a condenação ao ato de improbidade indicado na sentença.

Por outro lado, entendo que a base de cálculo da multa fixada em face da empresa deve limitar-se ao faturamento por ela auferido nos três certames. Assim, observo que do valor total dos três certames, que atingiu R$ 141.606,30 (cento e quarenta e um mil seiscentos e seis reais e trinta centavos), a empresa embargante recebeu somente o valor de R$ 53.137,08 (cinquenta e três mil cento e trinta e sete reais e oito centavos).

Neste raciocínio, considerando as balizas fixadas na sentença, que arbitrou a multa em duas vezes o valor do dano, a sanção deve ser fixada em R$ 106.274,16 (cento e seis mil duzentos e setenta e quatro reais e dezesseis centavos)

Como consequência lógica desse raciocínio, entendo que a multa fixada em face das Organização Ovídio Ltda também deve ser limitado ao valor recebido em cada certame indicado na sentença.

A empresa Organização Ovídio Ltda participou dos seguintes certames:

Procedimento licitatório - Carta convite	*Data da Homologação*	*Valor Homologado*	*Valor recebido pela empresa Organização Ovídio Ltda*
Processo 46/05 Carta 34/05 f. 2.119/2.121	*31/03/2005 f. 2.188*	*R$ 50.944,84 f. 2.188*	*R$ 34.882,35 F. 2.188*
Processo 60/05 Carta 48/05 f. 2.372/2.374	*29/04/2005 f. 2.445*	*R$ 40.370,62 f. 2.445*	*R$ 24.198,97 F. 2.445 F. 10.268*
Processo 86/05 Carta 69/05 f. 2.553/2.555	*30/06/2005 f. 2.616*	*R$ 65.303,02 f. 2.616*	*R$ 40.553,91 F. 2.616 F. 10.269*
Processo 106/05 Carta 87/05 f. 2.681/2.683	*25/08/2005 f. 2.749*	*R$ 54.949,79 f. 2.749*	*R$6.250,27 F. 2.749 F. 10.270*
Processo 133/05 Carta 104/05 f. 2.910/2.913	*21/10/2005 f. 2.988*	*R$ 71.375,91 f. 2.988*	*R$29.578,90 F. 2.988 F. 10.271*
Processo 147/05 Carta 115/05	*16/11/2005 f. 3.181*	*R$ 58.209,20 f. 3.181*	*R$ 42.632,70 F. 3.181 F. 10.272*

Processo 159/05 Carta 124/05 f. 3.254/3.256	*26/12/2005 f. 3.317*	*R$ 72.449,76 f. 3.317*	*R$ 46.362,91 F. 3.317 F. 10.273*
TOTAL			***R$ 224.460,01***

> *Considerando as balizas fixadas na sentença, a multa deve ser fixada em R$ 448.920,02 (quatrocentos e quarenta e oito mil novecentos e vinte reais e dois centavos)" (f. 10976/10977).*

É patente o ilegal fracionamento licitatório, como visto ao longo deste julgado, sendo prática usual da municipalidade fragmentar as compras, no caso específico de material de construção, eternizando assim a modalidade licitatória da carta convite, onde normalmente são convidadas a Organização Ovídio Ltda (da filha do Ex-Prefeito) e a Viasul (da Filha do Secretário de Administração) e sempre uma delas, ou as duas, sagravam-se vencedoras.

Ressalto que a conduta improba das empresas apelantes restou acolhida, assim como o ressarcimento dos danos nos autos da ação popular n° 0003374-53.2006.8.12.0018.

Sendo assim, está configurado, pelas provas carreadas aos autos, grave ofensa ao procedimento licitatório (art. 10, VIII, LIA) e aos princípio da administração pública (art. 11, *caput*, LIA).

O elemento subjetivo dos envolvidos é evidente, sendo inquestionável o ilegal fracionamento do procedimento licitatório.

O prejuízo ao erário, na espécie é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta e houve verdadeiro direcionamento da contratação. O dano à Administração Pública decorre da própria contratação irregular em si, e não somente da diferença de preço, ou da ausência da prestação de serviço. Oportuno mencionar que esta matéria já foi examinada no decorrer da presente decisão, reportando aos comentários nela anteriormente descritos.

Por derradeiro, ao contrário do alegado pelos apelantes, não há qualquer irregularidade no enquadramento da conduta como ímproba, já que presente a lesão ao patrimônio público e ofensa aos princípios da administração pública, em especial o da impessoalidade, como já mencionado no decorrer desta decisão, de sorte que o ressarcimento integral do dano é medida que se impõe, em conformidade com o art. 12, incisos II e III, da Lei nº 8.437/92.

Portanto, é de rigor a manutenção da sentença objurgada.

Recurso de Auto Posto Ferreira & Filho Ltda

O Ministério Público Estadual sustentou a contratação da empresa Auto Posto Ferreira & Filho Ltda para aquisição de combustíveis, por meio de convite em dois certames consecutivos no valor global de R$ 138.800,00 (cento e trinta e oito mil e oitocentos reais). Aduziu que um mês antes da contratação, o então Secretário Municipal de Administração, Ailton Luciano dos Santos, alienou as cotas da sobredita empresa à pessoa de José Nilson de Queiroz, o qual era sócio da filha do referido réu na Empresa Viasul Material para Construção Ltda, sendo o negócio praticado com intuito fraudulento.

O réu Auto Posto Ferreira & Filho Ltda foi condenado a pagar multa civil correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 277.600,00), proibido de contratar com o poder público pelo prazo de 05 (cinco) anos e indisponibilidade de bens.

Em razões recursais, diz que é exigido o elemento subjetivo do agente público para subsunção de sua conduta aos tipos descritos na Lei 8.429/92, assim como a adesão ilícita e imoral do particular através de conexão entre ambas as condutas, o que não está presente. Menciona a inexistência de dano ao patrimônio público para configuração do ato improbo. Aponta que houve capitulação indevida das condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, na medida que inexiste prática de atos que importem em enriquecimento ilícito e que causem prejuízo ao erário, de tal sorte que possa falar em pagamento de multa civil e indisponibilidade de bens.

Sem razão o recorrente.

De início, reporto aos fundamentos descritos acerca do fracionamento do procedimento licitatório, pois se está novamente diante de tal situação.

In casu, pelos documentos acostados aos autos restou demonstrada a realização de dois procedimentos licitatórios consecutivos nos meses de fevereiro e março de 2005 (f.1712/1740, 1893/1926), na modalidade carta convite para aquisição de combustível, que somados importam no montante de R$ 138.800,00 (cento e trinta e oito mil e oitocentos reais).

Evidencia-se que houve o fracionamento do procedimento licitatório vedado pelo § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 e em afronta ao limite legal da alínea "a" do inciso II do art. 23 da Lei.

A respeito, eis os fundamentos adotados pelo magistrado:

> *"[...]*
>
> *Sustentou o Ministério Público que a empresa Auto Posto Ferreira & Filho Ltda foi contratada por meio da modalidade convite em dois certames consecutivos, no valor total de R$ 138.800,00 (cento e trinta e oito mil e oitocentos reais), com afronta à Lei de Licitações, que estabelece a modalidade de tomada de preço.*
>
> *Como dito no item anterior, restando comprovado que os valores superaram o limite legal anual previsto para a modalidade de convite, qual seja R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), nos termos da alínea "a" do inciso II do artigo 23 da Lei de Licitações, resta evidente o fracionamento ilegal do procedimento licitatório.*
>
> *No caso, restou demonstrada a realização de dois certames consecutivos, no mesmo ano (2005), na modalidade carta convite, para aquisição de combustível, que somaram o valor de R$ 138.800,00 (cento e trinta e oito mil e oitocentos reais), superior ao limite legal. Veja-se:*

Procedimento Licitatório – Carta Convite	*Data da Homologação*	*Valor homologado*	*Notas de empenho*
Processo 029/05 Carta 22/05 f. 1.712/1.715	*01/03/2005 f. 1.740*	*R$ 69.100,00 f. 1.740*	*f. 1.744/1.756 e 1.764/1.888*
Processo 47/05 Carta 35/05 f. 1.895/1.897	*04/04/2005 f. 1.926*	*R$ 69.700,00 f. 1.926*	*f. 1.930/2.110*

> *Diante disso, comprovado o fracionamento ilegal do procedimento licitatório para utilização de modalidade diversa da prevista em lei, resta evidente o ato ímprobo, capitulado no artigo 10, VIII e 11 da Lei 8429, de acordo com os fundamentos invocados no item 2 retro" (f. 10767/10768).*

Ademais, verifico que o sócio da empresa apelante, Ailton Luciano dos Santos, transferiu suas cotas para José Nilson de Queiroz (sócio da filha de Ailton Luciano na empresa Via Sul), e assumiu o cargo de Secretário de Administração do Município de Paranaíba (f. 6738/6744). Logo após sua saída, a empresa participou do processo licitatório aberto pela municipalidade e sagrou-se vitoriosa no certame.

Diante da circunstância fática exposta, a conduta improba e o elemento subjetivo dos envolvidos é inconteste, pois, como visto ao longo deste julgado, era prática usual da municipalidade fragmentar as compras, no caso específico de combustível, eternizando assim a modalidade licitatória da carta convite, onde normalmente eram convidadas os mesmos participantes e a empresa apelante sagrava-se vencedora.

Vale anotar que a conduta improba da empresa apelante também foi acolhida, assim como o ressarcimento dos danos nos autos da ação popular n° 0003374-53.2006.8.12.0018.

Logo, está configurado, pelas provas carreadas aos autos, grave ofensa ao procedimento licitatório e aos princípio da administração pública.

O prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento indevido do procedimento licitatório), é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta e houve verdadeiro direcionamento da contratação. O dano à Administração Pública decorre da própria contratação irregular em si, e não somente da diferença de preço, ou da ausência da prestação de serviço. Oportuno mencionar que esta matéria já foi examinada, reportando aos comentários descritos no decorrer desta decisão.

Por fim, ao contrário do alegado pela empresa apelante, a conduta improba foi adequadamente enquadramento pelo juízo de primeiro grau, já que presente a lesão ao patrimônio público e ofensa aos princípios da administração pública, de sorte que o ressarcimento integral do dano é medida que se impõe, em conformidade com o art. 12, incisos II e III, da Lei nº 8.437/92.

Destarte, não comporta reforma a sentença recorrida.

f) Recurso de Manoel Roberto Ovídio

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública imputando ao Ex-Prefeito Municipal Manoel Roberto Ovídio a prática de improbidade administrativa, sob o fundamento de que o agente público efetuou diversas irregularidades na gestão municipal relacionados a contratação de serviços médicos sem licitação, fracionamento ilegal de procedimento licitatório para aquisição de produtos alimentícios, combustíveis, material de construção e ilegal inexigibilidade de licitação para contratação de serviços jurídicos especializados.

A ação movida foi julgada procedente para o fim de condenar o réu Manoel Roberto Ovídio a pagar multa civil correspondente a duas vezes o valor do dano ao erário (R$ 2.919.125,80), perda da função publica e a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, com a indisponibilidade dos bens.

Insatisfeito, apela afirmando que não há dano ao erário, haja vista que as contratações realizadas eram compatíveis com o preço de mercado e *"houve efetiva entrega das mercadorias adquiridas e serviços prestados ao Município"*. Afirma, ademais, que não existe conduta dolosa ou culposa do agente público. Tece considerações acerca das contratações realizadas, sustentando não ter praticado nenhumas das condutas alencadas nos art. 10 e 11 da Lei 8.429/92. Reverbera que as condenações por improbidade administrativa

cometidas com base no art. 11, que no caso foram duas (contrato com a empresa Clínica Pró-Imagem Alta Resolução – ME; contrato com a empresa Organização Ovídio Ltda), não devem compor a base de cálculo da multa civil, que no caso foi a mera somatória dos valores do contratos, haja vista que não causam lesão ao patrimônio e nem enriquecimento indevido. Assevera que já foi aplicada a pena de ressarcimento do dano na Ação Popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018, razão pela qual não pode ser considerado para fins da base de cálculo da multa civil. Sustenta que a sentença é ultra petita, porquanto o membro do *Parquet* reconheceu a inexistência de dano com relação a contratação das empresas Drogaria Munhoz Ltda, Drogaria Mercúrio Ltda, Drogaria Castilho Ltda, Queiroz e Guimarães Ltda e Eduardo Grande Cunha para aquisição de medicamentos, de modo que não cabe a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Como já mencionado no decorrer desta decisão, os atos de improbidade descritos na exordial restaram sobejadamente demonstrados, havendo robustas provas nos autos de que o apelante ordenou as despesas municipais em desrespeito às normas licitatórias e princípios da administração pública, mediante fracionamento indevido da licitação, valendo-se da modalidade menos complexa e competitiva, o convite, com o propósito de direcionar a contratação. Pela apuração realiza nestes autos e também na ação popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018, instaurou-se no Município de Paranaíba a reiterada prática de atos que ofendem os princípios da administração pública, com o propósito de causar dano ao erário, privilegiando agentes públicos e empresários no decorrer da gestão do então prefeito Municipal. Ainda, ficou patente a contratação de serviços advocatícios e exames médicos sem procedimento licitatório, porquanto não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação.

A respeito, transcrevo o parecer da Procuradoria de Justiça;

> *"[...] Atuando na função de ordenador de despesas do município, o então Prefeito de Paranaíba, frustrou a licitude dos processos licitatórios em virtude de fracioná-los, com a consequente manipulação dos certames, buscando esconder a ilegalidade ao dividir uma aquisição necessária em diversas menores, o que lhe permitiu a escolha do procedimento desejado: a Carta Convite. Tal conduta ocorreu mais de uma vez, e beneficiou as mesmas empresas repetidamente, inclusive, a empresa que sua filha administrava.*
>
> *Nos termos do pronunciamento do magistrado a quo, o réu autorizou o pagamento, sendo por elas responsável, assinando as notas de empenho constantes às f. 2.195/2369; 2.452/2543; 2622/2638; 2756/2896; f. 1042; f. 2997/3317; f. 3187/3244; 3325/3378; f. 3445/3539; 3610/3707; 3787/3821; 3893/3961; 4047/4090; f. 5587; f. 4800/4988; f. 5040/5062; f. 5168/5351; f. 5442/5524; f. 5945/5990; f. 4481/4597." (f. 11303/11304)*

O elemento subjetivo do apelante para subsunção de sua conduta aos tipos previstos no art. 10, VIII, e art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92 está perfeitamente configurado. Ademais, a conduta improba e o ressarcimento dos danos foram acolhidas nos autos da ação popular n° 0003374-53.2006.8.12.0018.

No que diz respeito à ausência de dano ao erário, o Superior Tribunal de Justiça entende que *"o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e consequente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)"* (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012).

E, o fato do serviço ter sido prestado não é suficiente para afastar o prejuízo ao erário.

Outrossim, não prospera a alegação do apelante que as condenações por improbidade administrativa cometidas com base no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não compõem a base de cálculo da multa civil, por não causarem lesão ao patrimônio e enriquecimento indevido.

Isso porque, a Corte Cidadão assentou que para o enquadramento das condutas do art. 11 da Lei n. 8.429/92, não é necessária a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – SÚMULA 284/STF – EX-PREFEITO – APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 – COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967 – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA – SÚMULA 7/STJ. [...] 6. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o ato de improbidade por lesão aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.249/1992), independe de dano ou lesão material ao erário. [...]" (REsp 1119657/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 30/09/2009)*

Ainda, diverso do afirmado pelo apelante, a base de cálculo adotada pelo magistrado singular para aferir o valor da multa civil não levou em consideração o ressarcimento do dano ao erário fixado em sentença prolatada na ação popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018, mas sim os contratos em testilha e a gravidade dos fatos narrados (art. 12 da Lei 8.429/92). Não há ofensa a coisa julgada.

Além disso, a perícia judicial realizada em liquidação a sentença prolatada na ação popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018 reafirmou a presença do dano ao erário e ainda ressaltou que *"em busca de verificar a efetivação de entrega dos produtos e prestação de serviços [...] a grande maioria das notas não apresentaram qualquer indício de entrega"* (f. 268 - autos nº 0803684-11.2015.8.12.0018)

Insta anotar que multa civil não se confunde com o ressarcimento integral do dano, pois esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, enquanto aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo. Confira:

> *"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SANÇÕES – CONDENAÇÃO CUMULATIVA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO – NATUREZA DIVERSA. [...] 3. A multa civil não se confunde com a penalidade de ressarcimento integral do dano, pois possui natureza jurídica diversa. Enquanto esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1122984/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 09/11/2010)*

Por fim, a sentença não é ultra petita, na medida que as empresas Drogaria Munhoz Ltda, Drogaria Mercúrio Ltda, Drogaria Castilho Ltda, Queiroz e Guimarães Ltda e Eduardo Grande Cunha sequer fizeram parte da presente ação civil pública e tais fatos não estão abarcados na condenação imposta nestes autos. Enfatizo que o valor da multa civil refere-se ao somatório dos contratos celebrados que causaram prejuízo ao erário e atentaram contra os princípios da administração pública.

Destarte, não merece reparo a sentença apelada.

Ante o exposto, conheço dos recursos e com o parecer, rejeito as preliminares e, no mérito, nego-lhes provimento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Fernando), após o relator rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso. o 2º vogal aguarda.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1° Vogal)

Na sessão de julgamento realizada no dia 21.11.2017, o insigne Relator, Des. Eduardo Machado Rocha, conheceu dos recursos, negando-lhes provimento. Diante da importância da causa, pedi vista dos autos para que pudesse melhor analisar as questões devolvidas à apreciação deste Órgão Colegiado.

Quanto à prefacial de nulidade da sentença por ofensa ao princípio da correção, como bem pontuado no voto condutor, em tratando de ação para apuração de atos de improbidade administrativa, o julgador não fica vinculado à capitulação descrita na exordial, mas sim aos fatos imputados que serão objeto de defesa, razão pela qual deverá verificar se os fatos alegados se subsumem à norma, caracterizados ato de desonestidade.

No caso concreto, o magistrado a quo reconheceu a prática de fracionamento indevido de processo licitatório e ofensa aos princípios da administração pública, situações que se encaixam com perfeição às previsões dos artigos 10, VI e 11, *caput,* da Lei 8.429/92, defendo ser rechaça a preliminar.

Também não há se falar em ofensa à coisa julgada em razão das questões aqui debatidas terem sido objeto de julgamento nos autos da Ação Popular n. 0003374-53.2006.8.12.0018. Veja-se, naqueles o objeto era o ressarcimento do erário, mediante a restituição dos valores dos contratos decorrentes de licitações fraudulentas.

Tanto que a sentença condenou o apelante, solidariamente ao então Prefeito Municipal Manoel Ovídio, à devolução da quantia de R$ 138.800,00, diante do reconhecimento de que a participação do posto no processo licitatório ofendeu aos princípios da moralidade, impessoalidade e probidade administrativa, sendo que na apelação cível, julgada por este Colegiado em 23.11.2009, foi determinado que o valor a ser restituído aos cofres públicos não seria o da integralidade do contrato, objeto da licitação fraudulenta, mas sim o prejuízo apurado por perícia técnica.

Vejamos:

> *Entendo que a sentença deve ser reformada nessa parte, tendo em vista que as licitações foram fraudulentas, com aplicação de valores que podem não refletir o preço real das mercadorias entregues, podendo até mesmo estarem superfaturadas, razão pela qual, condenar os responsáveis pela devolução do valor integral constante nas notas fiscais poderia acarretar enriquecimento ilícito ao município.*
>
> *As provas dos autos não contemplam a entrega de toda a mercadoria e serviços objeto dos contratos.*
>
> *Dessa forma, em atenção ao que dispõe o art. 14 da Lei n. 4.717/65, deve o valor da lesão ser apurado por perícia na fase de execução de sentença, verbis:*
>
> *(...)*

> *a) dou parcial provimento aos recursos interpostos por Supermercado Baixinho Ltda - EPP, Organização Ovídio Ltda, Auto Posto Ferreira &&amp Filho Ltda, Viasul - Material para Construção Ltda – ME, Manoel Roberto Ovídio e Pró Imagem de Alta Resolução Ltda – ME para o fim de, reformando a sentença, condená-los a restituírem aos cofres públicos os valores que serão apurados por perícia, na fase de execução, atendidos os parâmetros da sentença e deste acórdão.*

A seu turno, nestes o Ministério Público busca a condenação do apelante ao pagamento de multa civil pela prática dos atos ímprobos. Dessa forma, considerando que o pedido é diverso, não há se falar em coisa julgada.

Igualmente não há se falar em cerceamento de defesa quando o julgador analisou as provas dos autos, dando ao feito a solução que entendeu adequada.

Não há se falar que a lei de improbidade administrativa não se aplica aos agentes políticos, consoante já pacificado perante as Cortes Superiores, razão pela qual resta afastada a prefacial de ilegitimidade passiva aventada pelo então Prefeito Municipal, Manoel Roberto Ovídio.

Quanto ao mérito do recurso, devidamente comprovados os atos de improbidade administrativa que foram imputados aos requeridos.

Contudo, após análise minuciosa dos autos, hei por bem em pedir vênia ao ilustre Relator, para divergir com relação à multa civil, para adotar o mesmo parâmetro já definido por este Colegiado nos autos da Ação Popular n. 0003374-53.2006.8.12.0018, qual seja, que os valores sejam apurados em perícia.

Isso porque, em autor onde se apura atos de improbidade administrativa, no qual, o valor da multa civil, como bem pontua Rita Tourinho, *"deverá levar em consideração a gravidade do fato, avaliada não somente pelos prejuízos patrimoniais causados, mas também pela natureza do cargo, das responsabilidades do agente, do elemento subjetivo, da forma de atuação, dos reflexos do comportamento ímprobo na sociedade e todos os demais elementos informativos colocados à disposição do julgador"*[1].

Mas não é só. Prossegue a doutrinadora esclarecendo a necessidade de observar também as condições do causador do dano, sob pena de se tornar inócua:

> *"É também, de suma importância a capacidade econômico-financeira do agente público. Com efeito, a multa civil deve condizer com a real situação patrimonial de quem recebe a penalidade, uma vez que se tornará inócua tanto se excessiva como se irrisória".*[2] *(TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa, ação de improbidade & controle principio lógico. Curitiba: Juruá, 2004, p. 145)*

O Superior Tribunal de Justiça já o posicionamento de que no campo sancionatório, a interpretação deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição.

A propósito:

> *"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SANÇÕES – CONDENAÇÃO CUMULATIVA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE*

1 TOURINHO, Rita. Discricionariedade administrativa, ação de improbidade & controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2004, p. 145

2 Ob. Cit., p. 145

E PROPORCIONALIDADE – MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO – NATUREZA DIVERSA. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, "a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente". Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ser aplicadas cumulativas ou não (...)". (STJ – AgRg no REsp 1122984/PR. Rel.: Min. HUMBERTO MARTINS. Segunda Turma. Julg.: 21/10/2010)

"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – LEI 8.429/92 (...) 9. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ (...) 12. O juiz deve observar para realizar a dosimetria da pena critérios como a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, à luz do princípio da proporcionalidade (...)". (STJ – REsp 713.537/GO. Rel.: Min. LUIZ FUX. Primeira Turma. Julg.: 23/10/2007)

In casu, considerando os bens jurídicos violados, a gravidade dos atos de improbidade administrativa praticados pelos recorrentes – que importaram em perda patrimonial e/ou malbarateamento, frustração à licitude de processo licitatório e ofensa contra os princípios da Administração Pública –, o magistrado entendeu cabível, dentre outras sanções, a imposição de uma multa civil.

Ao fixar o montante da sanção pecuniária, o julgador assim se posicionou:

"(...) b) condenar os réus Manoel Roberto Ovídio, Guilherme Bucalem, Pró-Imagem de Alta Resolução-ME, Supermercado Baixinho Ltda-EPP, Auto Posto Ferreira & Filho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Viasul Materiais para Construção Ltda e B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços LTDA a pagarem, a título de multa civil, o equivalente a 02 (duas) vezes o valor do dano ao erário, que deverá ser calculado com base no valor dos contratos ilegais pelos quais devem ser responsabilizados, observando-se as seguintes balizas:

b.1) o réu Manoel Roberto Ovídio deverá pagar multa civil no valor de R$ 2.919.125,80 (dois milhões, novecentos e dezenove mil, cento e vinte e cinco reais e oitenta centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação nos quais interveio, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.2) o réu Guilherme Bucalem deverá pagar multa civil no valor de R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que beneficiaram a ré Pró-Imagem Alta Resolução ME, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.3) a ré Pró-Imagem Alta Resolução ME deverá pagar multa civil no valor de R$ 384.000,00 (trezentos e oitenta e quatro mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que a beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.4) o réu Supermercado Baixinho Ltda -EPP deverá pagar multa civil no valor de R$ 724.759,78 (setecentos e vinte e quatro mil setecentos e cinquenta e nove reais e setenta e oito centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que o beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.5) o réu Auto Posto Ferreira & Filho Ltda deverá pagar multa civil no valor de R$ 277.600,00 (duzentos e setenta e sete mil e seiscentos reais), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que o beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.6) a ré Organizações Ovídio Ltda deverá pagar multa civil no valor de R$ 448.920,02 (quatrocentos e quarenta e oito mil novecentos e vinte reais e dois centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que a beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.7) a ré Viasul Materiais para Construção Ltda deverá pagar multa civil no valor de R$ 106.274,16 (cento e seis mil duzentos e setenta e quatro reais e dezesseis centavos), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que a beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

b.8) a ré B&S Consultoria, Assessoria Empresarial, Comércio e Serviços LTDA deverá pagar multa civil no valor de R$ 443.300,00 (quatrocentos e quarenta e três mil e trezentos reais), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde o efetivo desembolso dos valores pagos pelo Município de Paranaíba pelos contratos reconhecidos como ilegais na fundamentação desta ação que a beneficiaram, nos termos das súmulas 43 e 54 do STJ;

(...)".

Como logo se percebe, ao delimitar a multa civil o sentenciante entendeu como razoável e proporcional *"o equivalente a 02 (duas) vezes o valor do dano ao erário, que deverá ser calculado com base no valor dos contratos ilegais"*.

Ocorre que nos autos da Ação Popular nº 0003374-53.2006.8.12.0018, ajuizada pelo cidadão Paulo Henrique Cançado Soares em face dos mesmos recorrentes, onde foram apurados os mesmo fatos aqui discutidos – naquela houve apenas pleito de restituição dos valores, enquanto nestes o objeto é a multa civil -, esta Câmara, na sessão de julgamento do dia 23.11.2010, por unanimidade, reconheceu a ocorrência de *"esquema fraudulento nos processo licitatórios"*, mantendo a condenação dos requeridos à restituição dos prejuízos causados aos cofres públicos.

Entrementes, entendeu pela necessidade de prévia apuração do *quantum debeatur* em sede de liquidação de sentença, uma vez que o prejuízo causado não era o valor da integralidade dos contratos, mas sim aquilo que comprovadamente foi superfaturado ou não entregue.

Eis, a propósito, o teor do voto condutor, da lavra do saudoso Des. Rubens Bergonzi Bossay, relator daqueles autos:

> *"(...) Destarte, comprovado o esquema fraudulento nos processos licitatórios, a condenação das apelantes é medida que se impõe.*
>
> *(...) as licitações foram fraudulentas, com aplicação de valores que podem não refletir o preço real das mercadorias entregues, podendo até mesmo estarem superfaturadas, razão pela qual, condenar os responsáveis pela devolução do valor integral constante nas notas fiscais poderia acarretar enriquecimento ilícito ao município.*
>
> *As provas dos autos não contemplam a entrega de toda a mercadoria e serviços objeto dos contratos.*
>
> *Dessa forma, em atenção ao que dispõe o art. 14 da Lei n. 4.717/65, deve o valor da lesão ser apurado por perícia na fase de execução de sentença, verbis:*
>
> *"Se o valor da lesão ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução."*
>
> *Assim, levando em consideração que o esquema fraudulento no processo licitatório gerou lesão ao município, devem os responsáveis ser condenados a restituir ao município os valores que serão apurados por perícia, em observância aos fundamentos da sentença e deste acórdão.*
>
> *Deixo consignado ainda, para a fase de execução, que o valor das mercadorias constantes nas notas fiscais, que foram devidamente recebidas pelo Departamento do Almoxarifado e Suprimentos, isto é, carimbadas e recibadas pelo servidor responsável, deverá ser abatido do valor da condenação (...)".*
>
> *Pelo exposto, e em parte com o parecer, conheço dos recursos, rejeito as preliminares, nego provimento aos agravos retidos e, no mérito:a) dou parcial provimento aos recursos interpostos por Supermercado Baixinho Ltda -EPP, Organização Ovídio Ltda, Auto Posto Ferreira & Filho Ltda, Viasul -Material para Construção Ltda –ME, Manoel Roberto Ovídio e Pró Imagem de Alta Resolução Ltda –ME para o fim de, reformando a sentença, condená-los a restituírem aos cofres públicos os valores que serão apurados por perícia, na fase de execução, atendidos os parâmetros da sentença e deste acórdão".*

Na oportunidade, atuando como revisor, endossei o posicionamento do relator, assentando o seguinte:

> *"(...) Os acertos do provimento combatido, entretanto, não afastam a necessidade de alguns reparos em outros aspectos.*
>
> *Neste sentido, como bem observado pelo E. Relator, merecem parcial provimento os recursos interpostos por Supermercado Baixinho Ltda, Organização Ovídio Ltda, Auto Posto Ferreira e Filho Ltda, Viasul, Manoel Roberto Ovídio e Pró Imagem. De fato, não obstante esteja caracterizado o dever de indenizar os cofres públicos, há que se reconhecer que houve entrega de mercadorias ao Município e, neste contexto, a indenização integral dos valores contratados implicaria em locupletamento indevido da municipalidade.*
>
> *Revela-se adequada, portanto, a apuração por perícia em liquidação de sentença, dos valores a serem restituídos, atendidos os parâmetros fixados na sentença e neste acórdão (...).*

Nessa mesma linha de raciocínio foi o posicionamento externado pelo preclaro Des. Marco André Nogueira Hanson:

> *"(...) Portanto, com efeito, o brilhante voto da lavra do eminente Desembargador Relator está de acordo com a técnica do instituto da ação popular, pois o binômio ilegalidade-lesividade foi delineado nos autos e, por isso, adoto integralmente sua fundamentação. Por fim, a remessa das partes à fase de liquidação à luz do ordenamento não significa que os ilícitos cometidos não geraram algum dano ao erário (...)".*

Veja-se, portanto, que ao apreciar a mesma situação aqui retratada, esta Câmara concluiu pela ocorrência de irregularidades nas licitações combatidas, inclusive condenando os recorrentes a restituírem o município pelos danos causados, tanto que nestes, o julgador singular confirmou a similitude entre os contratos, deixando de condenar os recorrentes à devolução dos respectivos valores, sob os seguintes fundamentos:

> *"(...) Quanto ao ressarcimento dos cofres públicos pelos danos ao erário, assinalo que tal exigência legal não se caracteriza como uma pena, mas mera aplicação do princípio do neminem laedere, que impõe a qualquer pessoa que ofenda outra o dever de indenizá-la.*
>
> *Importante mencionar que os réus já foram condenados ao ressarcimento aos cofres públicos, pelos contratos discutidos nestes autos, nos autos da ação popular de n. 018.06.003374-3, de modo que abstenho-me de decretar nova condenação nesse sentido, a fim de evitar o bis in idem (...)".*

Especificamente em relação ao valor do prejuízo causado ao erário, este Órgão Fracionário foi expresso ao delimitar que tal obrigação não poderia corresponder ao valor integral dos contratos/notas fiscais, sob pena de enriquecimento ilícito do município, motivo pelo qual determinou a apuração do *quantum debeatur* em sede de liquidação de sentença.

Nesse cenário, sobressai evidente que ao fixar o valor da multa civil com base no montante integral dos contratos firmados com malferimento à regra da licitação, o julgador foi de encontro à decisão prolatada por esta Câmara Julgadora que foi clara no sentido de que o prejuízo causado ao erário não pode corresponder àquela quantia sob pena de enriquecimento indevido.

Por consequência lógica, ao estipular a multa civil no montante equivalente *"a 02 (duas) vezes o valor do dano ao erário"* não podia o julgador fixar como *"valor do dano ao erário"* a integralidade dos contratos combatidos. Ao assim agir, vilipendiou o postulado da coisa julgada.

A propósito, sobre a coisa julgada, esclarecedoras se mostram as lições do mestre FREDIE DIDIER JÚNIOR, para quem:

> *"A coisa julgada produz os seguintes efeitos: Positivo, porque determina que a lide já decidida e transitada em julgado, retornando à análise em processo incidental, não poderá ser julgada de modo diverso daquele decidido no processo e principal e, por outro lado, porque a coisa julgada induz à vinculação do julgador ao que fora decidido na causa anterior já atingida pela autoridade da coisa julgada, isto é, a coisa julgada, nos processo seguintes, deve ser considerada em julgamentos posteriores; Negativo, impedindo que a questão principal seja novamente julgada em outro processo principal; Preclusivo, porque a partir do transito em julgado surge o impedimento de que se discuta ou aprecie quaisquer questões que possam influir na decisão judicial, ainda que estas não tenham sido examinadas pelo julgador. (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual*

> *Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: "Jus Podvium", 2007, na p. 493).*

Em observância à estabilidade das relações jurídicas, todas as questões que as partes poderiam suscitar têm-se como deduzidas e decididas com a superveniência do trânsito em julgado da sentença, o que se denomina efeito preclusivo da coisa julgada.

Tal orientação, em verdade, decorre da simples leitura da primeira parte do art. 505 do CPC, que assim dispõe *in litteris*:

> *"Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide (...)".*

Em comentários ao instituto jurídico em questão, Costa Machado esclarece que:

> *"Este artigo, em sua parte inicial, apenas explicita a repercussão concreta no mundo jurídico da coisa julgada material (ou imutabilidade dos efeitos naturais da sentença), que é a impossibilidade de o juiz da causa, ou outro qualquer, voltar a apreciar o pedido já decidido relativamente a certa lide (...)". (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10ª ed., SP: Manole, p. 570).*

Assim, no caso, se a decisão proferida por este Órgão Colegiado na Ação Popular n.º 0003374-53.2006.8.12.0018 foi expressa no sentido de que o valor do prejuízo causado ao erário não pode corresponder ao valor integral dos contratos/notas fiscais, sob pena de enriquecimento ilícito do município, é evidente que não poderia o magistrado proceder nova análise do tema, sequer decidindo contrariamente, pois a conclusão lá exarada, com o trânsito em julgado, tornou-se inalterável.

Destaca-se, ainda, que já há liquidação por arbitramento (0803684-11.2015.8.12.0018) em trâmite naquela demanda popular n. 0003374-53.2006.8.12.0018.

Diante do acima exposto, a multa civil deve levar em consideração o valor do dano apurado por perícia nos autos da liquidação por arbitramento n. 0803684-11.2015.8.12.0018, em trâmite nos autos n. 0003374-53.2006.8.12.0018.

Ex positis, renovando vênias ao preclaro Relator, divirjo em parte do voto condutor, para determinar que a multa civil incida sobre o valor do prejuízo que os requeridos efetivamente causaram ao erário, consoante decidido por esta Câmara na Ação Popular n.º 0003374-53.2006.8.12.0018 e apurado nos autos da liquidação por arbitramento n. 0803684-11.2015.8.12.0018.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2° Vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (3° Vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, rejeitaram as preliminares. Por maioria e contra o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que lhe negava provimento. Na forma do artigo 942 § 1º do CPC, convocou-se o 3º vogal, que acompanhou a divergência, totalizando 3 x 1, o que torna desnecessária a convocação de novo membro, para garantir a possibilidade da inversão do resultado.

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. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0026688-69.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL CONSTRITO EM EXECUÇÃO FISCAL ESTADUAL – RESISTÊNCIA DO CREDOR EM SEDE DE EMBARGOS DE TERCEIRO – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE AFASTADO – APLICÁVEL O PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA QUE RESTOU VENCIDO O ENTE ESTATAL– INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – VERBA HONORÁRIA DEVIDA PELO APELADO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PROVIDO.

Embora a ação de embargos de terceiro fora ajuizada por dependência à execução fiscal por ausência de registro no cartório imobiliário competente referente à transferência do imóvel penhorado adquirido em momento anterior à existência do débito por instrumento de contrato de compromisso de compra e venda, o que ensejaria a aplicabilidade do princípio da causalidade, visto que a Fazenda Pública somente promoveu o pedido de penhora do bem em razão que a propriedade estava ainda em nome do executado, há de ser observado que nesse feito o ente estatal opôs resistência, conforme se constata de sua contestação apresentada nos autos à f. 210/223.

Havendo resistência pelo Estado de Mato Grosso do Sul (credor do débito originário na ação executiva) à pretensão do embargante que teve êxito na ação de embargos, considerando que o Magistrado julgou procedente o pedido do apelante para o fim de desconstituir a penhora que recaiu sobre o imóvel realizada nos autos de execução fiscal nº 0008901-66.2008.8.12.0001, há de prevalecer o princípio da sucumbência em detrimento ao princípio da causalidade, conforme entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (...) *3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "Para a hipótese da compra e venda de imóvel não estar registrada no ato da concretização da penhora, a jurisprudência desta Corte efetivamente afasta a condenação do exequente ao pagamento dos honorários advocatícios em sede de embargos de terceiro desde que não tenha ocorrido resistência aos fundamentos do embargante. (...) Vencido na ação, de rigor a sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios à parte vencedora"*

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de março de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Osmar Brito da Silva contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual que nos autos de Embargos de Terceiro que julgou procedente o pedido para o fim de desconstituir a penhora que recaiu sobre o imóvel matriculado nº 7.143 da 2º Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, realizada nos autos de execução fiscal nº 0008901-66.2008.8.12.0001.

Alega que a sentença ocorreu em erro no tocante a sua condenação nas custas e honorários sucumbenciais, eis que obteve êxito na demanda, requerendo a anulação nesse ponto para que seja invertido o ônus sucumbencial.

Apresentadas as contrarrazões pelo Estado de Mato Grosso do Sul pelo desprovimento do recurso, ante a aplicação do princípio da causalidade (f. 283/290).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Apelação interposto por Osmar Brito da Silva contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual que nos autos de Embargos de Terceiro que julgou procedente o pedido para o fim de desconstituir a penhora que recaiu sobre o imóvel matriculado nº 7.143 da 2º Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, realizada nos autos de execução fiscal nº 0008901-66.2008.8.12.0001.

Alega que a sentença ocorreu em erro no tocante a sua condenação nas custas e honorários sucumbenciais, eis que obteve êxito na demanda, requerendo a anulação nesse ponto para que seja invertido o ônus sucumbencial.

Apresentadas as contrarrazões pelo Estado de Mato Grosso do Sul pelo desprovimento do recurso, ante a aplicação do princípio da causalidade (f. 283/290).

Verifica-se na sentença que o juízo monocrático assim procedeu: "*Pelo princípio da causalidade, condeno os embargantes nas custas processuais e honorários advocatícios em favor do Estado, esses arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa nos termos do art. 85, §§2º e 3º, I, do Código de Processo Civil, considerando o trabalho despendido, a baixa complexidade do feito, bem como a razoável duração do processo, ficando suspensa a cobrança nos termos do art. 98, § 3º do CPC.*"

Diante desse dispositivo, o Magistrado condenou os embargantes na verba de sucumbência à luz do princípio da causalidade.

Oportuna as lições citadas por Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

> *"A regra da sucumbência, expressa neste art. 20, não comporta aplicação indiscriminada na determinação da parte responsável pelo pagamento de honorários e reembolso de despesas. Em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja, responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo. É certo que, na maioria das vezes, causalidade e sucumbência levam a soluções coincidentes; esta é o mais eloquente sinal daquela. Todavia, quando as soluções forem destoantes, prevalece aquela atrelada ao princípio da causalidade."*[1]

1 Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Ed. saraiva p. 150, 2009, 41ª ed.

No caso, o arbitramento de honorários advocatícios em sede de embargos de terceiro que teve como objeto a desconstituição de penhora de imóvel, eis que na matrícula imobiliária constava como sendo de propriedade do executado nos autos da execução fiscal movida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por ter o apelante feito apenas o contrato de compra e venda do bem sem providenciar o devido registro no órgão competente para ter efeitos *erga omnes*.

Embora a ação de embargos de terceiro fora ajuizada por dependência à execução fiscal por ausência de registro no cartório imobiliário competente referente à transferência do imóvel penhorado adquirido em momento anterior à existência do débito por instrumento de contrato de compromisso de compra e venda, o que ensejaria a aplicabilidade do princípio da causalidade, visto que a Fazenda Pública somente promoveu o pedido de penhora do bem em razão que a propriedade estava ainda em nome do executado, há de ser observado que nesse feito o ente estatal opôs resistência, conforme se constata de sua contestação apresentada nos autos à f. 210/223.

Dessa forma, havendo resistência pelo Estado de Mato Grosso do Sul (credor do débito originário na ação executiva contra o devedor Gernival Siqueira da Silva) à pretensão do embargante que teve êxito na ação de embargos, considerando que o Magistrado julgou procedente o pedido do apelante para o fim de desconstituir a penhora que recaiu sobre o imóvel matriculado sob o nº 7.143, da 2º Circunscrição da Comarca de Campo Grande-MS, realizada nos autos de Execução Fiscal nº 0008901-66.2008.8.12.0001 (f. 264/269), há de prevalecer o princípio da sucumbência, conforme entendimentos do Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ALIENAÇÕES SUCESSIVAS POSTERIORES AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO E PENHORA DO BEM – TERCEIRO DE BOA-FÉ – FRAUDE À EXECUÇÃO AFASTADA – VERBA HONORÁRIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. 1. Embora a constrição tenha ocorrido antes do registro da alienação, o exequente tomou ciência da transmissão do bem quando do ajuizamento dos embargos de terceiro e ofereceu contestação, impondo resistência aos fundamentos da embargante, a fim de manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido, de modo que lhe é imputável o ônus da sucumbência. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, prevaleceria o princípio da causalidade se o exequente, diante da propositura dos embargos de terceiro, não tivesse contestado o feito, quando seria, então, sustentável a tese da condenação da embargante na verba honorária. 3. Ao revés, aplica-se o princípio da sucumbência, mostrando-se viável a condenação do embargado nos ônus sucumbenciais, quando configurada pretensão resistida nos embargos de terceiro, ou seja, quando for contestada a ação pelo credor embargado que insiste na manutenção da penhora. Nesse sentido: AgInt no AREsp 782.290/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe de 13/09/2017; AgRg no REsp 827.791/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ de 17/8/2007; REsp 441.790/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ de 1º/8/2006. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1278007/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 09/02/2018)*

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE TERCEIRO – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – AUSÊNCIA DE REGISTRO – TERCEIRA DE BOA-FÉ – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – ART. 535 DO CPC/73 – MATÉRIA DE PROVA – SÚMULA 7/STJ – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – SÚMULA 83/STJ – RECURSO IMPROVIDO. 1. Não se verifica omissão quando as questões submetidas a julgamento foram suficiente e adequadamente decididas, com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. É indevido presumir a existência de omissão, obscuridade ou contradição*

no julgado apenas porque decidido em desconformidade com os interesses da parte. 2. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência de prova suficiente da aquisição do bem pela embargante, bem como a posse plena do imóvel e sua condição de terceira de boa-fé, a modificação das conclusões contidas no julgado demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "Para a hipótese da compra e venda de imóvel não estar registrada no ato da concretização da penhora, a jurisprudência desta Corte efetivamente afasta a condenação do exequente ao pagamento dos honorários advocatícios em sede de embargos de terceiro desde que não tenha ocorrido resistência aos fundamentos do embargante. (...) Vencido na ação, de rigor a sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios à parte vencedora" (AgRg nos EDcl no Ag 535.662/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ de 3/5/2004). Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 782.290/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para inverter o ônus da sucumbência, permanecendo no mesmo molde do arbitramento fixado na sentença (... *esses arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa nos termos do art. 85, §§2º e 3º, I, do Código de Processo Civil,*).

Em atenção ao art. 85, §11 do CPC, majoro a verba honorária de sucumbência recursal em 5% (cinco por cento) a ser pago pelo Estado de Mato Grosso do Sul a favor do apelante.

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. Eduardo Machado Rocha

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, 13 de março de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1411767-50.2017.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE – BLOQUEIO 30% SALÁRIO DA AGRAVANTE – MITIGAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE SALARIAL – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO – PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE AO DEVEDOR – REDUÇÃO PARA 15% - DIREITO DO CREDOR DE RECEBER O QUE LHE É DEVIDO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO PARCIAL PROVIDO.

A penhora sobre o salário, deve observar a regra do artigo 833, inciso IV, do CPC, segundo a qual são absolutamente impenhoráveis *"os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal*".

Muito embora as verbas salariais sejam, em princípio, absolutamente impenhoráveis, essa natureza não é permanente, devendo ser analisado caso a caso.

A execução deve estar atrelada a dois princípios, o da efetividade da execução onde o credor deve receber o que lhe é devido, conforme art. 797 do CPC que *"ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados"* e o da menor onerosidade ao devedor, preceituado no art. 805 do CPC*" quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado",* buscando alternativas para que a execução prossiga.

Vê-se dos autos que a ação já tramita há 6 anos sem que haja o pagamento dos valores devidos.

Entretanto, entendo que o valor de 30% (trinta por cento) do salário, em análise aos documentos de f. 48/53, versa de maneira um pouco arrazoável e portanto, reduzo o montante da penhora mensal para 15% (quinze por cento), o que não o torna miserável e nem o coloca em situação humilhante, pois não é crível que o valor bloqueado comprometa em todo a sua subsistência, até porque o devedor também deve se organizar financeiramente para quitar suas dívidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o 1º Vogal, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de Agravo de Instrumento interposto por Dejair Leal de Sousa contra decisão proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara Civel da Comarca de Três Lagoas na Ação de Execução de Título Extrajudicial que lhe move Banco Volkswagen S.A., que deferiu a penhora de 30% (trinta por cento) de seus rendimentos.

Alega, em síntese, que:

I) *"em diligência do juízo, foi bloqueada quantia pertencente ao agravante, que se encontrava depositada em conta bancária. Todavia, por se tratar de saldo bancário em conta poupança para recebimento de salário, houve a interposição de impugnação à penhora, que foi parcialmente acolhida, com a limitação da penhora em apenas 30% do valor depositado".*

II) *"após, a agravada veio aos autos e requereu ao d. Juízo a quo que deferisse, além da penhora na conta poupança, fosse penhorado, de forma sucessiva, 30% (trinta por cento) do salário do agravante, ou seja, que seja realizada a penhora mensalmente, até que haja a quitação do débito informado sob as fls. 261";*

Ao final, pugnou pela concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão agravada.

O presente foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Apresentada as contrarrazões, o agravado rebate as alegações trazidas pelo recorrente e conclui que a decisão não merece reforma.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de Agravo de Instrumento interposto por Dejair Leal de Sousa contra decisão proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara Civel da Comarca de Três Lagoas, na Ação de Execução de Título Extrajudicial que lhe move Banco Volkswagen S.A., que deferiu a penhora de 30% (trinta por cento) de seus rendimentos.

Alega, em síntese, que:

> *I) "em diligência do juízo, foi bloqueada quantia pertencente ao agravante, que se encontrava depositada em conta bancária. Todavia, por se tratar de saldo bancário em conta poupança para recebimento de salário, houve a interposição de impugnação à penhora, que foi parcialmente acolhida, com a limitação da penhora em apenas 30% do valor depositado".*
>
> *II) "após, a agravada veio aos autos e requereu ao d. Juízo a quo que deferisse, além da penhora na conta poupança, fosse penhorado, de forma sucessiva, 30% (trinta por cento) do salário do agravante, ou seja, que seja realizada a penhora mensalmente, até que haja a quitação do débito informado sob as fls. 261";*

Ao final, pugnou pela concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão agravada.

O presente foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Apresentada as contrarrazões, o agravado rebate as alegações trazidas pelo recorrente e conclui que a decisão não merece reforma.

É o relatório.

Passo a análise do pleito.

A controvérsia a ser dirimida no presente recurso, diz respeito à interpretação da norma disposta no inc. IV do art. 833 do CPC, *in verbis*:

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

Isto porque, o juízo *a quo* deferiu a penhora mensal de 30% (trinta por cento) do salário auferido pelo agravante, executado no feito de origem, na qualidade de motorista, até a quitação do débito.

Conforme transcrito, a penhora sobre o salário, deve observar a regra do artigo 833, inciso IV, do CPC, segundo a qual são absolutamente impenhoráveis *"os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal*".

Tal regra tem por finalidade proteger o executado, ora agravante, garantindo-lhe o recebimento de valores que servem ao pagamento das despesas relacionadas à sua sobrevivência digna e à de sua família (art. 1º, III, CF).

Muito embora as verbas salariais sejam, em princípio, absolutamente impenhoráveis, essa natureza não é permanente, devendo ser analisado caso a caso.

Sobre o tema, Fredie Didier discorre que:

> *"(...) A impenhorabilidade dos rendimentos de natureza alimentar é precária: remanesce apenas durante o período de remuneração do executado. Se a renda for mensal, a impenhorabilidade dura um mês: vencido o mês e recebido novo salário, a "sobra" do mês anterior per a natureza alimentar, transformando-se em investimento. Como já afirmara LEONARDO GRECO, é preciso sujeitar essa regra "a um limite temporal, sem o qual ela constituirá instrumento abusivo de um iníquo privilégio em favor do devedor, para considerar que a impenhorabilidade de toda a remuneração, somente perdura no mês da percepção (...) a parte da remuneração que não for utilizada em cada mês, por exceder as necessidades de sustento suas e de sua família, será penhorável, como qualquer outro bem de seu patrimônio". Assim, perde a natureza alimentar e, conseguintemente, o atributo da impenhorabilidade". (Curso de Direito Processual Civil Execução, vol. 5, Editora JusPodvm, 2009, p. 555/556)*

No caso presente, anoto que o magistrado singular determinou a penhora mensal de 30% (trinta por cento) dos rendimentos da agravante, conforme decisão de fl. 32 e 56/61, tendo em vista que a execução deve estar atrelada a dois princípios, o da efetividade da execução onde o credor deve receber o que lhe é devido, conforme art. 797 do CPC, *"ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados"* e o da menor onerosidade ao devedor, preceituado no art. 805 do CPC *"quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado",* buscando alternativas para que a execução prossiga.

Deste modo, tenho que a decisão versou de maneira coerente aos princípios indicados.

Entretanto, entendo que o valor de 30% (trinta por cento) do salário, em análise aos documentos de f. 48/53, versa de maneira um pouco draconiana e portanto, reduzo o montante da penhora mensal para 15% (quinze por cento) dos vencimentos líquidos do agravante, o que não torna miserável e nem o coloca em situação humilhante, pois não é crível que o valor bloqueado comprometa em todo a sua subsistência, até porque, o devedor também deve se organizar financeiramente para quitar suas dívidas.

Vê-se dos autos que a ação já tramita há mais de 6 anos sem que haja o pagamento dos valores revelados e faz jus a preservação do direito da instituição financeira em receber o que lhe é devido.

O STJ, já se manifestou a respeito no REsp 1.547.561 SP, no acórdão da Ministra Nancy Andrighi:

> *PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO COM COBRANÇA DE ALUGUEIS E ENCARGOS LOCATÍCIOS – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA DE VERBA REMUNERATÓRIA – RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DA IMPENHORABILIDADE – POSSIBILIDADE.*
>
> *(...)*
>
> *5. Quanto à interpretação do art. 649, IV, do CPC, tem-se que a regra da impenhorabilidade pode ser relativizada quando a hipótese concreta dos autos permitir que se bloqueie parte da verba remuneratória, preservando-se o suficiente para garantir a subsistência digna do devedor e de sua família. Precedentes. (...) (REsp 1547561/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 16/05/2017).*

Neste sentido, este Colegiado também já se posicionou:

> *EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – MATÉRIA NÃO CONHECIDA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – MÉRITO – PENHORA DOS RENDIMENTOS DA AGRAVANTE – POSSIBILIDADE – MITIGAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE SALARIAL – AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DA SUBSISTÊNCIA DO DEVEDOR – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (...)*
>
> *Consoante entendimento do STJ, mitiga-se a regra geral da impenhorabilidade do salário, prevista no art. 833, IV, do NCPC, quando ficar demonstrado que o percentual penhorado não afeta a subsistência do devedor.* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1407926-47.2017.8.12.0000, Paranaíba, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 07/11/2017, p: 10/11/2017).

Diante do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para reduzir a proporção da penhora fixada em 30% (trinta por cento) para 15% (quinze por cento) do salário líquido auferido pelo agravante até a quitação do débito.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1° Vogal)

Trata-se de procedimento recursal de Agravo de Instrumento interposto por Dejair Leal de Sousa contra decisão proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas/MS na Ação de Execução de Título Extrajudicial que lhe move Banco Volkswagen S/A que deferiu a penhora de 30% (trinta por cento) sobre seu salário.

Sustenta a agravante, em síntese, que:

> *I) "em diligência do juízo, foi bloqueada quantia pertencente ao agravante, que se encontrava depositada em conta bancária. Todavia, por se tratar de saldo bancário em conta poupança para recebimento de salário, houve a interposição de impugnação à penhora, que foi parcialmente acolhida, com a limitação da penhora em apenas 30% do valor depositado".*
>
> *II) "após, a agravada veio aos autos e requereu ao d. Juízo a quo que deferisse, além da penhora na conta poupança, fosse penhorado, de forma sucessiva, 30% (trinta por cento) do salário do agravante, ou seja, que seja realizada a penhora mensalmente, até que haja a quitação do débito informado sob as f. 261";*

Ao final, pugnou pela concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão agravada.

Argumenta que sua situação é de humilhação e atinge sua dignidade.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Em contrarrazões, o agravado rebate as alegações trazidas pelo recorrente e conclui que a decisão não merece reforma.

O Relator - Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – deu parcial provimento ao recurso para reduzir a proporção da penhora fixada em 30% para o percentual de 15% do salário líquido auferido pelo agravante até a quitação do débito.

Ouso divergir.

A respeito da penhora sobre o salário, deve ser observada a regra inserta no artigo 833, inciso IV, do CPC, segundo a qual são absolutamente impenhoráveis *"os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;(...)*

A Constituição Federal, nos termos do artigo 7º, inciso X, destaca que o salário do trabalhador tem caráter alimentar e é inviolável, tendo em vista que se destina ao seu próprio sustento e de sua família.

A única exceção à regra da impenhorabilidade da verba de natureza salarial é aquela constante no § 2º do artigo 833 do CPC, que permite a penhora de salário para o pagamento de prestação alimentícia.

Com base em tais premissas, mostra-se inadmissível a penhora, ainda que parcial, dos valores que o agravante percebe a título de salário.

Nesse sentido, oportuna a citação dos precedentes do STJ:

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL–DESCONTOEMFOLHADEPAGAMENTO–IMPENHORABILIDADE.*

1. "O entendimento do STJ é de que o salário, soldo ou remuneração são impenhoráveis, nos termos do art. 649, IV, do CPC/1973, sendo essa regra excepcionada unicamente quando se tratar de penhora para pagamento de prestação alimentícia." (AgInt no REsp 1579345/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017)

2. O exame da pretensão recursal sob a alegação de que o próprio contrato firmado com a FHE autoriza a consignação em folha de pagamento, tal como colocada, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório, bem como de cláusulas contratuais, providências vedadas em recurso especial, consoante os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Pelos mesmos motivos, segue obstado o recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional, sendo certo que não foram atendidas as exigências dos arts. 1.029, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1116479/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017)

PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC – NÃO CARACTERIZAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – APLICAÇÃO FINANCEIRA – IMPENHORABILIDADE DO LIMITE PREVISTO NO ART. 649, X, DO CPC – AFASTAMENTO DA CONSTRIÇÃO EM RELAÇÃO AO LIMITE DE QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Segundo a jurisprudência pacificada deste STJ "é possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda." (REsp 1.340.120/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1566145/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/12/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – VALORES BLOQUEADOS EM CONTA-POUPANÇA VINCULADA À CONTA CORRENTE – IMPENHORABILIDADE – ART. 649, INCISO X, DO CPC – ALCANCE – LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS – MÁ-FÉ NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL LOCAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. "É possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda." (REsp 1340120/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014). 2. "Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel moeda, conta-corrente ou aplicada em caderneta de poupança propriamente dita, CDB, RDB ou em fundo de investimentos, desde que a única reserva monetária em nome do recorrente, e ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (inciso X)." (REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014). 3. A ressalva para aplicação do entendimento mencionado somente ocorre quando comprovado no caso concreto o abuso, a ma-fé ou a fraude da cobrança, hipótese sequer examinada nos autos pelo Colegiado a quo, visto que

não aventada pela parte. 4. A parte recorrente não cumpriu o disposto no § 2º do art. 255 do RISTJ, pois a demonstração da divergência não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, mas com o confronto entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, providências não tomadas. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 760.181/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015)

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPENHORABILIDADE – ARTIGO 649, IV e X, DO CPC – FUNDO DE INVESTIMENTO – LIMITAÇÃO – QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1. "O valor obtido a título de indenização trabalhista, após longo período depositado em fundo de investimento, perde a característica de verba salarial impenhorável (inciso IV do art. 649). Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel-moeda; em conta- corrente; aplicada em caderneta de poupança propriamente dita ou em fundo de investimentos, e ressalvado eventual abuso, má-fé, ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias da situação concreta em julgamento (inciso X do art. 649)" (REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 622.376/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 27/02/2015)

E desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – PEDIDO DE CONSTRIÇÃO DE 30% DO SALÁRIO MENSAL DO 1º AGRAVADO – IMPENHORABILIDADE DO ARTIGO 649, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECISÃO RECORRIDA MANTIDA POR DECISÃO SINGULAR DO RELATOR – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO – ATO REANALISADO – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA NO RECURSO INTERNO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. I o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento, inclusive em sede de Recurso Repetitivo, no sentido de que é inadmissível a penhora, mesmo que parcial, de valores depositados em conta-corrente a título de salário, vencimento ou remuneração pertencentes ao devedor. I Confirma-se a decisão singular do relator que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento, se as razões deduzidas no agravo interno não são convincentes acerca da necessidade de modificar o ato impugnado" (Agravo Regimental - Nº 1401065-50.2014.8.12.00/50000; 4ª Câmara Cível, - Dourados, Relator – Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira; 25 de março de 2014).

"AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO – CONTRA O PARECER - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. Demonstrado que houve violação à literal disposição de lei, pela inobservância ao disposto no artigo 649, inciso IV do CPC que estabelece a impenhorabilidade do salário, julga-se procedente o pedido formulado na ação rescisória" (Ação Rescisória - Nº 010686-27.2012.8.12.00 - Campo Grande; Relator – Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay; 3ª Seção Cível; 15 de abril de 2013).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – SALÁRIO – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA – ARTIGO 649, IV, DO CPC – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. O art. 649 do CPC é taxativo quanto à impossibilidade de penhora, ainda que parcial, de verbas depositadas em conta corrente a título de salário, vencimento, subsídio ou remuneração" (Agravo de Instrumento - Nº 0605475-58.2012.8.12.00 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes

Martins; 1ª Câmara Cível; 23 de janeiro de 2013).

Desse modo, deve ser adotado o entendimento jurisprudencial majoritário no sentido de considerar que as verbas salariais são absolutamente impenhoráveis.

Outrossim, a decisão objurgada, caso mantida, pode macular sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana, diante da possibilidade da existência de outros descontos sobre o salário do devedor, à exemplo de pensão alimentar e empréstimos consignados, já que se verifica à f. 48-53 que o salário base do agravante perfaz a quantia de R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais).

Sobreleva destacar que a impenhorabilidade do salário do trabalhador é absoluta, comportando apenas a exceção determinada no próprio artigo legal – § 2º do artigo 833 do CPC – vez que também visa preservar a dignidade humana.

Dispositivo final

Por tais razões, divirjo do Relator e voto pelo provimento do recurso interposto, para o fim de indeferir a penhora de 30% (trinta por cento) sobre o salário do agravante.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (2° Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o 1º vogal, 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, 23 de janeiro de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0803648-33.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AÇÃO PROPOSTA CONTRA MÉDICO – ALEGAÇÃO DE QUE FOI MINISTRADA UMA SOBREDOSE DE MORFINA – ATENDIMENTO REALIZADO DE FORMA ADEQUADA – INDICAÇÃO DE QUE PODE OCORRER ALGUMA INTERCORRÊNCIA – ENCAMINHAMENTO FEITO A UNIDADE DE ATENDIMENTO MAIS ESPECIALIZADA – ATENDIMENTO ADEQUADO DADO PELO MÉDICO RESPONSÁVEL – INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS – EXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NOS AUTOS QUE DEMONSTRAM O ATENDIMENTO ADEQUADO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO NÃO PROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

A lide deve ser analisada a luz dos fatos apresentados nos autos.

A ficha médica da paciente indica todo o tratamento percorrido pelo profissional ao observar a reação da paciente após ser ministrada o medicamento ao qual teve rejeição, até a recuperação total, descaracterizando o dano moral.

Recurso conhecido e não 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de Apelação interposta por Josefa Lima de Oliveira em face da sentença de f. 319/327 que, nos autos da ação de indenização por danos morais que promove em face de João Roberto Carvalho Capistrano da Silva, Clínica Prontomed Ltda, Associação Beneficiente de Corumbá, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Sustenta que recebeu o dobro da dose de morfina que deveria ter recebido, causando risco de morte à autora.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que os requeridos sejam condenados nos pedidos descritos na inicial (f. 334).

Contrarrazões às f. 337/342.

O Ministério Público deixou de manifestar-se ao argumento de que não há interesse público a justificar sua intervenção (f. 305/307).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de Apelação interposta por Josefa Lima de Oliveira em face da sentença de f. 319/327 que, nos autos da ação de indenização por danos morais que promove em face de João Roberto Carvalho Capistrano da Silva, Clínica Prontomed Ltda, Associação Beneficiente de Corumbá, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Sustenta que recebeu o dobro da dose de morfina que deveria ter recebido, causando risco de morte à autora.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que os requeridos sejam condenados nos pedidos descritos na inicial (f. 334).

Contrarrazões às f. 337/342.

O Ministério Público deixou de manifestar-se ao argumento de que não há interesse público a justificar sua intervenção (f. 305/307).

É o relatório. Passo ao julgamento.

Afirma a ré/recorrente que a sentença deve ser reformada, pois existem provas dos autos, de que lhe tenha sido ministrada uma sobredose de morfina, que poderia ter causado-lhe a morte.

As provas produzidas, nos autos, contudo, demonstraram o magistrado, em primeiro grau, que a dose do medicamento, ministrada à apelante, obedeceu ao indicado na bula constante do fármaco.

O julgamento exarado pelo MM. Juízo, analisando pormenorizadamente todo o atendimento prestado à parte autora, ora apelante, considerou o fato de que a perícia realizada informou todas as possibilidades de ocorrência de uma possível intoxicação, mas observou que tal ocorrência é suscetível de acontecer com qualquer pessoa que seja submetida ao uso da morfina.

Em verdade, a sentença foi bem explícita ao fundamentar suas razões, demonstrando que houve o atendimento da apelante pelo médico apelado de forma imediata e adequada, ocasião em que ela foi encaminhada a outra unidade hospitalar, em razão de ter havido alteração do seu quadro, o que evitou qualquer resultado mais grave e impediu a manifestação de qualquer sequela.

Observa-se, portanto, das anotações constantes da perícia, que a apelante foi atendida de forma adequada e que não lhe restou sequela alguma, tendo o médico agido da forma correta.

Outrossim, ficou esclarecido que o risco era existente de acordo com a bulo, entretanto, deve-se considerar que o apelado havia tido a cautela de questionar à apelante sobre o uso anterior do medicamento, portanto, desde o início, o atendimento vinha sendo feito de forma solícita e condizente com o protocolo médico adequado. Não tinha como se prever a ocorrência de uma fatalidade, possível de acontecer em um mínimo percentual de casos, como afirmado pelo perito que pode acontecer.

Diferente seria se a apelante tivesse, desde o primeiro momento, reclamado de não poder fazer uso do referido fármaco, ou de não lhe poder ser ministrado qualquer analgésico, mas não foi o que ocorreu.

Fato é que não se podem olhar os acontecimento de trás para frente. Não seria possível diagnosticar num primeiro momento a reação que a apelante teria ao uso do fármaco. Ademais, sabe-se que dores de cabeça e alguns outros sintomas são comuns a tal tipo de droga anestésica, o que não implica em reconhecer qualquer tipo de negligência, imprudência ou imperícia médica.

Desta forma, os documentos colacionados aos autos foram conclusivos e suficientemente esclarecedores para o magistrado do feito, não havendo prova de imprudência, negligência ou imperícia médica.

Eis os precedentes jurisprudenciais sobre o tema em outros Tribunais:

> *PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CPC/2015 – ATENDIMENTO MÉDICO HOSPITALAR – ERRO MÉDICO NÃO COMPROVADO – PROVA TESTEMUNHAL – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – DANO MORAL – INEXISTÊNCIA DE DIREITO – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. 1. Os embargos declaratórios só se justificam quando relacionados a aspectos que objetivamente comprometam a inteligibilidade e o alcance do pronunciamento judicial, estando o órgão julgador desvinculado da classificação normativa das partes. É desnecessária a análise explícita de cada um dos argumentos, teses e teorias das partes, bastando a resolução fundamentada da lide. 2. O mero inconformismo, sob qualquer título ou pretexto, deve ser manifestado em recurso próprio e na instância adequada para considerar novamente a pretensão. Embargos declaratórios manifestados com explícito intuito de prequestionamento não dispensam os requisitos do artigo 1.022 do CPC/2015. 3. O acórdão embargado consignou ser desnecessária a produção de prova testemunhal, pois a improcedência do pedido está fundada na prova pericial que convenceu o magistrado da inexistência de erro médico do HFSE e da não influência dos tratamentos dispensados à filha da autora/apelante no agravamento de sua enfermidade ou no óbito posterior. O laudo do perito oncologista esgota os argumentos técnicos que justificam os procedimentos adotados pelos médicos do HFSE, e confirma o atendimento apropriado e condizente com o protocolo de tratamento de neoplasia maligna avançada de cólon com metástases ovarianas, decorrendo o agravamento da patologia e o óbito da progressão irreversível da doença. 4. A incompatibilidade da decisão recorrida com a prova dos autos, a Lei de regência ou a jurisprudência majoritária não enseja declaratórios que, concebidos ao aprimoramento da prestação jurisdicional, não podem contribuir, ao revés, para alongar o tempo do processo, onerando o sobrecarregado ofício judicante. 5. A omissão, contradição, obscuridade, ou erro material, quando inocorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (STF, Rcl 21333 AgR-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, public. 2/6/2016) 6. Embargos de declaração desprovidos. (TRF 2ª R.; AC 0009001-49.2014.4.02.5101; Sexta Turma Especializada; Relª Desª Fed. Nizete Lobato Carmo; Julg. 22/03/2017; DEJF 04/04/2017)*

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. SUPOSTA IMPRUDÊNCIA DO PROFISSIONAL – OITIVA DE TESTEMUNHA – PROVA DESNECESSÁRIA – REALIZAÇÃO DE PERÍCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERROMÉDICO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O SUPOSTO ATO ILÍCITO E O EVENTO DANOSO – LAUDO CONCLUSIVO QUE APONTA PELA NÃO CORRELAÇÃO ENTRE FATO E A CONSEQUÊNCIA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Impõe-se ao magistrado, na condução do processo, observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente assegurados no art. 5º, LV, da CF, sob pena de nulidade. Contudo, estes devem ser sopesados frente ao também constitucional direito à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), cabendo-lhe, portanto, a função de indeferir ou dispensar a realização de provas desnecessárias ao deslinde do feito, sem que isso configure cerceamento de defesa.*

> *Conquanto, deferida a produção da prova testemunhal, as particularidades da matéria em debate, associada à clareza da conclusão do expert e ao teor das alegações e provas trazidas pelas partes, tornaram inútil a realização da audiência de instrução e julgamento; dessa feita, o indeferimento de prova desnecessária ao desfecho da demanda não traz qualquer prejuízo à parte, não havendo falar em nulidade. (TJMT; APL 154770/2016; Várzea Grande; Rel. Des. Dirceu dos Santos; Julg. 25/01/2017; DJMT 02/02/2017; Pág. 49)*

Assim, não prospera a tese arguida e o raciocínio sopesado acima encontra respaldo também em outros Tribunais, *in verbis*:

> *APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Erro médico. Improcedência na origem. Insurgência da autora. Supostos danos psicológicos e físicos decorrentes de intervenção cirúrgica. Inexistência de exames alérgicos anteriores à anestesia. Regulamentação do conselho regional de medicina que deixa a critério do anestesista a requisição ou não de exames prévios. Conduta mínima exigível devidamente adotada pelo profissional. Ausência, ademais, de comprovação de que a requerente é alérgica a qualquer medicação. Ônus que incumbia à autora (art. 333, I, CPC/73). Intercorrência (fibrilação ventricular) durante o procedimento que foi revertida. Sequelas não constatadas. Negligência médica não verificada. Nexo de causalidade inexistente. Danos materiais e morais, por sua vez, não certificados. Improcedência mantida. (TJSC; AC 0005730-52.2010.8.24.0113; Camboriú; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Ricardo Roesler; DJSC 12/12/2017; Pág. 258)*

In casu, revela-se a ausência de culpa do médico a ensejar os danos morais pleiteados pela parte autora.

Deste modo, por qualquer ângulo que se analise a questão, não merece prosperar o óbice aventado.

Por todo o exposto, revela-se irreprimível o externado na sentença de primeiro grau, razão pela qual sua manutenção é medida

Sendo assim, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

Por conseguinte, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, fixo os honorários recursais em 2% (dois por cento), elevando-se a verba honorária para o total de 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando a exigência de tal verba diferida nos termos do artigo 98, § 3º, de referido *Códex*.

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, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0805473-33.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator. Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RETENÇÃO DE SALÁRIO DE CORRENTISTA PARA AMORTIZAÇÃO DE SALDO DEVEDOR COM A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO – CONDUTA ILÍCITA – VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA – APELO IMPROVIDO

A conduta adotada pelo banco réu de reter salário do correntista para amortização de saldo devedor junto a mesma instituição bancária, sem qualquer tipo de autorização, representa falha na prestação de serviços, visto tratar de conduta ilícita, sobretudo por versar de verba alimentar, ultrapassando o mero dissabor.

O *quantum* fixado atende a razoabilidade e proporcionalidade do caso, pois adequado às circunstâncias fáticas e aos parâmetros utilizados em casos análogos.

Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de março de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Banco Itaucard S.A. interpõe recurso de Apelação em face da sentença de f. 115/124 que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que promove em face de Kellson Nunes Rocha, em que o magistrado julgou procedente o pedido da ação e condenou a instituição financeira a 1) restituir, em dobro, os salários indevidamente retidos na conta- corrente nº 06944-5, da agência 6492, nos meses de janeiro e março de 2014, acrescidos de correção monetária e juros legais desde a citação; (2) cumprir o acordo pactuado para renegociação da dívida oriunda do contrato de empréstimo consignado; (3) compensar os danos morais causados ao autor, ora fixados em R$ 4.136,35 (quatro mil cento e trinta e seis reais e trinta e cinco centavos), com incidência da correção monetária, pelo IGPM, a partir da data da sentença, e juros de mora de 1%, contados desde a data do primeiro desconto indevido.

A instituição financeira interpõe o presente apelo com o objetivo de reformar a sentença no que tange à condenação em danos morais e quanto ao valor arbitrado nestes.

Afirma não existir dano moral no presente caso pois, não há pressupostos para sua indenização. Vale dizer, a demonstração do nexo causal entre a atitude do Recorrente e os danos supostamente suportados pelo Recorrido, ou mesmo a comprovação de tais danos, de modo que não se justifica a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Aduz que a parte autora, ora recorrida, não fez prova em momento algum de que qualquer humilhação, constrangimento ou situação vexatória que tenha passado decorrente dos descontos indevidos, sendo totalmente desproporcional a condenação nos danos morais em tela.

Requer a reforma da sentença para excluir a condenação nos danos morais ou caso este não for o entendimento deste Julgador, que sejam os danos minorados.

Intimado para apresentar contrarrazões a parte contrária quedou-se inerte, conforme certidão de f. 151/152.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Banco Itaucard S.A. em face da sentença de f. 115/124 que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que promove em face de Kellson Nunes Rocha, em que o magistrado julgou procedente o pedido da ação e condenou a instituição financeira a 1) restituir, em dobro, os salários indevidamente retidos na conta- corrente nº 06944-5, da agência 6492, nos meses de janeiro e março de 2014, acrescidos de correção monetária e juros legais desde a citação; (2) cumprir o acordo pactuado para renegociação da dívida oriunda do contrato de empréstimo consignado; (3) compensar os danos morais causados ao autor, ora fixados em R$ 4.136,35 (quatro mil cento e trinta e seis reais e trinta e cinco centavos), com incidência da correção monetária, pelo IGPM, a partir da data da sentença, e juros de mora de 1%, contados desde a data do primeiro desconto indevido.

A instituição financeira interpõe o presente apelo com o objetivo de reformar a sentença no que tange à condenação em danos morais e quanto ao valor arbitrado nestes.

Afirma não existir dano moral no presente caso pois, não há pressupostos para sua indenização. Vale dizer, a demonstração do nexo causal entre a atitude do Recorrente e os danos supostamente suportados pelo Recorrido, ou mesmo a comprovação de tais danos, de modo que não se justifica a condenação ao pagamento de indenização por dano moral.

Aduz que a parte autora, ora recorrida, não fez prova em momento algum de que qualquer humilhação, constrangimento ou situação vexatória que tenha passado decorrente dos descontos indevidos, sendo totalmente desproporcional a condenação nos danos morais em tela.

Requer a reforma da sentença para excluir a condenação nos danos morais ou caso este não for o entendimento deste Julgador, que sejam os danos minorados.

Intimado para apresentar contrarrazões a parte contrária quedou-se inerte, conforme certidão de f. 151/152.

É a síntese do necessário. Passo à análise.

Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais e materiais em que o autor, ora recorrido, alegou que o banco não teria realizado a baixa dos contratos realizado, tendo em vista um novo parcelamento

para a sua quitação e que ensejou nos descontos indevidos em seu salário. Ao analisar o feito o magistrado julgou procedente o pedido da ação e condenou a instituição financeira a 1) restituir, em dobro, os salários indevidamente retidos na conta- corrente nº 06944-5, da agência 6492, nos meses de janeiro e março de 2014, acrescidos de correção monetária e juros legais desde a citação; (2) cumprir o acordo pactuado para renegociação da dívida oriunda do contrato de empréstimo consignado; (3) compensar os danos morais causados ao autor, ora fixados em R$ 4.136,35 (quatro mil cento e trinta e seis reais e trinta e cinco centavos), com incidência da correção monetária, pelo IGPM, a partir da data da sentença, e juros de mora de 1%, contados desde a data do primeiro desconto indevido.

A instituição financeira apresentou apelo às f. 127/147, requerendo em síntese, a reformada sentença acerca da exclusão dos danos morais da condenação ou não sendo esta possível que sejam os mesmos minorados.

Pois bem. Conforme consta nos autos é incontroverso (documento de f. 16/17 e 98/99 – extrato da conta corrente do autor) que nos meses de janeiro e março de 2014 o banco utilizou-se de forma indevida do salário do autor, pois reteve tais valores para amortizar dívida do contrato de crédito consignado, sendo o valor da retenção muito acima do limite legal, ou seja, reteve em torno de 76% do salário em janeiro de 2014 e 64% em março de 2014, como bem destacou o magistrado às f. 118 da sentença.

No pertine a retenção de salário sem autorização expressa do correntista, mesmo que para saldar dívida incontroversa existente entre as partes, não é lícita, pois o salário trata-se de verba alimentar, não podendo a instituição financeira se valer da suas facilidades em gerir a conta do devedor e reter valores sem a autorização deste, principalmente em caso de verba salarial.

Tal retenção não pode ser caracterizada por mero dissabor, ao contrário, a moral do devedor é atingida de forma gravíssima, posto que depende daquele salário, fruto de seu trabalho, para pagar inúmeras despesas, não cabendo aqui mencionar as particularidades de cada caso. Atos como esse devem ser repelidos, condenando-se a instituição bancária em dano moral, para que não refaça tal ilícito com outros correntistas.

Sobre o tema em debate, o STJ assentou o entendimento de que:

> *"(...) a retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais" (AgRg no AREsp n. 434.337/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 12/8/2014, DJe 19/8/2014).*

No mesmo sentido, confira-se os seguintes precedentes da Corte Superior de nosso país, neste sentido, *in verbis*:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – BANCÁRIO – CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL – RETENÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA – ILEGALIDADE. 1. A retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais. 2. "'Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.' Agravo improvido" (AgRg no Ag 1.225.451/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/6/2010, DJe 17/6/2010). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 876.856/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 13/03/2013)*

Importante destacar ainda que o STJ entende serem devidos os danos morais em casos como destes autos, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RETENÇÃO DA TOTALIDADE DO SALÁRIO DA AGRAVADA DEPOSITADO EM CONTA CORRENTE – INADMISSIBILIDADE – DANO MORAL CONFIGURADO – REEXAME OBSTADO – SÚMULA STJ/7 – QUANTUM FIXADO COM RAZOABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. 1.- Conforme já decidido por esta Turma, ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. (REsp 1.021.578/SP). 2.- Decidida a questão com base no exame das circunstâncias fáticas da causa, esbarra o conhecimento do Especial no óbice da Súmula 7 deste Tribunal. 3.- [...]. 5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 159.654/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012)*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RETENÇÃO DE SALÁRIO DE CORRENTISTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – RECONHECIMENTO DO DANO MORAL – QUANTUM FIXADO EM R$ 5.000,00.*
>
> *1.* ***- "Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral"*** *(AgRg no Ag 425.113/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 30/06/2006). 2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 214.511/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 05/11/2012). (grifei)*

Sendo, assim, sem maiores delongas, não vejo razões para reforma da sentença posto que aplicada dentro dos exatos limites impostos ao caso em concreto.

Por todo o exposto, conheço do apelo e por conseguinte, nego-lhe provimento, mantendo-se a sentença como fora prolatada.

Majoro os honorários recursais em 2% sobre o valor da condenação, totalizando o importe de 15% de sucumbência nos autos, conforme razões da sentença (f. 124).

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, 20 de março de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1413346-67.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRELIMINARES SUSCITADAS PELO AGRAVADO EM CONTRAMINUTA REJEITADAS – MÉRITO – EMBARGOS DE TERCEIROS RECEBIDOS COM ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUE O CESSOU – RETORNO AUTOMÁTICO DO EFEITO SUSPENSIVO – INCABÍVEL A PRÁTICA DE QUALQUER ATO EXECUTÓRIO ATÉ O JULGAMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO.

Ao contrário do que alega o agravado, o agravante não recorre do despacho proferido na ação que autorizou a venda do imóvel objeto de discussão, mas sim da decisão que reconheceu a ausência de efeito suspensivo e determinou a imissão na posse do bem com urgência.

Destaca-se que o agravante não pretende, por meio do presente agravo de instrumento, que seja cancelada a determinação de penhora sobre o bem ou discutir o seu direito sobre a propriedade, mas tão somente a suspensão de quaisquer atos executórios sobre o imóvel até que haja o julgamento do mérito dos embargos de terceiro.

O magistrado já havia determinado a suspensão da execução e, tal efeito havia cessado tão somente pela prolação da sentença, contudo, com a sua anulação pela Corte Superior, retornou o processo ao estado anterior, momento no qual o efeito suspensivo automaticamente voltou a imperar, razão pela qual incabível a prática de qualquer ato executório sobre o imóvel discutido nos Embargos de Terceiros.

Recurso 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, afastar as preliminares e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de março de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Joelci Moreira dos Santos interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos de Cumprimento de Sentença ajuizado por Moacyr Monteiro Salgado em face do Espólio de Loureiro Pereira Queiroz, que deferiu o pedido de imissão na posse em favor do credor, bem como indeferiu o pedido de suspensão do feito formulado pelo agravante.

Relata ter adquirido o imóvel de matrícula n. 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande, há cerca de 10 (dez) anos, mediante alvará judicial expedido nos autos n. 0012758-33.2002.8.12.0001 que permitiu a alienação do bem por meio do pagamento do valor de mercado à Eloisa Salgado de Queiroz e à Loureiro Pereira de Queiroz, na proporção de 50% para cada.

Sustenta que a escritura do imóvel não pôde ser realizada diante da ausência da assinatura de Eloisa Salgado de Queiroz, que à época dos fatos encontrava-se em tratamento de saúde na cidade de São Paulo e, quando apta a comparecer ao cartório, foi criada óbice pelo ajuizamento do presente cumprimento de sentença pelo Sr. Moacyr Monteiro Salgado.

Defende a impossibilidade de serem praticados quaisquer atos de constrição sobre o imóvel, haja vista a existência de embargos de terceiro, que ensejam a suspensão de qualquer ato de execução sobre o bem, nos termos do artigo 687 do Novo Código de Processo Civil.

Requer, ao final, o provimento do recurso, a fim de suspender qualquer ato executório sobre o bem imóvel (matrícula n. 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande), até o julgamento de mérito dos Embargos de Terceiro (autos n. 0819252-26.2012.8.12.0001).

Os autos foram distribuídos no plantão judicial, ocasião na qual foi deferida a tutela de urgência, para o fim de determinar a suspensão do cumprimento do mandado de imissão na posse do imóvel (f. 187/189).

Em contraminuta, Moacyr Monteiro Salgado alegou, preliminarmente, o trânsito em julgado da decisão que determinou a adjudicação do bem imóvel, a perda da eficácia do alvará judicial e a irrecorribilidade do despacho de imissão de posse; no mérito, defendeu a manutenção do *decisum* (f. 200/219).

Houve intimação do recorrente para se manifestar acerca de referidas preliminares, ocasião na qual juntou a petição de f. 577/588.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Joelci Moreira dos Santos em face da decisão que indeferiu o efeito suspensivo e determinou a imediata imissão do exequente na posse do imóvel nº 18.136 do livro nº 2, da 2ª CRI de Campo Grande nos autos de Cumprimento de Sentença ajuizado por Moacyr Monteiro Salgado em face do Espólio de Loureiro Pereira Queiroz, sendo que a mesma foi proferida nos seguintes termos:

> *"(...) O imóvel em discussão é o objeto da matrícula nº 18.136 do CRI da 2ª Circunscrição desta Comarca.*
>
> *Compulsando os autos de embargos de terceiro, verifica-se que houve a extinção do feito sem resolução do mérito, conforme cópia da sentença acostada às f. 592/593.*
>
> *Em sede de recurso, o E. TJMS determinou o julgamento do mérito dos embargos, conforme se verifica da decisão monocrática de f. 593/594, porém, não restabeleceu os efeitos da liminar que haviam sido extintos com a sentença.*
>
> *Logo, não há que se falar em óbice ao cumprimento da decisão proferida às f. 583-584.*

Ante o exposto, esgotados os prazos recursais, determino o cumprimento da decisão de f. 583/584 com urgência.

Após, digitalize-se o presente feito e apensem-se aos embargos." (f. 154)

O agravante relata ter adquirido o imóvel de matrícula n. 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande, há cerca de 10 (dez) anos, mediante alvará judicial expedido nos autos n. 0012758-33.2002.8.12.0001 que permitiu a alienação do bem por meio do pagamento do valor de mercado à Eloisa Salgado de Queiroz e à Loureiro Pereira de Queiroz, na proporção de 50% para cada.

Esclarece que a escritura do imóvel não pôde ser realizada diante da ausência da assinatura de Eloisa Salgado de Queiroz, que à época dos fatos encontrava-se em tratamento de saúde na cidade de São Paulo e, quando apta a comparecer ao cartório, foi criada óbice pelo ajuizamento do presente cumprimento de sentença pelo Sr. Moacyr Monteiro Salgado.

Defende a impossibilidade de serem praticados quaisquer atos de constrição sobre o imóvel, haja vista a existência de embargos de terceiro, que ensejam a suspensão de qualquer ato de execução sobre o bem, nos termos do artigo 687 do Novo Código de Processo Civil.

Requer, ao final, o provimento do recurso, a fim de suspender qualquer ato executório sobre o bem imóvel (matrícula n. 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande), até o julgamento de mérito dos Embargos de Terceiro (autos n. 0819252-26.2012.8.12.0001).

Os autos foram distribuídos no plantão judicial, ocasião na qual foi deferida a tutela de urgência, para o fim de determinar a suspensão do cumprimento do mandado de imissão na posse do imóvel (f. 187/189).

Em contraminuta, Moacyr Monteiro Salgado alegou, preliminarmente, o trânsito em julgado da decisão que determinou a adjudicação do bem imóvel, a perda da eficácia do alvará judicial e a irrecorribilidade do despacho de imissão de posse; no mérito, defendeu a manutenção do *decisum* (f. 200/219).

Houve intimação do recorrente para se manifestar acerca de referidas preliminares, ocasião na qual juntou a petição de f. 577/588.

Das preliminares arguidas pelo agravado Moacyr Monteiro Salgado em contraminuta:

Considerando que pende julgamento do presente agravo de instrumento, que está sendo realizado nesta oportunidade, por óbvio que a decisão agravada ainda não teve o seu trâmite em julgado, razão pela qual não há falar em impossibilidade de reversão da medida.

Com efeito, é plenamente recorrível o *decisum* proferido pelo magistrado singular pois, ao contrário do que alega o agravado, não se trata de despacho, mas sim decisão interlocutória que possui cunho decisório.

No que toca a alegação de perda da eficácia do alvará judicial pela preclusão, tenho que melhor sorte não assiste ao agravante, especialmente porque tal questão não é objeto do presente agravo de instrumento.

Ao contrário do que alega o agravado, o agravante não recorre do despacho proferido nos autos nº 0012758-33.2002.8.12.0001 que autorizou à Senhora Eloíza Salgado de Queiroz a efetuar a venda do imóvel objeto da matrícula de n. 18.036, mas sim da decisão que reconheceu a ausência de efeito suspensivo e determinou a imissão do exequente na posse do bem com urgência.

Cabe destacar que o agravante não pretende, por meio do presente agravo de instrumento, que seja cancelada a determinação de penhora sobre o bem, mas tão somente a suspensão de quaisquer atos executórios sobre o imóvel até que haja o julgamento do mérito dos embargos de terceiro.

Para tanto, aponta que houve a atribuição de efeito suspensivo aos Embargos de Terceiros, de modo que enquanto não ocorrer o seu julgamento é incabível o prosseguimento da execução em relação ao bem discutido.

Evidente, portanto, que a questão a ser dirimida no presente recurso diz respeito tão somente à atribuição ou não do efeito suspensivo, sem ingressar no mérito da matéria tratada em Embargos de Terceiros, portanto, inexiste qualquer relação da alegação do agravado com o objeto do recurso.

Destarte, a rejeição das preliminares suscitadas em contraminuta e o conhecimento do recurso é medida de rigor.

Do mérito recursal:

O imóvel em questão foi alienado na ação de liquidação de sentença da ação de reconhecimento e dissolução da sociedade fato nº 0012758-33.2002.8.12.0001 movida por Eloisa Salgado de Queiroz em desfavor do Espólio de Loureiro Pereira de Queiroz em trâmite na 4ª Vara de Família.

Consoante se observa da decisão que autorizou a venda do bem, houve a determinação de que 35% do montante líquido da venda deveria ser destinado a Sra. Eloisa e o restante depositado nos autos do inventário do Sr. Loureiro Pereira de Queiroz, sendo que houve o cumprimento neste sentido.

Todavia, o bem não foi transferido ao nome do Sr. Joelci Moreira dos Santos, razão pela qual foi determinada a penhora do bem no Cumprimento de Sentença movido por Moacyr Monteiro Salgado em desfavor do espólio de Loureiro Pereira de Queiroz.

Desta forma, após ter sido determinada a penhora do imóvel (matrícula nº 18.136, do livro nº 2, da 2ª CRI de Campo Grande) o terceiro prejudicado, ora agravante, ingressou com Embargos de Terceiros[1].

Na data de 17 de dezembro de 2012 os embargos de terceiros foram recebidos pelo julgador, ocasião na qual foi determinada a suspensão da tramitação da execução em relação ao bem imóvel objeto da lide.

Veja-se o teor de r. decisão:

> *"Trata-se de Embargos de Terceiro ajuizado por Joelci Moreira dos Santos em face de Moacyr Monteiro Salgado, sob a alegação de que, nos autos da Execução de Honorários que este move contra o Espólio de Loureiro Pereira de Queiroz, houve a penhora de imóvel que não mais pertence ao acervo hereditário do de cujus. Alega a parte embargante que o imóvel (objeto da matrícula 18.136, conforme f. 11/13), foi adquirido em 01/06/2006, mediante autorização judicial, no processo de Liquidação de Sentença que tramitou na 4ª Vara de Família desta Capital; e que, embora tenha efetuado o pagamento do valor acordado, não foi possível realizar a transferência para seu nome, pois foi constatada a existência de penhora proveniente do processo executivo, acima mencionado. Requer liminarmente a manutenção da posse sobre o bem penhorado e ainda a suspensão do feito até o julgamento dos presentes embargos. Da análise dos autos, aliada aos documentos apresentados pela parte embargante, verifica-se que o pedido merece acolhida. Com efeito, ao que se depreende do colacionado aos autos, ao menos em sede de cognição sumária, o imóvel penhorado foi alienado com autorização judicial, e ainda houve a comprovação*

1 Autos n. 0819252-26.2012.8.12.0001.

do pagamento do valor do contrato entabulado entre a parte embargante e o espólio, na pessoa da inventariante Lenimar Salgado de Queiroz (f. 14/27). Verifica-se, ainda, que na época da aquisição do imóvel, as penhoras não se encontravam registradas, eis que estas datam de abril/2012 (f. 13/17). Ademais, presente no caso em tela, o risco de dano a ser sofrido pela parte embargante, com o prosseguimento da execução, já que esta se encontra em fase avançada, com o pedido de adjudicação dos bens penhorados.

Diante do exposto:

I – com fundamento nos arts. 1.051 e 1.052, do CPC, recebo os presentes embargos de terceiro, suspendendo a tramitação da execução, em relação ao bem imóvel (matrícula 18.136); assim, certifique-se nos autos de execução em apenso a suspensão do feito em relação a tal imóvel (f. 11/13), juntando cópia da presente decisão.

II – cite-se o exequente, doravante embargado, para contestar, em 10 dias, sob as advertências da lei (art. 803, caput, do CPC).”

Em 03 de outubro de 2013, foi proferida sentença determinando a extinção do processo sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto, pois, na época, a Impugnação ao Cumprimento de Sentença movida pelo Espólio de Loureiro Pereira de Queiroz havia sido acolhida, determinando-se a extinção do cumprimento de sentença.

Ocorre que a sentença proferida na Impugnação ao Cumprimento de Sentença foi reformada em julgamento unânime pela 1ª Câmera Cível deste Eg. Tribunal de Justiça, que rejeitou a r. impugnação e determinou o regular prosseguimento do feito, assim, quando interposta a apelação nos Embargos de Terceiros a ação não havia perdido seu objeto, de modo que o Relator anulou de ofício a sentença e determinou o retorno dos autos à origem.

Por oportuno, importa transcrever a decisão proferida no julgamento do apelo interposto nos Embargos de Terceiro:

“Analisando detidamente os autos, contata-se que o magistrado a quo extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por entender que ocorreu a perda superveniente do objeto, resultante do julgamento de procedência da impugnação ao cumprimento de sentença nº 0021540-77.2012.8.12.0001, em que foi determinado o levantamento de todas as penhoras realizadas naquela execução, inclusive a que recaía sobre o bem objeto dos presentes Embargos de Terceiro Acontece que, quando do julgamento do recurso de apelação nº 0021540-77.2012.8.12.0001, por esta Primeira Câmara Cível, na data de 22/09/2015, por unanimidade de votos, foi dado provimento ao recurso para rejeitar a impugnação ao cumprimento de sentença e, consequentemente, determinar o regular prosseguimento do feito, com a manutenção das penhoras realizadas nos autos. Ressalte-se que referido recurso transitou em julgado na data de 16/11/2015. Portanto, sob pena de supressão de instância, é o caso de anular a sentença, em razão da ocorrência de fato superveniente (art. 420, CPC), e determinar que o magistrado a quo realize a apreciação e julgamento dos presentes Embargos de Terceiro. Isso posto, anulo de ofício a sentença recorrida e determino o retorno dos autos à origem para que o juízo a quo realize a apreciação e julgamento dos presentes Embargos de Terceiro.”

Conforme mencionado, o magistrado já havia determinando a suspensão da execução e, tal efeito havia cessado tão somente pela prolação da sentença, contudo, com a sua anulação pela Corte Superior, retornou o processo ao estado anterior, momento no qual o efeito suspensivo automaticamente voltou a

imperar, especialmente por inexistir despacho nos Embargos de Terceiros afastando o efeito anteriormente atribuído à discussão do bem objeto da ação. Acerca do assunto, Humberto Teodoro Júnior leciona[2]:

> *"A suspensão sempre depende de uma decisão judicial que a ordene, pois o comando do processo é o do juiz. Essa decisão, todavia, é meramente declarativa, de sorte que, para todos os efeitos, considera-se suspenso o processo desde o momento em que ocorreu o fato que a motivou e não apenas a partir de seu reconhecimento nos autos".*

Em razão do efeito suspensivo atribuído em Embargos de Terceiros em relação à execução do imóvel de matrícula nº 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande, incabível a prática de qualquer ato executório até o trânsito em julgado de referida demanda, sob pena de se causar dano irreversível ao terceiro.

Cabe destacar que a alienação do imóvel foi permitida através de decisão judicial, o que corrobora a verossimilhança das alegações do terceiro prejudicado e demonstra a possibilidade de ocorrer dano irreparável ao seu direito, haja vista que a imissão do exequente na posse do bem traz o risco do agravante não poder reaver o bem posteriormente.

Diante de tais considerações, evidente a necessidade de se determinar a suspensão de qualquer ato executório sobre o imóvel de matrícula nº 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande, até que haja o julgamento e devido trânsito em julgado dos Embargos de Terceiro nº 0819252-26.2012.8.12.0001.

O recurso, portanto, comporta provimento.

Dispositivo:

Posto isso, rejeito as preliminares arguidas em contraminuta pelo agravado e dou provimento ao recurso, para determinar a suspensão de qualquer ato executório sobre o bem imóvel de matrícula n. 18.136, da 2ª CRI de Campo Grande, até o julgamento de mérito dos Embargos de Terceiro (autos n. 0819252-26.2012.8.12.0001).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e deram 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, 06 de março de 2018.

***

2 Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1. 57 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação nº 0038764-28.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – AUTOR/APELANTE NÃO CONSEGUIU RECEBER SEGURO DESEMPREGO POR CONSTAR QUE ESTAVA "REEMPREGADO" – ERRO NO SISTEMA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO – DUAS PESSOAS COM MESMO NÚMERO DE PIS – ERRO RECONHECIDO ADMINISTRATIVAMENTE PELO MINISTÉRIO – IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA QUE CONTRATOU A TERCEIRA PESSOA E ACABOU POR PREJUDICAR O RECEBIMENTO DE SEU SEGURO-DESEMPREGO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Marcos da Silva Gotardo interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1° Grau que, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguiu sem resolução de mérito a ação de restabelecimento de seguro desemprego c/c indenização por danos morais ajuizada em face do Ministério Público do Trabalho e Emprego e da Brasil Telecom Call Center S.A.

O magistrado de piso entendeu que a empresa requerida é ilegítima, eis que não pode ser responsabilizada pela existência de duas pessoas cadastradas com o mesmo número de PIS, o que veio a resultar no não recebimento do seguro-desemprego pelo autor/apelante.

Preliminarmente aduz o apelante que houve cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento do processo sem a produção das provas solicitadas. No mérito, fundamenta que a Brasil Telecom Call Center S/A é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, eis que em nenhum momento as provas atestam tratar-se de número de PIS gerado em duplicidade, mas a empresa apelada ao realizar a contratação de novo funcionário forneceu erroneamente o número de seu PIS, o que lhe impediu de receber o seguro desemprego de que tinha direito, eis que constava em seu registro que estaria contratado, quando na verdade não estava. Assim, requer seja a apelada condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Contrarrazões às f.210/217.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Marcos da Silva Gotardo interpõe recurso de apelação contra a decisão de 1° Grau que, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguiu sem resolução de mérito a ação de restabelecimento de seguro desemprego c/c indenização por danos morais ajuizada em face do Ministério Público do Trabalho e Emprego e da Brasil Telecom Call Center S.A.

Da preliminar de cerceamento de defesa:

Preliminarmente aduz o apelante que houve cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento do processo sem a produção das provas solicitadas.

Sem razão, contudo, o recorrente.

Conforme é amplamente sabido, cabe ao juiz a obrigação de ponderar a necessidade da dilação probatória requerida pelos litigantes nos autos, deferindo aquelas provas relevantes para o feito e indeferindo as que considerar desnecessárias.

Assim, entendendo ele que os documentos constantes no processo são suficientes para a formação de seu convencimento, deverá julgar a lide, sem que tal procedimento implique em qualquer ofensa ao direito de defesa das partes.

Sobre o tema, vejamos o ensinamento de Vicente Greco Filho (*in* Direito Processual Civil Brasileiro. 14ª ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 170):

> *"O objeto da prova é sempre o fato controvertido, pertinente e relevante. Se for incontroverso, não há necessidade de prova; tampouco se for irrelevante ou impertinente, pois então não alterará em nada o resultado da causa".*

Na hipótese examinada, percebe-se que a julgadora *a quo* convenceu-se, no decorrer dos atos processuais, que as provas e demais elementos contidos nos autos eram suficientes para o julgamento do feito, não sendo necessária produção de novas provas.

Neste sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. O entendimento pacificado nesta corte é que a necessidade de produção de determinadas provas, bem como a valoração delas, encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face das circunstâncias de cada caso. 2. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste tribunal, encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ. Agravo interno improvido.* (STJ; AgInt-AREsp 936.115; Proc. 2016/0157972-9; SC; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; DJE 31/08/2016)

Assim, sendo as provas constantes dos autos suficientes para o julgamento do feito, entendo que não há que se falar em cerceamento de defesa.

Mérito:

No mérito, fundamenta que a Brasil Telecom Call Center S/A é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda, eis que em nenhum momento as provas atestam tratar-se de número de PIS gerado em duplicidade, mas a empresa apelada ao realizar a contratação de novo funcionário forneceu erroneamente o número de seu PIS, o que lhe impediu de receber o seguro desemprego de que tinha direito, eis que constava em seu registro que estaria contratado, quando na verdade não estava. Assim, requer seja a apelada condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

No entanto, em que pesem os argumentos apresentados pelo apelante, ao analisar os autos é possível verificar, através do documento de f. 57, que os fatos não ocorreram da maneira como narra o autor/apelante, eis que, ao que consta, a culpa pelo não recebimento do seguro desemprego do autor/apelante não foi da empresa Brasil Telecom Call Center S.A, eis que o próprio Ministério do Trabalho reconheceu administrativamente que o autor/apelante faria *jus* ao recebimento do benefício previdenciário e que o reemprego foi de outra pessoa (Oscar Souza Salles Neto).

Assim, se existem duas pessoas com o mesmo cadastro de PIS junto ao Ministério do Trabalho, não pode a Brasil Telecom ser responsabilizada por erro que não cometeu.

Neste mesmo sentido foram os fundamentos da julgadora de piso:

> *"Entretanto, o próprio Ministério do Trabalho e Emprego, conforme o documento de f. 57, deu provimento a um recurso interposto pelo autor, no bojo de processo administrativo acerca do cancelamento de seu seguro-desemprego, com a observação de que o "reemprego foi de outra pessoa".*

Destarte, é inegável que o cadastramento, o fornecimento e o controle da emissão do número de identificação do trabalhador foge à responsabilidade do empregador. Assim, no caso particular dos autos, não pode a ré ser responsabilizada pelo erro na emissão do PIS, pois, se há duas pessoas com o mesmo número de identificação junto ao Programa, tal responsabilidade é de quem cria o número e executa o cadastramento e não de quem formula simples requerimento de cadastramento.

Destarte, considerando o fato de a requerida não ser a responsável pela emissão do número de identificação do autor, é de rigor a extinção do feito, sem julgamento do mérito, por ser ela parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente ação"

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Marcos da Silva Gotardo, contudo nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802848-68.2015.8.12.0008 – Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRISÃO ILEGAL – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – OBRIGAÇÃO QUITADA – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA – MESMO MANDADO CUMPRIDO DUAS VEZES – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA CONFORME ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA EM CARÁTER VINCULANTE PELO STF – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POSTERGADOS – HONORÁRIOS RECURSAIS – NÃO CABÍVEIS – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Comprovada a prisão indevida, é dever do Estado reparar o erro, em virtude da responsabilidade objetiva. Autor foi recolhido indevidamente à prisão, em razão da negligência da Administração que não deu baixa no Mandado de Prisão anteriormente cumprido.

O valor fixado a título de dano moral deve ser mantido em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), porque constitui valor justo, razoável e adequado para reparar o dano sofrido, conforme entendimento predominante nesta Câmara.

A condenação de dívida não tributária imposta contra a Administração Pública deve ser corrigida pelo IPCA-E e sofrer a incidência de juros moratórios de acordo com índice de remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, alterado pela Lei n. 11.960/09, conforme entendimento sedimentado no tema 810 do STF, dos recursos com repercussão geral.

Por se tratar de sentença ilíquida, tendo como sucumbente a Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários advocatícios deve ser postergado para momento posterior à liquidação do julgado.

Incabível a fixação de honorários recursais, por ter sido o recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por Alexandre Medeiros Maciel, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente a partir da sentença, com base na variação do IGP-M/FGV, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento ao mês), computados desde o evento danoso (considerada a data da prisão ilegal, dia 27/05/2015); condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

O apelante defende a inexistência de danos morais indenizáveis, argumentando não restar demonstrada a conduta abusiva e ilegal do Estado em relação ao apelado. Subsidiarimante, postula pela redução do valor indenizatório arbitrado e refuta os índices de correção monetária e os juros de mora empregados na sentença primária.

Postula pelo provimento do apelo.

O apelado apresentou Contrarrazões às f. 468/473, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá/MS, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por Alexandre Medeiros Maciel, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente a partir da sentença, com base na variação do IGP-M/FGV, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento ao mês), computados desde o evento danoso (considerada a data da prisão ilegal, dia 27/05/2015); condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Da admissibilidade recursal

A apelação preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos, estando tempestiva e dispensada do preparo, por se tratar da Fazenda Pública Estadual, por força da isenção prevista no art. 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779, de 11.11.2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual).

Síntese da demanda

Da análise dos autos, em síntese, verifica-se que o apelado foi preso em 26/03/15, em decorrência de um Mandado de Prisão expedido nos autos nº 0807170-26.2013.8.12.0001, relativo a pagamento de pensão alimentícia. Foi solto em 31/03/2015, mediante alvará de soltura, após pagar os débitos devidos. Ocorre que foi preso novamente, na data de 27/05/2015, pelo mesmo mandado de prisão (que já havia sido cumprido).

A parte autora alegou, na exordial, ter sido submetido a situação vexatória (por ter sido preso diante de várias pessoas conhecidas); ter deixado de comparecer ao teste de aptidão física para seleção de uma vaga de emprego temporário do IBAMA (na função de brigadista Chefe de Brigada); ter perdido o dia de serviço, com desconto salarial, na empresa "Gelo Bom", além de ser dispensado do serviço em questão em razão dos fatos.

A sentença primária conclui pela procedência parcial dos pedidos:

> *"Ante o exposto, resolvo o mérito da demanda, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil/2015, e julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), corrigido monetariamente a partir da sentença, com base na variação do IGP-M/FGV (Súmula 362 do STJ), e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento ao mês), computados desde a o evento danoso (Súmula 54 do STJ) que, no caso, considero a data da prisão ilegal, dia 27/05/2015.*
>
> *Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios, estes que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do que dispõe o artigo 85, §3º, I, do Código de Processo Civil/2015, considerando a natureza e a importância da causa, o tempo de trabalho exigido, o local da prestação do serviço e o zelo do advogado.*
>
> *Deixo de condená-los ao pagamento de custas processuais por serem entes público beneficiado com a isenção (artigo 24 da Lei estadual n. 3.779/2009)."*

Em suas razões recursais, o apelante defende a inexistência de danos morais indenizáveis, argumentando não restar demonstrada a conduta abusiva e ilegal do Estado em relação ao apelado. Subsidiariamente, postula pela redução do valor indenizatório arbitrado e refuta os índices de correção monetária e os juros de mora empregados na sentença primária.

Do mérito

1. Das perdas e danos (reexame necessário)

O juízo *a quo* não reconheceu o direito do autor à perdas e danos. Transcrevo parte da sentença:

> *"(...) No caso dos autos, apesar do requerente ter colacionado documentos que comprovam tanto sua inscrição quanto a data de realização do teste de aptidão física necessário à conclusão do processo seletivo para emprego temporário junto ao IBAMA, não há qualquer prova de que seria aprovado e contratado, caso tivesse concluído o processo seletivo, sendo que a mera expectativa não supre a comprovação de efetivo prejuízo.*
>
> *Com relação ao trabalho de motorista que exercia junto a empresa Gelo Bom, muito embora na inicial tenha pedido indenização correspondente a 12 meses de salário, não comprovou sequer que era funcionário contratado pela empresa, tendo afirmado, inclusive, que atuava como diarista.*
>
> *Do mesmo modo, apesar de ter juntado aos autos declaração emitida pela empresa Gelo Bom que atestou que não compareceu ao trabalho no dia 28/05/2015 e deixou de receber o valor da diária, não comprovou a quantia devida, não havendo que falar, portanto, em indenização por perdas e danos, ante a ausência de prova material nesse sentido"*

De fato, não há comprovação nos autos de que o autor seria efetivamente contratado pelo IBAMA, que seria aprovado e contrato. Ademais, verifica-se que existia apenas 01 (uma) vaga para a função em questão, conforme se observa no documento anexado às f. 22.

Da mesma forma, não há contrato de trabalho entre o requerente e a empresa Gelo Bom, de forma que inexistem provas da contratação, das diárias recebidas, da dispensa do serviço.

Portanto, a sentença não merece reforma neste quesito.

2. Do dano moral e do dever de indenizar (reexame necessário e apelo do Estado de Mato Grosso do Sul)

Colhe-se dos autos que o autor, Alexandre Medeiros Maciel, foi preso injustificadamente na data de 27/05/15, por Mandado de Prisão já cumprido. A obrigação que gerou o mandado referido nem mais existia, visto que da prisão anterior foi liberado mediante alvará de soltura, após quitar seus débitos na ação de execução alimentar.

Vislumbra-se, assim, que não foi dada a devida baixa no mandado de prisão – que foi cumprido duas vezes, ocasionando uma prisão indevida – revelando erro ou desorganização da atividade pública, o que enseja a responsabilidade do Estado.

O dever de indenizar está interligado à Responsabilidade Civil. Destaca-se, inicialmente, a necessidade de comprovação de determinados pressupostos para ensejar a condenação ao pagamento de qualquer indenização, seja por dano moral ou material.

Nesse sentido, a caracterização da responsabilidade civil requer a confluência dos elementos: conduta, dano, nexo causal. E, ainda: culpa (na responsabilidade subjetiva) ou risco (na responsabilidade objetiva).

De acordo com o § 6º, do art. 37 da CF/88, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público é objetiva, senão vejamos:

> *"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".*

Dessa forma, presume-se que o constituinte, com relação à responsabilidade civil do Estado, adotou a Teoria do Risco Administrativo, segundo a qual o dever das pessoas jurídicas é de indenizar terceiros pelos danos causados por seus agentes, quando do desenvolvimento de suas atividades.

Esse dever decorre independentemente dos mesmos terem agido com dolo ou culpa, sendo suficiente a simples demonstração pela vítima do nexo de causalidade entre o ato ou fato e dano por ela sofrido. Então, se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, como é o caso dos autos, deve reparar esses danos, mediante indenização, bastando que o Poder Público seja acionado.

A ilustre civilista Maria Helena Diniz, com a precisão que lhe é peculiar, assim se manifesta sobre a existência dos danos morais:

> *"Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte seu sofrimento"*

No caso em tela, vê-se que não houve o recolhimento do mandado de prisão após seu cumprimento, quando da ocasião da primeira prisão, permanecendo em aberto, restando evidente a conduta negligente perpetrada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Assim, uma vez verificada a subsunção dos fatos à norma e estabelecida a obrigação indenizatória do Estado, cujo fundamento é a própria Constituição, resta analisar apenas o valor fixado pela sentença *a quo* a título de indenização por danos morais.

3. Da verba indenizatória (reexame necessário e apelo do Estado de Mato Grosso do Sul)

A sentença singela fixou a verba indenizatória em 15.000,00 (quinze mil reais). O apelante insurge-se contra esse valor, considerando-o excessivo.

Embora a lei não estabeleça parâmetros objetivos para o cálculo do *quantum* devido a título de indenizações, há critérios embasados nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem ser levados em consideração para a fixação de tais valores.

Dessa premissa, desdobra-se que o quantitativo indenizatório não deve consubstanciar-se como fonte de enriquecimento indevido, devendo mostrar-se razoável e proporcional ao poder econômico do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se converter em medida insignificante e inexpressiva que se afaste das funções inerentes à natureza indenizatória, quais sejam: função compensatória, função penalizadora e função pedagógica.

A professora Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos danos morais expressa que:

> *"Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine"* (Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Saraiva, 2003).

Esse é o entendimento amplamente considerado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *"CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERASA. DANO MORAL. RESSARCIMENTO. VALOR. REDUÇÃO. I. A indenização por dano moral deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que cause enriquecimento sem causa, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida. II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (RESP 754.806/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 26.06.2006 p. 166).*

A este respeito, já se pronunciou a 5ª Câmara Cível:

> *RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR PERDAS E DANOS C/C PEDIDO DE DANOS MORAIS – PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES - PRECLUSÃO - ACOLHIDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA DECIDIDA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – MÉRITO – ATO ILÍCITO – COMPROVADO –* ***DANOS MORAIS – DEVIDOS – QUANTUM – JUSTO E RAZOÁVEL*** *– MANTIDO – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – PERDAS E DANOS – INDEVIDOS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO – NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.* (TJMS, Apelação Cível nº 0800834-81.2015.8.12.0018, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data do julgamento: 10/05/2016). (destaquei).

Com efeito, somente cabe a alteração do valor indenizatório quando este se mostrar exorbitante ou ínfimo, o que não se verifica neste caso concreto. Este é entendimento adotado por esta Câmara, conforme se observa em julgamentos de casos análogos:

*"No caso sub judice, mesmo estando patente a falha no serviço público quanto à alimentação do sistema de informação da polícia, bem como o inconteste abalo moral e ofensa à honra e à imagem do autor ao ser levado à prisão sem justa causa, entendo que o montante indenizatório não pode ser majorado conforme o pedido, contudo, d**eve ser majorado de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para a importância de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), tratando-se de quantia que reputo como justa, razoável e adequada para a situação examinada** e dentro daquilo que vem sendo norteado pela jurisprudência".* (TJ/MS - Apelação - Nº 0043021-04.2009.8.12.0001 - Campo Grande - 5ª Câmara Cível; julg. 19/09/17). (destaquei).

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – **PRISÃO INDEVIDA – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS** – PROCESSO EXTINTO – EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA – DANO MORAL CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MANTIDO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – CONFORME ORIENTAÇÃO SEDIMENTADA EM CARÁTER VINCULANTE PELO STF – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

1. Comprovada a prisão indevida, em virtude da responsabilidade objetiva, é dever do Estado reparar o erro, sobretudo se houve falha do sistema por ele administrado. Restou comprovado que o requerente foi recolhido indevidamente à prisão, em razão da desídia da Administração que não tomou as providências necessárias ao recolhimento e baixa de mandado de prisão expedido em ação de execução de alimentos, em que o decreto prisional restou revogado em razão do pagamento e extinção do processo.

*2. **Há de ser mantido o valor da indenização por danos morais arbitrado na sentença – R$ 15.000,00, porque constitui "quantum" capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido**, bem como fazer com que o Estado procure formas mais seguras e eficazes de atualização de seu banco de dados, a fim de evitar ações que possam causar grave lesão à direitos fundamentais dos cidadãos, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*

3. Em conformidade com a orientação sedimentada, em caráter vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de 25 de março de 2015 a Fazenda Pública responde por juros moratórios de 1% ao mês (art. 161, § 1º, CTN) e correção monetária pelo IPCA-E. Na hipótese, deve ser mantida a sentença que fixou juros de mora de 1% ao mês e, a fim de evitar reformatio in pejus, também deve ser mantido o IGPM como índice de correção monetária.

4. Em razão da sucumbência e ante o desprovimento do recurso de apelação do requerido, fato que autoriza honorários recursais, aplica-se o regramento contido no art. 85, § 11, do NPCP, no sentido de majorar a verba honorária de sucumbência, em favor do autor de 10 para 12% sobre o valor da condenação. (TJMS. Apelação n. 0800874-58.2015.8.12.0052, Anastácio, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 09/05/2017, p: 11/05/2017). (destaquei).

Ante todas as peculiaridades do caso concreto, depois de consideradas todas essas circunstâncias, vejo que o valor indenizatório arbitrado na sentença deve ser mantido, pois justo, razoável e adequado.

4. Da correção monetária e dos juros de mora (reexame necessário e apelo do Estado de Mato Grosso do Sul)

A sentença merece reforma no tocante à correção monetária e ao juros de mora.

O Supremo Tribunal Federal resolveu a controvérsia sobre o tema. Ao julgar o mérito do RE nº 870.847/SE (Tema nº 810, STF, ATA Nº 27, de 20/09/2017, DJE nº 216, divulgado em 22/09/2017), sedimentou orientação quanto à correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública.

Registra-se a decisão em questão – consignando-se que, a despeito de não ter havido o trânsito em julgado, seu teor é hábil a influenciar a orientação adotada por esta Corte, sendo cabível a aplicação de precedente vinculante:

> *1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.9.2017.*

Portanto, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é inconstitucional, na parte que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, somente quando incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária (aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia).

Quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Quanto à correção monetária, reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Referencial TR, e conservando-se coerência e uniformidade com o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, deve permanecer a metodologia instituída pela Lei nº 11.960/09. A esse teor, a correção monetária deverá ser calculada com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25.03.2015; após será aplicado o IPCA-E.

Nessa seara, a condenação imposta dever ser corrigida monetariamente pelo IPCA-E e sofrer a incidência de juros moratórios de acordo com o índice de remuneração da caderneta de poupança, por se tratar de relação jurídica de natureza não-tributária, na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, alterado pela Lei n. 11.960/09.

5. Dos honorários advocatícios

A autoridade judiciária de primeiro grau houve por bem condenar o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º, do CPC.

Entretanto, por ser ilíquida a sentença proferida em primeiro grau, em observância ao artigo 85, § 4°, inciso II do novo Estatuto Processual Civil, hei por bem modificar o capítulo da sentença concernente à verba honorária, postergando a fixação do percentual que incidirá sobre a condenação, para após a realização da liquidação do julgado, com a observância do princípio do *non reformatio in pejus*.

Esse tema foi abordado na doutrina de Luiz Henrique Volpe Camargo, nos seguintes termos:

> *"Também nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a natureza da sentença terá relevância para a definição sobre o que incidirá o percentual definido pelo juiz. Diante disso: a) se a sentença tiver natureza condenatória, o percentual (a ser fixado em observância a uma das faixas do §3º do art. 85 na qual o processo enquadrar-se) incidirá sobre a condenação, seja quando o valor for mensurado na fase de conhecimento (inc. I do §4º, do art. 85), seja quando o valor for apurado na fase de liquidação do julgado (inc., II do §4º, do art. 85). Note-se que, no ponto, quando a sentença for ilíquida, se relegará a definição do percentual de honorários para a decisão de liquidação de sentença (inc. II do §4º, do art. 85). É que na liquidação de sentença se definirá o valor da condenação principal e, em consequência desta, o percentual de honorários (se entre 10 e 20%; ou se entre 8 e 10%; ou se entre 5 e 8%; ou se entre 3 e 5%; ou, ainda, se entre 1 e 3%), posto que este depende daquela." (Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil. Ed. RT, ano 2015, p. 317)*

Nesse sentido é assente a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de justiça, inclusive em processo submetido a minha relatoria e julgado por esta Egrégia 5ª Câmara Cível:

> *"E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO – OBSERVÂNCIA DO PRAZO QUINQUENAL – MÉRITO – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – PERÍCIA TÉCNICA ELABORADA POR MÉDICO DO TRABALHO – EXPOSIÇÃO A AGENTES BIOLÓGICOS QUALIFICADA EM GRAU MÉDIO – ADICIONAL DEVIDO – CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO ÍNDICE OFICIAL DA CADERNETA DE POUPANÇA (TR) ATÉ 25.03.2015, APÓS, APLICADO IPCA-E, DESDE O VENCIMENTO DE CADA PARCELA – JUROS DE MORA – DE ACORDO COM A CADERNETA DE POUPANÇA (LEI N. 11.960/2009) – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSTERGAÇÃO DA FIXAÇÃO DO PERCENTUAL PARA APÓS A LIQUIDAÇÃO DO JULGADO – HONORÁRIOS RECURSAIS – ARTIGO 85, §4°, II E §11 DO NCPC – APELO CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO OBRIGATÓRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Nas ações indenizatórias propostas contra a Fazenda Pública aplica-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no Decreto nº 20.910/32. Tratando-se de obrigação de trato sucessivo a prescrição atinge apenas as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação. O pagamento do adicional de insalubridade somente é devido à vista de Lei local que expressamente preveja as atividades tidas como insalubres e seus percentuais, sendo inaplicáveis às atividades públicas no município das normas regulamentadoras da medicina do trabalho e legislação federal sobre insalubridade, prevalecendo a Lei local. Nas condenações impostas contra a Fazenda Pública deverá ser calculada a correção monetária com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 25.03.2015 e, após, com a utilização do IPCA-E. Sobre a dívida deverá incidir juros de mora a partir da citação, na forma do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/1997.* ***De acordo com o artigo 85, §4°, inciso II do NCPC, na hipótese de prolação de sentença ilíquida, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado. O desprovimento do recurso implica na majoração/ arbitramento de honorários advocatícios em favor do patrono da parte contrária."*** *(TJMS - Apelação / Remessa Necessária n. 0801522-17.2013.8.12.0017, Nova Andradina, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 07/02/2017, p: 09/02/2017) - (destaquei).*

> *"EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – POLICIAL MILITAR – INDENIZAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO – EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE CONDUTOR E OPERADOR DE VIATURA – INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 23, INCISO V, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N° 127, DE 15/05/2008 – AFASTADA – DECRETO ESTADUAL Nº 12.560/08 QUE LIMITA O DIREITO À INDENIZAÇÃO AOS CASOS DE DESIGNAÇÃO DO GOVERNADOR – EXCESSO DO PODER REGULAMENTAR – REQUISITO NÃO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 127/2008 – SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI 9494/09 – CORREÇÃO MONETÁRIA – TAXA REFERENCIAL ATÉ 25/03/2015 – APÓS IPCA–E – ISENÇÃO DAS CUSTAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 85, §4º, II, CPC – PREQUESTIONAMENTO – REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS. Por se tratar de sentença ilíquida proferida contra a fazenda Pública, a remessa necessária deve ser conhecida de ofício, nos termos da Súmula 490 do STJ. Satisfeitos os requisitos previsto na Lei Complementar Estadual n. 127/2008, faz jus o servidor público ao recebimento de vantagem pecuniária, sem que isso importe a majoração da remuneração de maneira irregular, em afronta ao disposto no artigo 37, X da Constituição Federal, bem como em aumento inconstitucional de remuneração, violando o art. 39, § 4º da Constituição Federal, de modo que não merece acolhimento a suscitada inconstitucionalidade do dispositivo A Lei Complementar nº 127/08 não limitou a obtenção da indenização de retribuição pelo exercício de atribuições inerentes ao cargo de Motorista de Viatura somente às hipóteses de designações provenientes de ato do Governador do Estado, de modo que o Decreto Estadual nº 12.560/2008, ao fazê-lo, atuou de maneira ilegal e extrapolou o poder regulamentar do Executivo. Tendo o apelado comprovado a efetiva prestação do serviço, inafastável o direito à indenização, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Em se tratando de condenação imposta à Fazenda Pública, Os juros moratórios devem ser calculados com respaldo no índice oficial de remuneração básica e juros incidentes sobre a caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97. Em relação a correção monetária, nos termos da recente decisão do STF, nos autos das ADINs n. 4425 e 4357, deve ser mantido o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até a data de 25/03/2015, sendo que após, será aplicado o IPCA-E. A Fazenda Pública Estadual é isenta do pagamento das custas processuais remanescentes, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779, de 11 de novembro de 2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual).* ***Nas ações em que for sucumbente a Fazenda Pública, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual dos honorários advocatícios e recursais somente ocorrerá quando liquidado o julgado.*** *Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 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.* (TJMS - Apelação / Remessa Necessária n. 0808321-56.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 11/04/2017, p: 11/04/2017) - (destaquei).

Por tais razões, postergo o arbitramento dos honorários advocatícios para momento posterior à liquidação do julgado.

Dos honorários advocatícios recursais

Sobre os honorários advocatícios recursais, houve inovação legislativa no sentido de servir de desestímulo econômico à interposição de recursos meramente protelatórios pela parte sucumbente, evitando-se a utilização do devido processo legal, com os recursos a ele inerentes, como forma de proteção daquele que não tinha o direito ao seu lado.

Assim sendo, resta que a majoração dos honorários já fixados em primeiro grau só se justifica quando a parte sucumbiu na instância inferior, vindo a sucumbência a ser confirmada após a interposição de recurso por esta mesma parte, vez que demonstrada a injustificada postergação da entrega do bem de vida pretendido pela parte contrária, com a consequente atuação de seu patrono em volume superior ao necessário.

Sobre a questão, Fredie Didier Jr. leciona:

> *"(...) A condenação em honorários de sucumbência ocorre, apenas, quando se julga a causa. A resolução de um incidente não acarreta a condenação nos honorários de sucumbência. O § 11 do art. 85 do CPC prevê a majoração dos honorários no âmbito recursal; cria-se aí a chamada sucumbência recursal. Se o sujeito der causa a uma demanda originária, deverá arcar com os honorários de sucumbência. Se, de igual modo, der causa a uma demanda recursal, deverá arcar com a majoração dos honorários. O valor dos honorários recursais soma-se aos honorários anteriormente fixados. Assim, vencida numa demanda, a parte deve-se sujeitar ao pagamento de honorários sucumbenciais para o advogado da parte contrária. Nessa hipótese, caso recorra e seu recurso não seja, ao final, acolhido, deverá, então haver uma majoração específica no valor dos honorários de sucumbência. A inadmissibilidade ou a rejeição do recurso implica, objetivamente, uma consequência específica, correspondente ao aumento do percentual dos honorários de sucumbência....**A sucumbência recursal, com a 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."*
> (Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª Edição). (destaquei)

Nesse mesmo sentido, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no AgInt no AREsp 829.107/RJ, do qual extraio o seguinte trecho que corrobora de forma clara e objetiva o posicionamento ora adotado:

> *"(...) 2. Procede-se à análise do ponto controvertido relativo à possibilidade de aplicação/majoração dos honorários sucumbenciais por força do manejo de recurso, nos termos do artigo 85, § 11, do novo CPC/2015, assim redigido:*
>
> *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.*
>
> *Todas as digressões até aqui realizadas servem de norte à assertiva segundo a qual, somente se admite a majoração dos honorários consoante estabelecido pelo § 11 do referido normativo quando a sucumbência, ou seja, a proporção de vitória/derrota das partes já estiver estabelecida nas instâncias precedentes, tendo-se por certo o desfecho da "disputa judicial" sobre a qual a lei conferiu o "prêmio" ao patrono vencedor. Não há falar em majoração de verba honorária sucumbencial recursal na hipótese de ocorrer efetiva alteração da sucumbência estabelecida entre as partes por força do provimento meritório do recurso, verificando-se em casos assim, o reconhecimento inaugural da sucumbência mediante a análise da proporção de vitória/derrota, bem ainda, com a fixação dos honorários sucumbenciais em virtude do trabalho realizado pelo causídico na demanda. Certamente, não poderá coexistir o reconhecimento da sucumbência com a majoração dos honorários, tanto por incongruência de procedimento quanto em virtude de a própria lei ter assentado que o acréscimo será dos "honorários fixados anteriormente. (...)"*

Resta, assim, que a majoração dos honorários já fixados em primeiro grau só se justifica quando a parte sucumbiu na instância inferior, vindo a sucumbência a ser confirmada após a interposição de recurso interposto por esta mesma parte, vez que demonstrada a injustificada postergação do cumprimento da obrigação devida.

Na hipótese, como o recurso de apelação foi parcialmente provido, situação que obsta o caráter procrastinatório da demanda, resta incabível o arbitramento de verba honorária advocatícia recursal.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e do recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhes parcial provimento, a fim de determinar:

Que a correção monetária seja calculada com base no índice IPCA-E, a partir do arbitramento até o efetivo pagamento;

Que os juros de mora sejam calculados com base nos juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º - F, da Lei nº 9.497/97, a partir do evento danoso;

Que seja postergado o arbitramento dos honorários advocatícios para momento posterior à liquidação do julgado.

No mais, mantenho a sentença nos seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

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, 15 de dezembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0803142-93.2015.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – NÃO CONHECIDO – MATÉRIA JÁ ANALISADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRECLUSÃO – ACIDENTE DOMÉSTICO COM ESCADA DE ALUMÍNIO – DEMONSTRADO NO LAUDO O NEXO CAUSAL ENTRE O ACIDENTE E A LESÃO SOFRIDA – DANO MATERIAL – LUCROS CESSANTES – PERÍODO EM QUE FICOU IMPOSSIBILITADO DE TRABALHAR – TRABALHADOR AUTÔNOMO – VALOR DO SALÁRIO – MÍNIMO – DANO MORAL DEVIDO – *QUANTUM* FIXADO RAZOÁVEL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NA PARTE CONHECIDA 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 unanimidade, afastar a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, não conhecer da preliminar de ilegitimidade, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de março de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Arruela Ferragens Ltda. interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina que, nos autos de ação de indenização ajuizada por Dernival Rodrigues dos Santos, julgou procedentes os pedidos para "*condenar as partes requeridas ao pagamento de lucros cessantes, no valor de R$3.620,00 (três mil seiscentos e vinte reais); cada prestação mensal em atraso deve ser "acrescida" de correção monetária pelo IGPM-FGV e de juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e a partir da data do evento; Condenar as requeridas ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por danos morais, com juros moratórios de 1% (um por cento) e com correção monetária pelo IGPM-FGV, ambos ao mês e a contar da data desta sentença de arbitramento (a correção monetária com base no enunciado da Súmula de n. 362 do e. Superior Tribunal de Justiça)*"

Argui preliminarmente a sua ilegitimidade passiva. Sustenta que segundo o recorrido, em razão de defeito no produto adquirido sofreu dano pelo qual requer a indenização, contudo, em caso de defeito do produto é o fabricante quem responde.

Argumenta ainda que não há provas nos autos que as sequelas são do acidente e não de acidente corrido anteriormente.

Aduz também que não restou demonstrado os danos materiais e morais sofridos.

Impugna o valor fixado a título de dano moral, defendendo sua redução para R$ 5.000,00.

Pede o conhecimento e provimento do recurso com o fim de reformar a sentença, reconhecendo a ilegitimidade passiva, e julgar improcedente os pedidos de dano material e moral.

A parte recorrida apresentou contrarrazões às f. 431-442, alegando preliminarmente a ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, defendeu a manutenção da sentença.

O recorrente intimado (f. 447), não se manifestou sobre a preliminar aventada (f.448).

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Arruela Ferragens Ltda. contra sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Nova Andradina que, nos autos de ação de indenização ajuizada por Dernival Rodrigues dos Santos, julgou procedentes os pedidos iniciais.

Da admissibilidade do recurso de apelação

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.

O comprovante do recolhimento de preparo foi juntado às f. 428-429.

Síntese da demanda

Conforme se depreende dos autos, o requerente propôs a presente ação de indenização alegando que adquiriu do apelante uma escada de alumínio com cinco degraus, com limite de peso de 120 Kg na data de 16/10/2013, e que em 09/11/2013, estava apoiado no quarto degrau da escada, quando a faixa de segurança se rompeu por não suportar seu peso, em torno de 70 kg, causando lhe queda.

Afirma o autor que em decorrência do tombo, fraturou o fêmur esquerdo, sendo necessária a realização de cirurgia que lhe afastou do trabalho.

Após instrução processual, o juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

Isso posto, com base no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes, em parte, os pedidos para:

3.1. condenar as partes requeridas ao pagamento de lucros cessantes, no valor de R$3.620,00 (três mil seiscentos e vinte reais); cada prestação mensal em atraso deve ser "acrescida" de correção monetária pelo IGPM-FGV e de juros moratórios de 1% (um por cento), ambos ao mês e a partir da data do evento;

3.2. Condenar as requeridas ao pagamento de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de indenização por danos morais, com juros moratórios de 1% (um por cento) e com correção monetária pelo IGPM-FGV, ambos ao mês e a contar da data desta sentença de arbitramento (a correção monetária com base no enunciado da Súmula de n. 362 do e. Superior Tribunal de Justiça);

Cada capítulo é passível de execução, de modo que a parte requerente deve apresentar memorial de cálculo individualizado para cada capítulo na hipótese de proposição de eventual cumprimento.

Em consequência da sucumbência, condeno as partes requeridas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor total atualizado da condenação, nos termos do artigo 85, §2°., do Código de Processo Civil.

Incorfomada com a sentença proferida, a requerida Arruela Ferragens Ltda., interpôs o presente recurso de apelação.

Ofensa ao princípio da Dialeticidade - Preliminar arguida em contrarrazões

Argui o recorrido que a apelante não ataca os fundamentos da sentença, apenas renova os fundamentos apresentados em contestação.

A preliminar deve ser rejeitada.

A teoria geral dos recursos apresenta o princípio da dialeticidade como de fundamental importância para o conhecimento do recurso interposto.

Por meio dele, exige-se do recorrente a exposição do inconformismo com a decisão, com a menção do porquê de seu descontentamento, indicando os fatos e fundamentos jurídicos que amparam sua pretensão de reforma, até mesmo como maneira de facilitar a aplicação do contraditório, porquanto sem saber a motivação, a parte recorrida terá prejuízo para expor suas contrarrazões.

Nas palavras preciosas do Des. Sideni Soncini Pimentel "*recurso dialético é aquele que admite a perfeita compreensão do inconformismo do recorrente, permitindo ao Juízo "ad quem" delimitar o âmbito de devolutividade com vistas à reforma do julgado.*"[1]

Araken de Assis, Manual dos Recursos, 2ª ed., Editora: Revista dos Tribunais, 2008, pgs. 97/98, sobre esse princípio, assim aduz:

> *"Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (error in judicando), o vício de procedimento (error in procedendo) ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, caput). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta da motivação prejudica o contraditório".*

Ao analisar o recurso de apelação interposto, constata-se que o recorrente logrou êxito em apresentar a fundamentação concernente à insurgência alegada e as razões do pleito de reforma da decisão singular; logo, impugnou de forma adequada a decisão singela.

Destarte, sem mais delongas, rejeito a preliminar aventada nas contraminuta.

Preliminar de ilegitimidade passiva – alegada pelo recorrente.

Argui preliminarmente a sua ilegitimidade passiva. Sustenta que segundo o recorrido, um defeito no produto adquirido sofreu dano pelo qual requer a indenização, contudo, em caso de defeito do produto é o fabricante quem responde.

---

1 Apelação - Nº 0201339-48.2010.8.12.0002 – Dourados. Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel – 5ª Câmara Cível – julgado em 25/07/2017.

Em que pese as alegações do recorrente, a preliminar não pode ser conhecida.

Isto porque, a questão da ilegitimidade já foi analisada pelo juízo de 1º grau e em grau de recurso, com a interposição de Agravo de Instrumento n. 1401773-32.2016.8.12.0000, em 02.05.2016, julgado por esta Câmara Cível, com a seguinte ementa:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RECURSO JULGADO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973 – MANTIDO O AFASTAMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA – SOLIDARIEDADE ENTRE FORNECEDOR E FABRICANTE – PRESERVAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO"*

Desse modo, restou prejudicada a análise da preliminar.

Do mérito

Quanto ao mérito, defende o apelante a inexistência de provas nos autos que as sequelas sofridas pelo apelado são do acidente com a escada e não de acidente corrido anteriormente.

Sem razão a irresignação do recorrente.

O laudo é preciso ao afirmar que a sequela sofrida pelo apelante é decorrente do acidente doméstico em questão. Veja:

> *"DIAGNÓSTICO: SEQUELA DE FRATURA DE FÊMUR ESQUERDO COM ENCURTAMENTO DO MEMBRO INFERIOR ESQUERDO. CID T931.*
>
> *A SEQUELA É DECORRENTE DE ACIDENTE DOMÉSTICO OCORRIDO EM 09/11/2013, CONFORME EXTENSA DOCUMENTAÇÃO MÉDICA APRESENTADA – ENTRETANTO A FRATURA ANTERIOR DO FÊMUR ESQUERDO, QUE JA HAVIA SIDO OPERADO, CONTRIBUIU PARA A SEQUELA.*
>
> *PERICIADO RETORNOU AO TRABALHO, NAS MESMAS FUNÇÕES QUE EXERCIA ANTES DA FRATURA, PORÉM EXERCE COM RESTRIÇÃO AS SUAS ATIVIDADES, UMA VEZ QUE POSSUI DISCRETA REDUÇÃO DE FORÇA E TEM ENCURTAMENTO DO MEMBRO INFERIOR ESQUERDO." (f. 299)*

Observa-se que há a ressalva de que a fratura anterior no mesmo local, contribuiu para a sequela, mas, ainda assim, o que ocasionou está última lesão, com o encurtamento do membro inferior esquerdo (CID T931) foi o acidente doméstico relatado pelo recorrido.

Desse modo, não há como prosperar a alegação de que não restou comprovado que a lesão sofrida pela parte autora não fora decorrente do acidente.

Em relação aos danos materiais e morais afirma o recorrente que não há provas nos autos de sua ocorrência.

Pois bem.

Conforme já relatado, trata-se a presente ação de responsabilidade civil fundada em defeito de produto comercializado pelo apelante, no caso escada de alumínio.

No presente caso, restou demonstrado o nexo causal entre a lesão sofrida e o acidente doméstico com a escada fornecida pelo recorrente.

Quanto ao dano material, o recorrido, em consequência da lesão sofrida, ficou totalmente incapacidade para o trabalho no período de 09/11/2013 a 25/03/2014, conforme extrato do INSS (f. 57).

O magistrado *a quo* entendeu que a despeito de ter recebido auxílio-doença neste período, ainda era devido pagar a título de lucros cessantes o valor de R$ 3.620,00, correspondente ao período de afastamento, considerando como renda mensal o valor do salário-mínimo à época.

Correto o entendimento do magistrado. O ordenamento jurídico compreende ser perfeitamente possível a cumulação da indenização por lucros cessantes e eventual benefício previdenciário a que tenha direito a vítima.

Em verdade, os dois institutos não se confundem, sendo independentes entre si, já que a indenização por lucros cessantes decorre do ato ilícito praticado pelo autor da infração de trânsito (responsabilidade civil), enquanto o benefício previdenciário (auxílio-doença) se trata de direito assegurado à vítima pela previdência. Neste sentido, já se manifestou o STJ:

> *ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE DE POLICIAL CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PENSÃO MENSAL ÀS FILHAS – DANOS MATERIAIS – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. (...) 1. A jurisprudência desta Corte é disposta no sentido de que o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes. (...) (STJ, AgRg no REsp 1388266/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016).*

Em se tratando a parte autora de trabalhador autônomo, deve ser considerado para o cálculo dos lucros cessantes, o salário mínimo, ante a impossibilidade de comprovação do valor real dos rendimentos percebidos.

Este é o entendimento da Corte Superior e de nossa Corte Estadual:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL POR MORTE – RECURSO ESPECIAL – ELETROCUSSÃO – REEXAME DE PROVAS – INVIABILIDADE – PENSIONAMENTO – VINCULAÇÃO DA VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR AO SALÁRIO MÍNIMO – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DE DISPOSITIVO DO CÓDIGO CIVIL ATUAL PARA RECONHECER A RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR ACIDENTE OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO DIPLOMA ANTERIOR – PREJUDICADA A APRECIAÇÃO DA MATÉRIA, VISTO QUE A CORTE LOCAL RECONHECE TAMBÉM A CULPA POR MANIFESTA NEGLIGÊNCIA DA RECORRENTE.[...] 3. Em se tratando de pensionamento decorrente de ato ilícito, conforme a reiterada jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o seu caráter sucessivo e alimentar, é possível a vinculação da pensão ao salário mínimo, presumivelmente capaz de suprir as necessidades materiais básicas do alimentando - estendendo a este as mesmas garantias que a parte inicial do artigo 7º, IV, da Constituição Federal concede ao trabalhador e à sua família. 4. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; REsp 888.699; Proc. 2006/0205394-1; ES; Quarta Turma; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Julg. 08/11/2011; DJE 01/02/2012)(g.N.)*

> *EMENTA – AGRAVO RETIDO – PROCESSO APENSO – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO – IMPOSSIBILIDADE – NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO. Ante a inexistência de requerimento expresso nas razões ou na resposta da apelação para sua apreciação, nos termos do artigo 523, §1º, do Código de Processo*

> *Civil, evidente a impossibilidade de conhecimento do agravo retido. APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – LUCROS CESSANTES – NÃO COMPROVAÇÃO DE RENDA – TRABALHADOR AUTÔNOMO – UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE – CUMULAÇÃO COM AUXÍLIO – DOENÇA – POSSIBILIDADE – INDENIZAÇÃO CIVIL NÃO SE CONFUNDE COM A DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Diante da manifesta incapacidade para o trabalho, segundo o laudo pericial, certamente o autor faz jus ao pagamento dos lucros cessantes, haja vista que a indenização civil não se confunde com a de natureza previdenciária. Quanto ao valor dos lucros cessantes, adoto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que na ausência de comprovação de proventos o valor deverá ser um salário mínimo. (TJMS – Apelação n. 0002054-72.2009.8.12.0014 – Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran – 1ª Câmara Cível – julgado em 02/09/2014)*

Também não merece prosperar a alegação de que não restou demonstrado o dano moral.

Segundo conceituação de Rui Stoco, dano moral é[2]:

> *"(...) 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, II, 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza vexame e humilhação."*

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]

E mais adiante:

> *"O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem supra um dano estético, a humilhação de que foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo."*[4]

A indenização extrapatrimonial repara, portanto, "*padecimento, dor ou aflição que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecimento juridicamente"*[5].

Nesse contexto, é evidente o dano moral sofrido pelo recorrido no caso presente, especialmente devido às lesões físicas que suportou em razão do acidente doméstico ocorrido por vício na escada fornecida pelo recorrente.

Não se discute que o dano moral compreende não só a lesão psíquica da vítima, mas igualmente a sua integridade física. E, no caso em exame, a dor decorrente das lesões físicas sofridas em razão do acidente é suficiente para caracterizar dano moral passível de indenização.

Em relação a apuração do *quantum* indenizatório, nos casos de dano moral, consiste em matéria que deve ser analisada com a devida cautela, uma vez que a Lei não estabelece parâmetros objetivos para o seu

2 Tratado da Responsabildade Civil, 7ª ed., São Paulo: RT, p. 101, p. 359
3 Ob. cit., p. 359
4 Ob. cit., p. 359
5 Ob. cit., p. 359

cálculo, devendo ser prudentemente arbitrado pelo julgador com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na busca desse objetivo, o importe fixado precisa se mostrar razoável e proporcional ao poder econômico do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à função penalizadora e pedagógica da indenização, sem, também, se converter em fonte de enriquecimento sem causa da vítima, vindo esta a se beneficiar com o recebimento de importe superior ao que realmente lhe é devido.

Esse é o entendimento amplamente esposado pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *"CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INSCRIÇÃO NO SERASA – DANO MORAL – RESSARCIMENTO – VALOR – REDUÇÃO. I. A indenização por dano moral deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que cause enriquecimento sem causa, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida. II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (RESP 754.806/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 09.05.2006, DJ 26.06.2006 p. 166).*

A professora Maria Helena Diniz, citada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, sobre a fixação dos danos morais expressa que:

> *"Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine" (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Saraiva, 2003).*

Com efeito, somente cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se mostrar exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência do STJ:

> *"A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso" (RESP 203.755/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Acórdão de 27.04.99).*

No caso *sub judice,* o defeito da escada de alumínio fornecida pelo recorrente ocasionou a queda do recorrido, causando-lhe lesão permanente, encurtamento do membro inferior esquerdo em 2,5 cm, bem como a redução da capacidade de trabalho.

Assim sendo, tendo em vista as peculiaridades acima citadas e analisando o conjunto probatório do caso concreto, entendo que o *quantum* fixado na sentença de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) é justo, razoável, adequado e que atende a função pedagógica da condenação.

Conclusão

Isto posto, conheço em parte o recurso de apelação interposto por Arruela Ferragens Ltda, e na parte conhecida, nego-lhe provimento. Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em favor do patrono do recorrido em 2%.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade, não conheceram da preliminar de ilegitimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

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

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, 20 de março de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802740-40.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – PENHORA DE IMÓVEL – ALEGAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE BEM DE FAMÍLIA – PROVAS QUE DEMONSTRAM QUE FAMILIARES NÃO RESIDEM NO IMÓVEL – IMÓVEL USADO POR TERCEIRO A TÍTULO GRATUITO – BEM DE FAMÍLIA NÃO CONFIGURADO – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS FIXADOS EM ATENÇÃO AOS PARÂMETROS DO ART. 85, § 2º, DO CPC – VALOR MANTIDO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A fundamentação concisa não se confunde com a ausência de fundamentos, não se podendo falar em violação ao artigo 93, inciso IX, da CF, tampouco em enquadramento em qualquer das figuras do § 1º do art. 489 do CPC.

Para que seja considerado bem de família com possível reconhecimento de impenhorabilidade, a legislação é clara no sentido de ser o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, desde que sirva de moradia, ou, ainda, segundo a jurisprudência ampliativa do Superior Tribunal de Justiça, que se trate de imóvel alugado cuja renda seja utilizada para a garantia da moradia familiar em outro local.

Mantém-se a penhora quando comprovado que o imóvel está sendo utilizado por terceira pessoa a título gratuito, descaracterizando desta forma o bem de família previsto na Lei 8.009/90.

O critério para a fixação da verba honorária deve levar em conta, sobretudo, a razoabilidade do seu valor em face do trabalho profissional advocatício efetivamente prestado. Honorários mantidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do Relator.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Beatris Miranda Rojas interpõe apelação contra a sentença do juízo da 2ª vara cível da comarca de Ponta Porã que, na ação declaratória de desconstituição de penhora ajuizada contra Horst Peças e Implementos Agrícolas LTDA Me Agropeças, julgou improcedente a pretensão autoral. Condenou a autora

ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

A apelante, em suas razões (f. 144-151), sustenta preliminarmente a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, tendo em vista que a recorrente impugnou as informações do oficial analista, ao contrário do que afirmou a juíza singular.

No mérito alega que a única fundamentação da sentença foi a informação do laudo do oficial analista onde constou que a autora não residia no imóvel, *"mas tal fato é justificável quando a mesma cedeu a casa por um curto período à empregada de seu pai usar o imóvel."*

Afirma que o fato de não estar morando no imóvel no momento do laudo de constatação não é motivo suficiente para desconstituir a impenhorabilidade do bem de família.

Informa que alguns meses após a constatação do oficial analista a autora passou a residir no imóvel e lá reside com ânimo definitivo.

Pugna preliminarmente pela nulidade da sentença; no mérito, pelo provimento do recurso. Em caso de manutenção da sentença requer a redução dos honorários sucumbenciais.

Contrarrazões às f. 251-258.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Beatris Miranda Rojas interpõe apelação contra a sentença do juízo da 2ª vara cível da comarca de Ponta Porã que, na ação declaratória de desconstituição de penhora ajuizada contra Horst Peças e Implementos Agrícolas LTDA Me Agropeças, julgou improcedente sua pretensão. Condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

A apelante, em suas razões (f. 144-151), sustenta preliminarmente a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, tendo em vista que a recorrente impugnou as informações do oficial analista, ao contrário do que afirmou a juíza singular.

No mérito alega que a única fundamentação da sentença foi a informação do laudo do oficial analista onde constou que a autora não residia no imóvel, *"mas tal fato é justificável quando a mesma cedeu a casa por um curto período à empregada de seu pai usar o imóvel."*

Afirma que o fato de não estar morando no imóvel no momento do laudo de constatação não é motivo suficiente para desconstituir a impenhorabilidade do bem de família.

Informa que alguns meses após a constatação do oficial analista a autora passou a residir no imóvel e lá reside com ânimo definitivo.

Pugna preliminarmente pela nulidade da sentença; no mérito, pelo provimento do recurso. Em caso de manutenção da sentença requer a redução dos honorários sucumbenciais.

1. Da preliminar de nulidade da sentença

Aduz a apelante que a sentença padece de fundamentação.

A autora ingressou com a presente ação para desconstituir a penhora que recai sobre seu imóvel ao argumento de que trata-se na verdade de bem de família.

Ao proferir sentença, assim fundamentou o juízo:

> *"Conforme apurou o Oficial de Justiça "ali reside Roseli Nascimento Lara e seus filhos, a qual disse ser funcionária do mercado Pão de Mel de propriedade do pai da embargante ou de seus familiares". Outrossim, prossegue o Oficial para informar que tal "ocupante usa o imóvel à título gratuito".*
>
> *Corroborando o auto elaborado, verifica-se que a própria autora trouxe aos autos declarações e comprovante de residência que indicam que ela reside na Avenida Aimoré de Oliveira Lima, nº 922 (f. 10-12 e 15), sendo que a penhora recaiu sobre o imóvel situado na Rua Álvaro Martins dos Santos (f. 07-09 e f. 53 dos autos em apenso).*
>
> *Ademais, intimada a manifestar-se sobre o auto de constatação, a autora sequer impugnou as informações trazidas pelo Oficial de Justiça (f. 134-136).*
>
> *Assim, considerando-se que restou demonstrado nos autos que a autora não reside no imóvel penhorado, sendo que, por outro lado, não se trata de locação para garantir a subsistência da entidade familiar, ou qualquer outra hipótese de caracterização do bem de família, de rigor a manutenção da penhora efetuada nos autos de execução." (f. 141).*

A decisão se encontra fundamentada. Atendeu ao disposto no art. 93, inciso IX da CF, bem como atentou-se às disposições do art. 489, § 1º, do CPC. Embora concisa, a sentença está fundamentada, tanto é que proporcionou aos autores pleno conhecimento de seu conteúdo, como relatado no recurso de apelação.

A propósito, destaco:

> *PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. AFIRMADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE JULGOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.*
>
> *1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando os embargos de declaração são rejeitados pela inexistência de omissão, contradição ou obscuridade, e o Tribunal a quo dirime a controvérsia, embora de forma desfavorável à pretensão do recorrente.*
>
> *2. A decisão de primeiro grau, ainda que concisa, com apresentação de fundamentação clara e suficiente para a solução do litígio, não afronta o disposto nos arts. 165 e 458 do CPC.*
>
> *3. Se o ex-marido pagava, por liberalidade, a título de alimentos para sua filha um plano de saúde, cujo adimplemento jamais foi negado, não é juridicamente possível a execução anterior de tal verba porque a pagou no seu tempo, lugar e forma.*
>
> *4. Por isso, ausente título executivo, é nula a execução dos alimentos porque não estava amparada em título executivo previsto no rol dos arts. 475-N e 585 do CPC.*
>
> *5. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (STJ - REsp 1454232/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. 05.05.2015, DJe 12.05.2015).*
>
> *(...) APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSO CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO*

> *– INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO CONCISA – LEGALIDADE – NULIDADE AFASTADA – COBRANÇA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL – VALOR DO FRETE – MANUTENÇÃO DO PREÇO COM A ISENÇÃO DE TRIBUTAÇÃO – ANUÊNCIA TÁCITA – CONTINUIDADE NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS – POSSIBILIDADE. Consoante jurisprudência dominante, só se considera nula a decisão desprovida de fundamentação, não aquela que, embora concisa, contenha motivação. Logo, os fundamentos, nos quais se suporta a r. sentença de primeiro grau, apresentam-se claros e nítidos e, por conseguinte, não dão lugar a omissões, obscuridades ou contradições, pois o não-acatamento de todas as teses arguidas pelas partes não implica cerceamento de defesa, uma vez que ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está o magistrado obrigado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinente ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. A aceitação tácita é caracterizada quando a parte pratica atos que são incompatíveis com uma decisão contrária, como ocorreu no caso em tela, vez que a prestação de serviços permaneceu inalterado, sem questionamento sobre a manutenção do valor do frete por tonelada. Doutro norte, com a anuência quanto à manutenção do valor do frete e sem a comprovação da onerosidade excessiva na sua conservação, esta desautorizada a aplicação da Teoria da Imprevisão. 9. Agravo regimental a que se nega provimento.(STF - AI 847887 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 13/12/2011, DJe-034 Divulg 15.02.2012 Public 16.02.2012).*

De ver-se que fundamentação concisa não se confunde com ausência de fundamentação.

Afasto, pois, a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação.

2. Mérito

2.1. Da impenhorabilidade do bem de família

A Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, estabelece em seus art. 1º, *caput*, e art. 5ª, *caput*:

> *"Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei."*
>
> *Art. 5º. Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.".*

Pretende a recorrente que o imóvel mencionado nestes autos, e sobre o qual incidiu a penhora, visando assegurar o pagamento da quantia executada, seja reconhecido como bem de família, ao argumento de ser este o seu único imóvel.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[1], em relação ao bem de família, apontam que:

> *"A par de garantir o constitucional direito à moradia, o bem de família também culmina por proteger o próprio núcleo familiar, preservando um patrimônio mínimo que garanta a sua dignidade.*

1 *Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias na perspectiva constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394-395.

> *Dessa afirmação, percebe-se, porém, de forma clara que, por certo, é o princípio da dignidade da pessoa humana que respalda ideologicamente a concepção de reserva de um bem a salvo dos interesses legítimos dos credores de verem satisfeitas suas pretensões.*
>
> *(...)*
>
> *Em nosso entender, é o direito constitucional à moradia, aliado ao macroprincípio da proteção à dignidade da pessoa humana, que deve ser considerado o fundamento normativo maior da proteção ao bem de família. (...)".*

Pelo acima transcrito, percebe-se que o instituto do bem de família tem como objetivo resguardar o patrimônio mínimo atinente ao núcleo familiar, mostrando-se vedada constrição que recaia sobre o imóvel que lhe serve de morada, o que se faz em especial para atender ao comando do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como ao direito constitucional à moradia.

A legislação, aliás, é bastante clara neste sentido, mencionando ser impenhorável o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, desde que sirva de moradia, ou ainda, segundo a jurisprudência ampliativa do Superior Tribunal de Justiça, que se trate de imóvel alugado cuja renda seja utilizada para a garantia da moradia familiar em outro local.

Veja-se:

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL LOCADO A TERCEIROS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.*
>
> *1. Não há falar em preclusão se o executado se insurgiu na primeira oportunidade em que teve ciência da penhora, sem, todavia, obter manifestação a respeito da sua irresignação.*
>
> *2. Nos termos da Súmula nº 486/STJ, a impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei nº 8.009/1990, estende-se ao único imóvel do devedor, ainda que este se encontre locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência.*
>
> *3. O acolhimento da pretensão recursal, nos termos em que posta, demandaria reexame de matéria fática, o que é inviável em recurso especial (Súmula nº 7/STJ).*
>
> *4. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp 1058369/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 03.08.2017, DJe 18.08.2017).*

Sobre o tema, Rosa Maria de Andrade Nery[2] esclarece:

> *"Sob essa expressão, reúnem-se uma série de conceitos que, aglutinados, formam aquilo que se logrou entender como o complexo absolutamente indispensável à segurança material e moral do sujeito de direito: o ambiente físico de sua morada habitual. Há duas formas de conceber o bem de família: pela instituição dependente da vontade dos cônjuges ou da entidade familiar, formalizada por escritura pública ou testamento (art. 1.711 do CC/2002), ou pela vivência, de fato, da experiência de morada da família, que se submete à situação de fato descrita na Lei 8.009/1990.*
>
> *A razão de ser do instituto é a de tornar insuscetível de penhora o bem que é*

2 *Manual de direito civil: família*. São Paulo: RT, 2013, p. 287-288.

> *destinado, por vontade privada, à moradia da família, ou tornar impenhorável o último bem que integra o patrimônio familiar e, por isso, imóvel que tem destinação presumida para a habitação da família.*
>
> *Não ter o sujeito de direito o seu próprio domicílio, o seu endereço, implica não poder, de certa forma, desfrutar de um dos aspectos mais importantes de sua humanidade (intimidade e resguardo privado) e, bem por isso, implica lhe impor apequenamento quanto aos aspectos jurídicos de defesa de sua personalidade e intimidade."*

No caso em comento, consta na procuração (f. 05), na declaração de residência (f. 12) e na conta de energia elétrica (f. 15) que a autora reside na Avenida Aimoré de Oliveira Lima, n. 922, sendo que a penhora que pretende desconstituir recaiu sobre o imóvel situado na Rua Álvaro Martins dos Santos (f. 08-09 dos autos em apenso).

Para melhor esclarecer essa divergência de endereços, foi determinado pela juíza a expedição de mandado de constatação para que fosse certificado se a autora possuía residência no imóvel penhorado.

Diante da determinação da juíza, o oficial analistas constatou que no endereço do imóvel que se pretende desconstituir a penhora *"reside Roseli Nascimento Lara e seus filhos, a qual disse ser funcionária do mercado Pão de Mel de propriedade do pai da embargante ou de seus familiares"*. O oficial analista ainda constatou que a *"ocupante usa o imóvel à título gratuito"*.

As provas produzidas nos autos, portanto, indicam que a autora não reside no imóvel penhorado e, por outro lado, o imóvel não está locado para garantir a sua subsistência ou da entidade familiar. Ao revés, o imóvel está sendo utilizado por terceiro a título gratuito, o que impõe a manutenção da sentença que julgou improcedente a pretensão autoral.

2.2. Dos honorários sucumbenciais

Em relação aos honorários o magistrado singular assim decidiu:

> *"Condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, atenta aos parâmetros do art. 85, §2º do Código de Processo Civil." (f. 141).*

Pois bem. Dispõem os incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, respectivamente, que:

> *"§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*
>
> *I - o grau de zelo do profissional;*
>
> *II - o lugar de prestação do serviço;*
>
> *III - a natureza e a importância da causa;*
>
> *IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*

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

A matéria tratada no caso dos autos é destituída de complexidade. No entanto, analisando o zelo do trabalho do procurador do réu, o tempo do serviço, vez que a ação foi ajuizada em agosto de 2014 e

o processo sentenciado em setembro de 2017, e a importância da causa, cujo valor atribuído foi de R$ 67.195,81 (sessenta e sete mil cento e noventa e cinco reais e oitenta e um centavos), conclui-se pela manutenção da verba honorária fixada, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Posto isso conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Em razão do resultado do julgamento, majoro os honorários sucumbenciais de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0837466-94.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POSSESSÓRIA – POSSE DA AUTORA DA HERANÇA – *SAISINE* – AQUISIÇÃO *EX LEGIS* – PROTEÇÃO POSSESSÓRIA QUE INDEPENDE DO EXERCÍCIO FÁTICO – OCUPAÇÃO CLANDESTINA – ESBULHO CARACTERIZADO – INDENIZAÇÃO POR ACESSÃO INDEVIDA – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – GRATUIDADE DA JUSTIÇA – BENEFÍCIO QUE APENAS SUSPENDE A EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA, MAS NÃO IMPEDE A CONDENAÇÃO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Pelo princípio da *saisine*, a posse dos bens do *de cujus* se transmite aos herdeiros, imediatamente, na data de sua morte (art. 1.784, CC). Se alguém recebe a posse nessa qualidade, não está na situação de quem nunca a exerceu, podendo, como possuidor indireto, valer-se dos interditos possessórios em caso de lesão, já que nesse caso a posse se transmite *ope legis* e, portanto, independe do exercício fático.

Se a legítima proprietária está privada da fruição do imóvel em razão da ocupação clandestina, caracterizado está o esbulho possessório, notadamente quando verificado que aquela não abriu mão de seus direitos sobre o imóvel.

Exceto se procedeu de boa-fé, aquele que edifica em terreno alheio perde a construção em proveito do proprietário (art. 1.255, CC); não se cogita da boa-fé quando o réu tinha conhecimento de estar construindo em terreno que pertencia a outrem.

A gratuidade da justiça não exime o litigante de ser condenado nas verbas de sucumbência, mas apenas suspende a exigibilidade do pagamento pelo beneficiário.

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 Relator, vencido o 1º Vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Jonas Ferreira apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª vara cível da comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de conhecimento de natureza constitutiva ajuizada por Glória Naiade Braga Diniz, reintegrando a autora na posse do imóvel.

A autora ingressou com ação de reintegração de posse sustentando ser legítima proprietária do imóvel adquirido por instrumento particular de compra e venda em fevereiro de 1974, cujo domínio exclusivo lhe foi transferido após o falecimento de seu esposo.

O réu, por sua vez, alegou em sua defesa que exerce posse mansa, pacífica e sem interrupção do terreno que estava abandonado há longa data e que a manutenção do mesmo vinha sendo feita pelo genitor de sua companheira desde o ano 1994, o qual limpava o terreno e lhe destinou ao lazer das crianças da região, que nele jogavam futebol. Noticiou que não mediu esforços para encontrar o proprietário, edificando sua moradia em agosto de 2014. Formulou pedido contraposto para que, em caso de procedência, fosse indenizado pelas benfeitorias e acessões realizadas, que equivalem a aproximadamente R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido da autora e improcedente os pedidos contrapostos formulados pelo réu, por verificar que a posse da autora, cuja transmissão se deu pela morte de seu marido, bem como pela formalização do contrato de compra e venda do imóvel, sofreu esbulho pelo réu, que passou a ocupar o terreno de forma clandestina e nele edificou sua moradia, ignorando o vício que impedia a aquisição da coisa que sabidamente pertencia a outrem, caracterizando-se a má-fé que lhe suprime o direito de ser indenizado.

Assevera o apelante que o *decisum* desconsiderou as provas dos autos e defende, em síntese, a ausência do exercício da posse pela autora, requisito da ação de reintegração de posse. Pondera que a apelada não exerceu a função social da propriedade e reafirma seu direito à indenização e retenção. Por fim, pugna pela reforma da sentença na parte que condenou-lhe ao pagamento de honorários, já que não reúne condições financeiras de suportar o encargo.

VOTO (EM 14/11/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Jonas Ferreira apela da sentença proferida pelo juízo da 1ª vara cível da comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de conhecimento de natureza constitutiva ajuizada por Glória Naiade Braga Diniz, reintegrando a autora na posse do imóvel.

Conforme se verifica do caderno processual, a autora ingressou com a presente ação de reintegração de posse sustentando ser legítima proprietária do imóvel adquirido por instrumento particular de compra e venda em fevereiro de 1974, cujo domínio exclusivo lhe fora transferido após o falecimento de seu esposo.

O réu, por sua vez, alegou em sua defesa que exerce posse mansa, pacífica e sem interrupção do terreno que estava abandonado há longa data e cuja manutenção vinha sendo feita pelo genitor de sua companheira desde o ano de 1994, o qual limpava o terreno e lhe destinava ao lazer das crianças da região, que nele jogavam futebol. Noticiou que não mediu esforços para encontrar o proprietário, edificando sua moradia em agosto de 2014. Formulou pedido contraposto para que, em caso de procedência, fosse indenizado pelas benfeitorias e acessões realizadas, que equivalem a aproximadamente R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido da autora e improcedente os pedidos contrapostos formulados pelo réu, por verificar que a posse da autora - cuja transmissão se dera pela morte de seu marido e pela formalização do contrato de compra e venda do imóvel - sofrera esbulho pelo réu, que teria passado a ocupar o terreno de forma clandestina e nele edificar sua moradia, ignorando o vício que impedia a aquisição da coisa que sabidamente pertencia a outrem, caracterizando-se a má-fé que lhe suprime o direito de ser indenizado.

Assevera o apelante que o *decisum* desconsiderou as provas dos autos e defende, em síntese, a ausência do exercício da posse pela autora, requisito da ação de reintegração de posse. Pondera que a apelada não exerceu a função social da propriedade e reafirma seu direito à indenização e retenção. Por fim, pugna pela reforma da sentença na parte que lhe condenou ao pagamento de honorários, já que não reúne condições financeiras para suportar tal encargo.

Nos termos do art. 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal para o juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o apelante está dispensado do respectivo preparo, porquanto beneficiário da gratuidade da justiça (f. 46-48).

Dessa forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos seus regulares efeitos, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Traçadas estas considerações, percebe-se que o recurso não comporta provimento.

1. Questões atinentes à posse.

Sendo certo que ações possessórias possuem como pressuposto a demonstração da posse, não menos certo é que "*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade"* (art. 1.196, CC).

Não se pode olvidar que o código civil brasileiro adotou a teoria objetiva da posse, segundo a qual, para que a posse exista, basta que se verifique o elemento objetivo (*corpus*), que se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa.

Nesse esteio, é preciso ter em mente que "*Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade"* (art. 1.204, CC), sendo que por poderes inerentes à propriedade, entende-se a capacidade de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa (art. 1.228, CC).

Acertado dizer, portanto, que a posse é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio; implica dizer, a forma como o domínio se manifesta. Assim, a posse não é o poder físico, e sim a exteriorização dos poderes inerentes da propriedade (*jus utendi, fruendi, abutendi* e *rei vindicatio*). Desta feita, efetivo exercício e possibilidade de exercício não se confundem. Para ser possuidor, não é necessário que o indivíduo efetivamente use o bem; basta que possa legitimamente dele fazer uso. O mesmo raciocínio se aplica ao gozo, disposição e reivindicação da coisa.

Nesse particular, valiosa a transcrição do excerto extraído da doutrina de Sebastião de Assis Neto[1]:

> *A propósito, quando se fala em exercício do poder de fato, na verdade, deve-se levar em linha de consideração que, adotada a teoria objetiva de Ihering,* ***a caracterização da posse não exige o efetivo exercício desse poder, mas apenas a possibilidade desse exercício. Assim, por exemplo, não deixa de ter posse a pessoa que, possuindo um imóvel, ausenta-se dele.*** *(g. n.)*

1 ASSIS NETO, Sebastião de. JESUS, Marcelo de. MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 1.222.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves[2] salienta:

> *Todavia**, a caracterização da posse prescinde do exercício de atos,** bastando, em qualquer hipótese, a existência de poder sobre um bem. Por **isso, por exemplo, é admissível a posse de um imóvel sem que o possuidor o cultive, explore ou visite**. (...) a posse "não é o exercício do poder, mas sim o poder propriamente dito que tem o titular da relação fática sobre um determinado bem, caracterizando-se tanto pelo exercício como pela possibilidade de exercício. Ela é a disponibilidade e não a disposição; é a relação potestativa e não, necessariamente, o efetivo exercício. O titular da posse tem o interesse potencial em conserva-la e protege-la de qualquer tipo de moléstia que por ventura venha a ser praticada por outrem, mantendo consigo o bem numa relação de normalidade capaz de atingir a sua efetiva função sócio-econômica. Os **atos de exercício dos poderes do possuidor são meramente facultativos – com eles não se adquire nem se perde a senhoria de fato, que nasce e subsiste independentemente do exercício destes atos. Assim, a adequada concepção sobre o poder fático não pode restringir-se às hipóteses do exercício deste mesmo poder**." (g. n.)*

Importante lembrar também que a posse pode ser direta e indireta, sendo direta para os que detêm a coisa em seu poder e indireta para aqueles que concedem o direito de possuir (art. 1.197, CC). Uma não anula a outra, ambas são posse jurídica, e, portanto, não há óbice para que coexistam. Consectário disso é que ambos (possuidor direto e indireto) podem invocar a proteção possessoria.

Quanto à proteção possessória, assevera Carlos Roberto Gonçalves[3]:

> *Possuidores diretos e indiretos tem ação possessoria contra terceiros, e também um contra o outro. A jurisprudência já vinha admitindo que cada possuidor, o direto e o indireto, recorresse aos interditos possessórios contra o outro, para defender a sua posse, quando se encontrasse por ele ameaçado. Tal possibilidade encontra-se, agora, expressamente prevista na parte final do art. 1.197 do novo Código. (...) não é preciso que a posse seja direta ou a própria. Legitimam-se à ação possessoria, ativamente, possuidores diretos e indiretos, com posse própria ou derivada.*

No mesmo esteio, Gustavo Tependino, Heloisa Helena e Maria Celina Bodin de Moraes[4] perfilham:

> *Os interditos possessórios entre possuidor direto e indireto. O preceito em exame inova ao prever a possibilidade de defesa da posse do possuidor direto contra o indireto. De fato, se existe direito real ou pessoal a garantir a posse, esta há de ser tutelada inclusive em relação ao possuidor indireto, que a transmitiu. **Ainda que sem referência expressa neste dispositivo, também o possuidor indireto poderá valer-se dos interditos em face do possuidor direto em caso de lesão**. (g. n.)*

Ainda quanto à aquisição da posse, remontando ao direito sucessório, imperioso destacar que o código civil brasileiro adotou o princípio da *saisine*, que estabelece que a posse dos bens do "de cujus" se transmite aos herdeiros, imediatamente, na data de sua morte (art. 1.784).

Não se pode olvidar, ademais, que tratando-se de bem imóvel, a transferência do domínio se opera pelo registro do título translativo (art. 1.245, CC).

Sobre a transmissão da posse, Carlos Roberto Gonçalves[5] assevera:

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas.* 4. ed. vol. V. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42.
3 Op. Cit. p. 113-114.
4 *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República: Direito da Empresa. Direito das Coisas.* Vol. III. São Paulo: renovar, 2011, p. 447.
5 Op. Cit. p. 130.

> *A posse pode ser transmitida por ato inter vivos ou mortis causa. Logo, se alguém recebeu, na escritura, a posse de outrem que a tinha, não está na situação de quem nunca exerceu a posse, porque a recebeu de seu antecessor, podendo mover ação possessória contra qualquer intruso.*
>
> *(...)*
>
> *A jurisprudência tem admitido a transmissão da posse por escritura pública, denominada posse civil ou jurídica, de modo a legitimar o uso dos interditos pelo novo titular do domínio até mesmo em face do alienante, que continua a deter o imóvel, mas em nome de quem o adquiriu.*

Feita essa digressão, percebe-se que na hipótese em testilha a autora acostou aos autos o contrato particular de compromisso de compra e venda pelo qual seu esposo Ronaldo Diniz, em 11 de fevereiro de 1974, adquiriu de Adilon de Souza Nogueira o lote de terreno a que se refere estes autos, cujo domínio foi transmitido à autora não só por força do óbito de seu marido, como também pelo registro do título translativo no cartório de registro imobiliário. (f. 8-10; 25-26; 156-158).

Percuciente destacar que o proprietário exerce a posse indireta, como consequência de seu domínio. *In casu,* somente poder-se-ia afirmar que a autora não era possuidora desde que comprovado que recebeu, por força do contrato de compra e venda, somente o domínio; caso contrário, prevalece a presunção da posse jurídica. No entanto, o próprio réu afirma que o terreno estava desocupado quando, em 2014, deliberou por edificar sua moradia, o que implica dizer que a posse direta não era exercida por terceira pessoa. Disso dessume-se, portanto, que a autora, quando da transmissão da propriedade, recebeu com o domínio, a posse do bem imóvel.

A propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *1. Modos de aquisição da posse. Forma ex lege: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da saisine, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância.*
>
> *2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil - decorrente da sucessão -, tem as mesma garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada.*
>
> *3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá ex lege. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá ope legis, independentemente da prática de qualquer outro ato. 4. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ, REsp 537.363/RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 07/05/2010)*

Portanto, uma vez que cabalmente demonstrado o elemento posse, não se afigura duvidoso ser a autora não só é parte legítima para propor ação possessoria como também afigura-se adequada a via

jurisdicional por ela utilizada. Na mesma senda, se desincumbiu a autora da demonstração do pressuposto processual específico da ação de reintegração de posse, assim como do fato fato constitutivo de seu direito.

Remanesce a discussão sobre a perda da posse; implica dizer, da ocorrência ou não do esbulho possessório.

O esbulho, como se sabe, é o ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse mediante violência, clandestinidade ou abuso de confiança. Todo ato que implique privação do exercício da retenção ou fruição constitui esbulho.

O apelante afirma que não ocupou o lote de terreno de forma clandestina, mas que antes realizou buscas nos cartórios de registro de imóveis e tentou localizar o legítimo proprietário indicado pela matrícula imobiliária.

Ora, é clandestina a posse que se adquire às escondidas, em detrimento do justo possuidor, de modo que, na hipótese dos autos a clandestinidade se verifica da própria afirmação do réu, de que fez buscas nos cartórios de registro de imóvel e, ao assim proceder, tomou conhecimento de que pertencia à pessoa de Adilson de Souza Nogueira.

Em que pese as alegações do réu apelante, o fato é que, se a autora, legítima proprietária, está privada da fruição do imóvel em razão da ocupação do réu, detentor da posse precária, caracterizado está o esbulho possessório.

Sem razão o réu quando afirma que o abandono da coisa lhe confere o direito possessório.

Isso porque para que se caracterize o fenômeno do abandono, ou derrelição, é necessário que se verifique o não uso da coisa, com intenção de não preservar sua propriedade. Abandono é, assim, o ato pelo qual o titular abre mãos de seus direitos sobre a coisa.

No caso dos autos, decididamente a autora não abriu mão de seus direitos sobre o imóvel, posto que não só registrou o título translativo no cartório de registro de imóveis, como também formalizou boletim de ocorrência perante a autoridade policial e ingressou com ação judicial reivindicando a coisa.

Sendo assim, satisfeitos que estão os requisitos do art. 1.210, irretocável a sentença que julgou procedente o pedido de reintegração de posse.

2. Indenização por benfeitorias e acessão.

Dispõe o art. 1.219 do CC que "*O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.*"

Já o art. 1.220 estatui que *"Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias."*

Como cediço, a *benfeitoria* consiste na obra ou despesa feita na coisa com o propósito de conserva-la, melhora-la ou embeleza-la (arts. 96 e 97 CC). Não se confunde, no entanto, com a *acessão*, que concerne à criação de coisa. A acessão constitui modo de aquisição de propriedade, diversamente do que se dá com a benfeitoria, que apenas melhora a coisa já existente, preservando sua identidade.

À toda evidencia, o que de fato houve foi acessão porque o réu, ao edificar uma casa no lote de propriedade da autora, criou coisa nova. Só se pode cogitar de melhoramento daquilo que já existe. *In casu*,

o réu construiu uma casa onde nada existia. Trata-se, a construção, de verdadeira modalidade de acessão, razão pela qual a presente lide possui contornos no art. 1.248 do Código Civil.

A instauração de debate mais aprofundado afigurar-se-ia tautologia, porque ambos os institutos são aplicados regras que bastante se aproximam. Tanto isso é verdade que a maior parte da doutrina e jurisprudência reconhece como cogente a aplicação à acessão das regras atinentes à indenização por benfeitorias úteis, notadamente no que concerne ao direito de retenção, aplicado por analogia face a existência de lacuna no capítulo legal concernente às acessões.[6]

O fato é que as normas aplicáveis a um e a outro são bastante semelhantes, principalmente porque ambas salvaguardam direito do possuidor de boa-fé.

Traçadas tais premissas, tenho por acertada a sentença na parte que julga improcedente o pedido contraposto de indenização pela edificação realizada pelo réu.

O fundamento reside mesmo no art. 1.255, que estatui que *"aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, as plantas e construções;* ***se procedeu de boa-fé, terá direito à indenização.****"* (destaquei)

Diz-se de boa-fé (fides) a posse do possuidor que ignora o vício e o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa. Segundo Lafayette, boa-fé é a crença do possuidor de que legitimamente lhe pertence a coisa sob sua posse (p. 268).

Na situação concreta, não se cogita da boa-fé do réu, que confessou saber estar construindo em terreno alheio. Isso porque, segundo alega, realizou buscas nos cartórios de registro de imóveis e encontrou a informação de que a propriedade pertencia a Adilson de Souza Nogueira, e ainda assim, em 20 de agosto de 2014 edificou sua moradia.

Mesmo que tivesse o réu comprovado que o imóvel estava abandonado há muitos anos, esse fato não autorizaria a indenização pretendida, posto que o fato de estar o terreno abandonado não induz a conclusão de que o réu edificou em terreno que acreditava pertencer-lhe, notadamente por não ter exercido posse suficiente para caracterizar a aquisição originária da propriedade.

Porquanto não verificada a boa-fé, não há falar em condenação da proprietária pela edificação realizada.

3. Condenação aos honorários advocatícios.

Em suas razões de recurso, pede o apelante para que seja a sentença reformada para que seja dispensado do pagamento dos honorários advocatícios, eis que não reúne condições suficientes para arcar com o pagamento do encargo.

A gratuidade da justiça não exime o litigante de ser condenado nas verbas de sucumbência, mas apenas suspende a exigibilidade do pagamento pelo beneficiário.

Conforme se verifica dos autos, o réu foi condenado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais). No entanto, considerando o fato de ser o réu beneficiário da gratuidade da justiça, o magistrado determinou a suspensão do pagamento das custas processuais.

6 Enunciado nº 81 do Conselho de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça: *"**O direito de retenção previsto no art. 1.219 do Código Civil, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações), nas mesmas circunstâncias**."*

Isto posto, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Em razão do não provimento do recurso, majoro os honorários sucumbenciais para 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com base no art. 85, §§ 2º e 3º, I, do Código de Processo Civil. A verba sucumbencial deverá permanecer suspensa, uma vez que o recorrente é beneficiário da gratuidade da justiça.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 28/11/2017 em face do pedido de vista do Des. Sideni, após o relator negar provimento ao recurso. o vogal aguarda.

VOTO (EM 28/11/2017)

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

Pedi vista dos autos para melhor análise dos elementos de prova existentes nos autos e conclui que não estão presentes os requisitos legais para procedência do pedido inicial, razão pela qual peço vênia para divergir do ilustre Relator.

Extrai-se dos autos que a autora/apelada alegou na petição inicial que em 1974 adquiriu com seu marido o lote de terreno objeto desta lide, que passou a lhe pertencer com exclusividade após o falecimento do esposo. Alegou que em setembro de 2014 foi informada por um vizinho que o réu/apelante iniciou construção no imóvel, o que caracteriza esbulho. Em contestação, o réu, ora apelante, afirmou que o imóvel estava abandonado pelos proprietários, sendo há muitos anos cuidado pela sua família, que estabeleceu nele um campinho de futebol, tendo sido surpreendido pelo pleito da autora, posto que não a localizou antes de construir.

O pedido inicial foi julgado procedente na sentença que confirmou a liminar de reintegração de posse e negou os pedidos contrapostos. O réu recorre defendendo a ausência de prova da posse da autora, função social da propriedade e direito à retenção de benfeitorias.

Pois bem.

O art. 561 do NCPC, com redação semelhante ao art. 927 do CPC/73, estabelece os requisitos a serem preenchidos nas demandas possessórias:

> *“ Incumbe ao autor provar:*
>
> *I - a sua posse;*
>
> *II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;*
>
> *III - a data da turbação ou do esbulho;*
>
> *IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; ou a perda da posse, na ação de reintegração.”*

Antônio José de Souza Levenhagen[7], assim leciona:

> *“O primeiro requisito a ser provado, para que o possuidor seja, a final, reintegrado definitivamente na posse, é, portanto, a posse atual, isto é, que, quando o espoliador praticou o ato espoliativo, o possuidor estava na posse da coisa. Essa prova pode ser produzida por documento ou por via de testemunha. Não se trata, porém, de prova de propriedade, mas de posse”.*

7 *POSSE, Possessória e Usucapião*, Editora Atlas, 2ª edição, 1979, p. 63

Em complemento, apresento a lição de Misael Montenegro Filho[8]:

> *"O proprietário nem sempre é (também) possuidor do bem, já que a posse é poder de fato, não sendo instituto que naturalmente deflui da condição de proprietário. Por presunção (meramente relativa), este também é possuidor, mas apenas por presunção, que pode não se confirmar no caso concreto."*

A esse respeito, estabelece o art. 1.210 e parágrafos do Código Civil:

> *"Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.*
>
> *§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.*
>
> *§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa."*

O Código de Processo Civil é claro no sentido de que o ônus da prova incumbe a quem alega (art. 373 do NCPC).

Firmadas essas premissas, para fazer jus à proteção possessória pleiteada a autora/apelada deveria provar seus requisitos, ou seja, além do esbulho, também a posse atual, do que, a meu juízo, não se desincumbiu.

Considerou o Relator que a posse é um poder inerente à propriedade (art. 1.204 do CC) e que pelo princípio da *saisine* a posse se transmite imediatamente aos herdeiros na data da morte do proprietário. Concluiu que a autora/apelada exerce posse indireta como consequência do domínio e somente se poderia afirmar que esta não era possuidora, se comprovado que recebeu somente o domínio, caso contrário, prevalece a presunção de posse jurídica.

Na hipótese, porém o *de cujus* não exercia a posse, direta ou indireta sobre referido imóvel, ao tempo do óbito, o que afasta a *saisine,* e a propriedade somente foi conferida à autora após a data do alegado esbulho, de modo que não se pode falar em poder inerente à propriedade a ser defendido via possessória. A autora/apelada não comprovou a posse anterior do imóvel em favor do *de cujus* e muito menos dela, nem mesmo em sua forma indireta.

Veja que em impugnação à contestação juntou compromisso de compra e venda do imóvel adquirido por Ronaldo Diniz em 1974 (f. 158/159), com quem casou em comunhão parcial de bens em 1979 (f. 156). Logo, os direitos sobre o imóvel foram adquiridos pelo marido antes do matrimônio, sendo exclusivamente dele o "contrato de gaveta" até seu óbito em 2010 (f. 157). Não existem provas de exercício de posse pelo casal até então. Não há documentos que comprovem a existência de inventário, apenas a Escritura de Compra e Venda lavrada em 06/11/2014 (f. 08/10) diretamente entre a autora/apelada e os loteadores originários.

Sendo assim, o imóvel objeto desta lide passou a ser de propriedade da autora/apelada a partir de 06/11/2014, dois meses depois do boletim de ocorrência que denuncia o esbulho praticado em 05/09/2014 (f. 07). E, como dito, propriedade e não posse, o que é muito diferente.

8 *Ações Possessórias no novo CPC.* 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 2

Não tenho dúvidas, portanto, que apenas o esposo da autora era promissário comprador do terreno até seu óbito em 2010 e que a autora passou a ser proprietária do imóvel em novembro de 2014. Na data do esbulho noticiado (setembro de 2014), portanto, o promissário comprador já havia falecido e a autora ainda não tinha adquirido o domínio, não exercendo sobre o bem nenhuma posse, seja direta, seja indireta ao tempo do alegado esbulho.

Sem posse, não há direito à reintegração de posse, nem qualquer outra forma de defesa da posse, mesmo que em fungibilidade.

Nesse sentido é farta a jurisprudência:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - PROPRIETÁRIO QUE NÃO DEMONOSTRA TER EXERCIDO OU QUE EXERCE A POSSE - AÇÃO INADEQUADA - CARÊNCIA DE AÇÃO. A Ação de Reintegração de Posse é o remédio processual adequado à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho, sendo privado do poder físico sobre a coisa. Proprietário sem posse carece do direito de ação para ajuizar Ação de Reintegração de Posse. De ofício, preliminar de carência de ação suscitada e processo extinto, sem a resolução do mérito." (TJ-MG 10145084669038001 1 MG 1.0145.08.466903-8/001(1), Relator: Electra Benevides, Data de Julgamento: 28/04/2009, Data de Publicação: 15/05/2009)*

E mais,

> *"APELAÇÃO CÍVEL. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. AUSÊNCIA DE PROVA DO EXERCÍCIO POSSESSÓRIO ANTERIOR DA AUTORA. INTERDITO POSSESSÓRIO MANEJADO SOMENTE COM LASTRO NA PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO PREENCHIDOS. O deferimento do pedido de reintegração de posse requer o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 927 do Código de Processo Civil. Situação concreta que não evidencia o atendimento aos requisitos legais, uma vez que não restou comprovada a posse anterior da demandante. Hipótese, ademais, em que a autora apenas alegou sua propriedade, sem demonstrar, ou mesmo alegar, o exercício de atos de posse, situação que afasta, em definitivo, sua pretensão." (TJ-RS - AC: 70045656204 RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Data de Julgamento: 27/10/2011, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2011)*

Para fazer jus à proteção possessória, qualquer que seja sua natureza ou modalidade, imprescindível que o demandante comprove sua posse atual, do que não se desincumbiu a autora/apelada no caso em exame, devendo, por isso, ser reformada a sentença para improcedência do pedido inicial.

Ante o exposto, peço vênia para divergir do ilustre Relator, a fim de conhecer e dar provimento ao recurso de apelação para julgar totalmente improcedente a pretensão inicial, revogando a liminar concedida. Por consequência, fica invertido o ônus da sucumbência, devendo a autora/apelada arcar com o pagamento de honorários que arbitro em R$ 1.500,00, nos termos do art. 85, §§8º e 11, do NCPC, cuja exigibilidade fica sobrestada por ser beneficiária da justiça gratuita. Expeça-se mandado para restituição da posse imediatamente.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 12/12/2017 em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Vladimir), após o relator negar e o 1º vogal dar provimento ao recurso.

VOTO (EM 12/12/2017)

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

Pedi vista dos autos para melhor análise.

Analisadas as circunstâncias do caso concreto, tenho pelo acerto do juízo sentenciante e, por derradeiro, das razões despendidas no voto do relator.

Com a transmissão do domínio à autora, em decorrência do óbito de seu cônjuge, adquiriu também a posse direta sobre o bem, de modo que detém a proteção possessória independentemente de seu exercício fático sobre o imóvel, haja vista que com a transmissão *causa mortis* houve a disponibilização do exercício da posse à autora, situação que possui a devida proteção do ordenamento jurídico.

Portanto, tem-se que a presente demanda é a via adequada ao pedido da inicial.

Quanto a pretensão indenizatória do apelante, é incontroversa a afirmação de que antes de iniciar a construção no lote de terreno, realizou busca no Cartório de Registro de Imóveis competente, tendo localizado o proprietário do bem, todavia, ainda assim assumiu o risco de realizar a edificação, instante em que a posse perdeu a qualidade da boa-fé, motivo pelo qual descabe qualquer indenização por parte da apelada.

Diante todo o exposto, acompanho as razões delineadas no voto do relator.

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos dos votos do relator e 2º vogal, vencido o 1º vogal, que lhe dava provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 27/02/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

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. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800745-03.2016.8.12.0025 - Bandeirantes
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE PRODUTO RURAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA PRODUÇÃO DE PROVAS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – PRINCÍPIO DA LIVRE MOTIVAÇÃO DO JUIZ – PROVA PRODUZIDA SUFICIENTE PARA O JULGAMENTO DA LIDE – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – LIQUIDEZ DO TÍTULO – DESNECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 4º-A DA LEI N. 8.929/94 – EXEQUENTE QUE OPTOU PELA MODALIDADE DE EXECUÇÃO PARA ENTREGA DE COISA INCERTA – ILIQUIDEZ DO TÍTULO NÃO CONFIGURADA – MORA – CONDIÇÕES CLIMÁTICAS QUE INFLUENCIARAM NA BAIXA PRODUTIVIDADE DA LAVOURA – ALEGADO MOTIVO DE FORÇA MAIOR – TEORIA DA IMPREVISÃO – AFASTADA – RISCOS INERENTES À ATIVIDADE AGRÍCOLA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Trazendo o conjunto probatório elementos suficientes para que a lide seja resolvida, não há se falar em cerceamento de defesa por ausência de intimação para produção de provas. Qualquer outra prova que eventualmente pudesse ser feita levaria ao juízo a decidir com as provas já existentes, como o fez.

Os requisitos previstos no art. 4º-A da Lei n. 8.929/94 só são imprescindíveis quando o exequente utilizar-se da liquidação financeira do título. No caso dos autos, o exequente utilizou-se da modalidade de execução para entrega de coisa incerta, hipótese prevista no art. 15 da mesma lei, justamente por portar título líquido e certo.

Os riscos de baixa produtividade da produção agrícola em razão da má condição climática são inerentes à atividade agrícola, não sendo aplicável a teoria da imprevisão, no caso, para afastar a mora. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Felipe Reis e outro apelam da sentença proferida pelo juízo da comarca de Bandeirantes, que julgou improcedente a pretensão contida nos embargos à execução opostos contra Carlos Antonio Brauner.

Em suas razões (f. 129-139), apontam como preliminar a nulidade da sentença em razão da ausência de intimação para produção de provas; omissão na análise das provas constantes nos autos; e necessidade de correção de erro material quanto a interposição de agravo de instrumento da decisão liminar, as quais, alegam, não foram sanadas pelo juízo singular.

Dizem que ficou "*demonstrado que o D. Juízo a quo, de forma indevida, não realizou o saneamento do processo e não determinou a produção das provas necessárias ao correto julgamento do feito, violando os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal (...)".* (f. 133).

No mérito sustentam que o título executivo não preenche os requisitos da cédula de produto rural descritos na Lei n. 8.929/94, o que torna inviável sua liquidação financeira; que não há, no contrato firmado, nenhuma identificação do índice de preços a ser utilizado no resgate do título, nem especificação correta do valor a ser considerado como líquido para execução.

Acrescentam que "*referido título não preencheu os requisitos que exequibilidade previstos na Lei n. 8.929/94, do que decorre inafastável inépcia da petição inicial"* (f. 135), e que "*não podem ser considerados em estado de mora imputável, justamente por não terem concorrido para a falta do pagamento, que se deu por conta de severas frustrações de safras e receitas."* (f. 137).

Argumentam que, mesmo com o *déficit* da colheita cabalmente demonstrado, a quantia de grãos depositada no armazém em favor do apelado foi equivalente a 138,32% da produção da área de terra gravada pela CPR, sendo quimérico qualquer intuito fraudatório.

Requerem o provimento do recurso, para que seja declarada a nulidade da sentença por ausência de oportunidade para produção de provas. Alternativamente, que seja afastada a mora.

Contrarrazões às f. 145-152.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Felipe Reis e outro apelam da sentença proferida pelo juízo da comarca de Bandeirantes, que julgou improcedente a pretensão contida nos embargos à execução opostos contra Carlos Antonio Brauner.

Em suas razões (f. 129-139), apontam como preliminar a nulidade da sentença em razão da ausência de intimação para produção de provas, omissão na análise das provas constantes nos autos e necessidade de correção de erro material quanto à interposição de agravo de instrumento da decisão liminar, as quais alegam que não foram sanadas pelo juízo singular.

Aduzem que "*(...) o D. Juízo a quo, de forma indevida, não realizou o saneamento do processo e não determinou a produção das provas necessárias ao correto julgamento do feito, violando os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal (...)*" (f. 133).

No mérito, sustentam que o título executivo não preenche os requisitos da cédula de produto rural descritos na Lei n. 8.929/94, o que torna inviável sua liquidação financeira, e que não há, no contrato firmado, qualquer identificação do índice de preços a ser utilizado no resgate do título, nem especificação correta do valor a ser consideração como líquido para execução.

Acrescentam que "*(...) referido título não preencheu os requisitos que exequibilidade previstos na Lei n. 8.929/94, do que decorre inafastável inépcia da petição inicial"*. (f. 135), e que "*não podem ser considerados em estado de mora imputável, justamente por não terem concorrido para a falta do pagamento, que se deu por conta de severas frustrações de safras e receitas."* (f. 137).

Argumentam que, mesmo com o déficit da colheita cabalmente demonstrado, a quantia de grãos depositada no armazém em favor do apelado foi equivalente a 138,32% da produção da área de terra gravada pela CPR, sendo quimérico qualquer intuito fraudatório.

Requerem o provimento do recurso para que seja declarada a nulidade da sentença por ausência de oportunidade para produção de provas. Sucessivamente, requerem a declaração de inépcia da inicial seja declarada ou o afastamento da mora.

Da admissibilidade

Nos termos do artigo 1.010 e parágrafos do CPC, o juízo singular conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação para as contrarrazões e remeteu os autos ao tribunal, para o juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e o preparo se encontra às f. 140-141.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a presente apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC, e passo à respectiva análise.

Preliminar de nulidade da sentença por ausência de intimação para produção de provas

Os apelantes sustentam que a sentença é nula, ao argumento de que não foram intimados para a produção de provas.

Há de se afastar a preliminar.

De ver-se que o julgamento antecipado da lide, por si só, não configura cerceamento de defesa. É que havendo prova suficiente para o juízo decidir a lide, ele o fará, na assertiva de que qualquer prova outra seria inútil à formação de convicção.

No caso em comento a matéria é quase toda de direito, salvo eventual demonstração da teoria da imprevisão. Ocorre que não se aplica ao caso a referida teoria, dado os riscos pertinentes a quem trabalha na área agropecuária.

Toda e qualquer prova deve ser não só relevante, mas, também, influente, isto é, capaz de influenciar a decisão do juiz, como anota Moacyr Amaral Santos[1], veja-se:

> *"Objeto da prova são os fatos sobre que versa a lide. Devem, portanto, ser provados os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada. Daí a regra: os fatos por provar devem ser relevantes, ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa. Fatos que nenhuma relação tenham com a causa, e assim não influam na sua decisão são inúteis, donde inútil sua prova: frustra probatur quod probatum non relevat. Costuma-se, por isso, apresentar-se a regra sob forma negativa: os fatos que nenhuma influência exercem sobre a decisão da causa".*

1 *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º v., 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.349-350.

Assim, plenamente admissível haver o magistrado *a quo* se utilizado da normativa expressa no art. 920, inciso II, do CPC, o qual dispõe que "*recebido os embargos, o juiz poderá imediatamente julgar o pedido*".

Em reforço da tese exposta, vejam-se os seguintes precedentes deste Tribunal:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – AFASTADA – MÉRITO – FRAUDE À EXECUÇÃO – CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO CELEBRADO APÓS INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM DÍVIDA ATIVA – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE FRAUDE – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375 DO STJ – APLICAÇÃO DA LEI ESPECIAL, QUE SE SOBREPÕE AO REGIME DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE PENHORA APENAS SOBRE OS DIREITOS ADVINDOS DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Não há cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide quando o julgador entende que o conjunto probatório dos autos é suficiente à formação de sua convicção e, notadamente, quando a prova cuja produção se pretende afigura-se inútil a emprestar ao feito solução jurídica distinta. (...). (TJMS. Apelação nº 0001460-49.2015.8.12.0046, Chapadão do Sul, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 31/01/2017, p: 01/02/2017).*

> *EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – INSCRIÇÃO DO NOME DO CONSUMIDOR EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS – NÃO CONFIGURADOS – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM SEDE RECURSAL. (...) 2. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o julgador entender substancialmente instruído o processo, declarando a prescindibilidade de dilação probatória por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente. (...). (TJMS. Apelação n. 0801956-22.2016.8.12.0010, Fátima do Sul, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 16/08/2017, p: 21/08/2017).*

Quanto ao argumento de que o magistrado foi omisso ao não analisar todas as provas, também não merece acolhimento, levando-se em consideração que o juízo singular analisou adequadamente todo o material probatório trazido pelos embargantes.

Como destacado na sentença proferida nos embargos de declaração opostos:

> *"Em razão da superação histórica do sistema de valoração da prova legal (a lei estabelecia previamente o peso ou o valor a ser conferido pelos órgãos judicantes a determinadas provas), hoje os magistrados são livres para valorarem as provas segundo o seu convencimento, a sua impressão sobre o conjunto probatório e alegações das partes.*
>
> *Sendo assim, a apreciação das provas produzidas no processo compete única e exclusivamente ao magistrado, que pode e deve fazer essa atividade livre de qualquer pressão ou interesse das partes.*
>
> *Dessa forma, não há falar em omissão do julgado quanto à apreciação de determinada prova.*
>
> *Inclusive, no presente caso, cabe esclarecer que independentemente de menção expressa aos documentos das p. 32-36 e p. 85-86, a análise sobre a tese de frustração da safra por motivos climáticos foi realizada no tópico 'Da inexistência da mora' (p. 94-96) bem como a entrega de milho no armazém do embargado também foi analisada no*

> *tópico 'Do excesso de execução' (p. 97), de modo que referidos documentos foram sim visualizados e considerados na sentença, ainda que de forma implícita nos fundamentos indicados". (f. 124).*

Por tais motivos, afasto a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa.

Mérito

Da ausência de requisitos da CPR

No mérito os apelantes sustentam que o título executivo apresentado pelo exequente não preenche os requisitos da Lei n. 8.929/94, que dispõe sobre a Cédula de Produto Rural (CPR).

Argumentam que não é possível a liquidação financeira do título, pois não há os índices de preço a serem utilizados para o resgate do título, não tendo referida cártula validade jurídica.

Os requisitos a que se referem os embargantes são os previstos no art. 4º-A da referida legislação, que contém a seguinte disposição:

> *Art. 4º-A. Fica permitida a liquidação financeira da CPR de que trata esta Lei, desde que observadas as seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 10.200, de 2001).*
>
> *I - que seja explicitado, em seu corpo, os referenciais necessários à clara identificação do preço ou do índice de preços a ser utilizado no resgate do título, a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice; (Incluído pela Lei nº 10.200, de 2001).*
>
> *II - que os indicadores de preço de que trata o inciso anterior sejam apurados por instituições idôneas e de credibilidade junto às partes contratantes, tenham divulgação periódica, preferencialmente diária, e ampla divulgação ou facilidade de acesso, de forma a estarem facilmente disponíveis para as partes contratantes; (Incluído pela Lei nº 10.200, de 2001).*
>
> *III - que seja caracterizada por seu nome, seguido da expressão "financeira". (Incluído pela Lei nº 10.200, de 2001).*

No conceito de Arnaldo Rizzardo[2], a cédula de produto rural "*é título representativo da promessa de entregar, em data futura (ou seja, no vencimento da cártula), o produto rural indicado, na quantidade e qualidade especificadas*".

Seria o caso de acolhimento da pretensão dos apelantes se, e somente se, o apelado tivesse optado pela liquidação financeira da cártula nos ditames do supracitado art. 4º-A – que trata da cédula de produto rural financeiro – CPRF – , situação essa em que seria necessário o preenchimento dos requisitos acima expostos.

No entanto, vê-se da execução em apenso que o exequente, ora apelado, utilizou-se de via distinta, optando corretamente pela modalidade de execução para entrega de coisa incerta[3], a qual tem suas regras insertas nos arts. 811 a 813 do Código de Processo Civil e, no que couber, as determinações referentes à execução para entrega de coisa certa, previstas nos arts. 806 a 810, também do CPC.

2 Curso de Direito Agrário. 1ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 550 *apud* Revista de Derecho del Mercosur. n. 99. p. 99. p. 122. Buenos Aires: La Ley, 1995.

3 Lei. 8.929/94.(...)

Art. 15. Para a cobrança da CPR, cabe a ação de execução para entrega de coisa incerta.

A principal diferença entre os institutos é a de que, ao contrário da liquidação financeira, na execução para entrega de coisa incerta não é necessário que a cédula de produto rural apresente os requisitos previstos no artigo 4º-A da Lei n. 8.929/94.

Há de se afastar, portanto, os argumentos dos apelantes sobre eventual iliquidez do título executivo, pois o exequente se utilizou de via distinta, a qual prescinde do preenchimento dos requisitos apontados no apelo.

No tocante à situação de mora, os apelantes sustentam que tal condição não lhes deve ser imputada e que o inadimplemento da obrigação se deu em razão de força maior, pois realizaram a colheita dos grãos em quantia muito inferior à projeção esperada face às condições climáticas que não ajudaram no desenvolvimento do cultivo.

Também não é o caso de se aplicar a teoria da imprevisão. Explico.

Sobre a teoria da imprevisão, leciona Nelson Rosenvald[4] que:

> *"A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, na medida em que a admissão da resolução contratual é condicionada à demonstração de que ao tempo da contratação havia total impossibilidade de as partes anteverem o evento extraordinário que conduziria à onerosidade excessiva, frustrando a justa expectativa no êxito do programa contratual.*
>
> *Com efeito, a imprevisibilidade remete à teoria da vontade, pela qual o aspecto psicológico do declarante – e não o teor da declaração – determinará se o evento poderia ou não ser previsto e, assim, será determinado se o fato superveniente for fruto de sua negligência ou merecer intervenção do ordenamento jurídico.*
>
> *(...) Para a resolução contratual exige-se que o fato superveniente acarrete não só enorme desvantagem para uma das partes como ainda extrema vantagem para a outra."*

Na atividade de produção agrícola, o agricultor se submete aos infortúnios eventualmente causados pela má condição climática. No entanto, "*as intempéries climáticas e mercadológicas são riscos inerentes à produção agrícola, de sorte que não há que se falar em extraordinariedade ou imprevisibilidade de tais acontecimentos em tal setor, pela teoria da imprevisão"*[5].

Outro não é o entendimento que vem sendo utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS – ART. 130 DO CPC – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – FACULDADE DO JUIZ – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 7/STJ – TEORIA DA IMPREVISÃO – INTEMPÉRIES CLIMÁTICAS – INAPLICABILIDADE – PRODUTOR RURAL – COMPRA E VENDA DE INSUMOS AGRÍCOLAS – REVISÃO DE CONTRATO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – NÃO INCIDÊNCIA – COBRANÇA ABUSIVA DE JUROS – CAPITALIZAÇÃO – SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. Compete ao magistrado zelar pela necessidade e utilidade da produção das provas requeridas, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Além disso, saber se a prova cuja produção fora requerida pela parte é ou não indispensável à solução da controvérsia, de modo a permitir ou não o julgamento antecipado da lide, é questão que exige o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a atrair o óbice previsto na*

4 Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: coord. Cezar Peluso. – 6. Ed. Rev. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2012. p. 544

5 TJMS – Apelação Cível n. 0001645-48.2008.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 4ª Câmara Cível, Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 17/05/2017, p: 19/05/2017.

Súmula 7/STJ.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que a Teoria da Imprevisão como forma de revisão judicial dos contratos somente será aplicada quando ficar demonstrada a ocorrência, após a vigência do contrato, de evento imprevisível e extraordinário que onere excessivamente uma das partes contratantes, não se inserindo nesse contexto as intempéries climáticas. (STJ, AgRg no AREsp 155.702/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 27/06/2013).

Na espécie, o art. 14 da Lei n. 8.929/94 dispõe que *"a CPR poderá ser considerada vencida na hipótese de inadimplemento de qualquer das obrigações existentes.* Ainda, o art. 11 da referida lei, por seu turno, dispõe que *além de responder pela evicção, não pode o emitente da CPR invocar em seu benefício o caso fortuito ou de força maior*".

Logo, por todos os ângulos analisados, a situação de mora dos apelantes é incontestável.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento. Fica a verba honorária majorada em 5% (cinco por cento), totalizando 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da demanda, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 20/02/2018 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator afastar a preliminar e negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO

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

O pedido de vista justifica-se em razão da necessidade de estudo de todo o processado para análise do recurso de apelação interposto pelos embargados nos embargos opostos na Ação de Execução para Entrega de Coisa Incerta, com pedido de tutela provisória de urgência, lastreada na Cédula de Produto Rural n. 0001/2016, vencível em 30 de agosto de 2016, a qual concede penhor de 1º (primeiro) grau, e sem concorrência de terceiros, da safra 2016/2016 dos Executados, no total de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil quilos) de milho, em grãos, tipo exportação, padrão CONCEX. Pleiteou medida cautelar de urgência para o sequestro de 1.500.000 kg de milho e ao final a procedência do pedido.

O juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados nos embargos à execução e condenou os embargantes/apelantes ao pagamento das custas e honorários, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Pois bem.

Analisados detidamente os autos, verifica-se que realmente merece ser desprovido o recurso de apelação, como aliás entendeu o ilustre Relator.

Da preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Com efeito, não há que se falar em nulidade da sentença em razão do julgamento antecipado, porquanto a anomalia arguida não se verifica dos autos.

Pois bem, ao proferir sentença o juiz *a quo* fez constar:

"Nos termos dos arts. 355, I, e art. 920, II, ambos do CPC, conheço diretamente do

> *pedido, passando a proferir sentença, considerando que a questão preliminar é de direito e a questão de mérito, apesar de ser de direito e de fato, não depende, para ser resolvida, da produção de qualquer outro tipo de prova, além da documental já existente no processo." (f. 92)*

Ainda que não tenha sido inaugurada a fase de especificação de provas, se há prova suficiente ou não, cabe ao juiz apreciar de acordo com o que entender atinente à demanda e às regras legais de distribuição do ônus da prova. Não está obrigado a julgá-la conforme pleiteado pelas partes, mas de acordo com seu livre convencimento motivado, usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso.

Vale dizer, o livre convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução, autorizam-no a analisar as provas de acordo com seu livre convencimento e da forma que entender mais justa à solução da lide.

O raciocínio sopesado encontra respaldo na jurisprudência pátria, *in verbis:*

> *"APELAÇÕES CÍVEIS RECIPROCAMENTE INTERPOSTAS – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL JULGADA IMPROCEDENTE – INSURGÊNCIA DO AUTOR POR ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – ART. 131 DO CPC – FUNDAMENTAÇÃO EFICIENTE À CONSENTÂNEA DISSOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA – PREJUDICIAL AFASTADA. "A valoração objetiva dos elementos probatórios é ato consciente e reflexivo do juiz, sobrepondo-se, obviamente, à convicção dos litigantes, porquanto, conforme o art. 131 do Código de Processo Civil, é ele o destinatário das provas produzidas no processo, cabendo-lhe, por isso mesmo, o livre exame delas, observada a diretriz da persuasão racional e o dever de motivação do decisório consequente" (Apelação Cível nº , de Porto União, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 04/06/2009). PRETENSA NULIDADE DA PERÍCIA GRAFOTÉCNICA QUE COMPROVOU A FALSIDADE DA ASSINATURA CONTIDA NAS NOTAS PROMISSÓRIAS – UTILIZAÇÃO, PELO EXPERT, DE DOCUMENTOS JÁ ENCARTADOS NOS AUTOS, PARA A CONFRONTAÇÃO DA FIRMA QUESTIONADA – POSSIBILIDADE – VALIDADE E HIGIDEZ DO RESPECTIVO LAUDO – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DOS RÉUS NOS ENCARGOS DE MORA – DEPÓSITO JUDICIAL DAS PARCELAS EM ATRASO – SUBSTRATO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A INCLUSÃO DO ÔNUS NO RESPECTIVO MONTANTE – SENTENÇA REFORMADA NESTE PONTO – ALEGADO ADIMPLEMENTO DO VALOR OBJETO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO EMITIDOS, TENDO COMO BENEFICIÁRIO O AUTOR – JUNTADA AOS AUTOS DE APENAS 3 DAS 5 CINCO ORDENS DE PAGAMENTO EMITIDAS – RESPECTIVA PRESUNÇÃO DE PAGAMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 324 DO CC – CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO INTERPOSTO PELOS RÉUS – REMESSA DE CÓPIA FOTOSTÁTICA AUTÊNTICA INTEGRAL DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA A RESPECTIVA PERSECUÇÃO PENAL, INDO NO ENCALÇO DO AUTOR DO ILÍCITO, COM O FITO DE APLICAR-LHE A RESPECTIVA SANÇÃO PELA PRÁTICA DELITUOSA CAPITULADA NO ART. 297, § 2º, [...]" (TJ-SC - AC: 20120650273 SC 2012.065027-3 (Acórdão), Relator: Luiz Fernando Boller, Data de Julgamento: 19/06/2013, Quarta Câmara de Direito Civil Julgado) destaquei.*

Na hipótese, ainda que existam questões de fato e de direito, sendo suficiente a prova documental apresentada pelas partes para solução das questões controvertidas, descabe a produção de demais provas para a solução da lide.

Nesse norte, afasto a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Mérito

No mérito, melhor sorte não socorrem os apelantes.

Não prospera a alegação de que o título executivo não preenche os requisitos da cédula de produto rural descritos no art. 4º-A da Lei n. 8.929/94, de forma a tornar inviável sua liquidação financeira, pois, como bem destacou o eminente Relator, a execução é para entrega de coisa incerta, não havendo liquidação financeira do título, procedimento em que seriam imprescindíveis tais requisitos.

Finalmente, não se sustentam os argumentos dos apelantes para afastar a mora, pois ainda que tenha ocorrido a quebra da safra, tal fato não é suficiente, tendo em vista não só a ausência de aplicação da teoria da imprevisão na hipótese, como pelo fato de constar expressamente da própria cédula de produto rural a não configuração de caso fortuito ou força maior nos casos de excesso de chuva ou estiagem, bem como variações de cotação de produto objeto desta CPR – Cédula de Produto Rural (f. 20), tendo os apelantes se comprometido ainda através da avença a adquirir outro produto para entregar ao credor, visando o cumprimento das obrigações assumidas no título, na eventual hipótese de frustração da safra, de não realização do plantio ou qualquer outro fato que implique a inexistência de produto para cumprimento da CPR.

Nesta senda, o desprovimento do recurso de apelação é medida que se impõe, com majoração da verba honorária, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

Ante o exposto, acompanho o entendimento esposado pelo eminente Relator no sentido de conhecer e negar provimento do recurso de apelação dos devedores/embargantes, com majoração dos honorários em proveito do embargado para 12% sobre o valor atualizado da causa.

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

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2018.

***

4ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1403440-19.2017.8.12.0000 - Campo Grande – MS
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DE PENSÃO À FILHA DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E DESBUROCRATIZAÇÃO – PRELIMINAR AFASTADA, VENCIDO O RELATOR – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – DESNECESSIDADE – PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 24 ANOS DE IDADE – IMPOSSIBILIDADE – FALTA DE PREVISÃO LEGAL – APLICAÇÃO DA LEI N. 9.717/1998 – PREVISÃO DE PAGAMENTO DO BENEFÍCIO ATÉ OS 21 ANOS – SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que *a Lei n. 9.717/1998 prevalece sobre a norma que regulamenta o regime próprio dos servidores públicos estaduais, devendo ser reconhecido o direito de pensão por morte até os 21 anos, conforme previsto na Lei n. 8.213/1991*. (RMS 51.452/MS, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva, nos termos do voto do 3º Vogal, vencido o Relator e, no mérito, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Relator vencidos o 1º e 3º Vogais.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Vitória Cardoso Barcelos de Souza, assistida por sua genitora Rosimeire Cardoso da Silveira, impetra mandado de segurança contra ato imputado ao Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e ao Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV.

Em síntese, a impetrante, nascida em 19/04/1999, é beneficiária do MSPREV, na qualidade de dependente de seu genitor, servidor público falecido em 01/05/2009. Tendo em vista que completa (*rectius*: completou) dezoito anos em 18/04/2017, encontra-se na iminência de ver cessada a pensão que percebe, nos termos do art. 13, I da Lei Estadual nº 3.150/2005, que prevê a perda da qualidade de dependente para o filho que atingir essa idade. Isso porque a Administração vem afirmando que a alteração havida pela Lei nº 4963/2016 - que ampliou para 21 anos a idade do beneficiário – só alcança aqueles que se tornaram beneficiários após sua vigência.

Afirma que protocolizou pedido administrativo, autuado sob o nº 55/5012035-2017, cuja resposta foi pelo indeferimento do pedido de continuidade do pagamento.

Assevera que o art. 5º da Lei nº 9.717/98 veda que os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos concedam benefícios distintos dos previstos no regime geral de previdência social. Desta forma, diante da omissão da legislação estadual, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 35 da Lei nº 9.250/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas, trazendo a previsão de que poderão ser considerados dependentes os maiores até 24 anos de idade que estiverem cursando nível superior ou escola técnica.

Requer a obtenção de liminar para assegurar a continuidade do recebimento da pensão e, ao final, a concessão da segurança para o fim de determinar a continuidade do pagamento enquanto estiver a beneficiária cursando ensino superior, respeitado o limite de vinte e quatro anos, ou, em pedido alternativo, até os vinte e um anos, nos termos da Lei nº 4963/2016.

Instruiu com os documentos de f. 23-59/63-66. As custas foram devidamente recolhidas (f. 73).

A liminar foi deferida (f. 68-70), no sentido de determinar aos impetrados que se abstenham de interromper o pagamento de pensão à agravante.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações e defesa (f. 82-102), aventando preliminar de ilegitimidade passiva do Estado, e, quanto ao mérito, refutou a existência de direito líquido e certo, porquanto a administração pública limitou-se a aplicar o conteúdo da Lei n. 3.150/05, vigente à data do falecimento do genitor da impetrante. Assevera que não se pode aplicar a Lei n. 4.963/2016 porque a pensão por morte tem por fato gerador o evento morte; logo, a legislação que deve disciplinar o benefício é aquela vigente na data do fato jurídico que desencadeou sua concessão. Prequestionou dispositivos de leis constitucionais e infraconstitucionais.

O Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV/MS, apresentou informações (f. 103-121), alegando, preliminarmente, a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, posto que, além da impetrante, também foram habilitados como pensionistas do segurado falecido mais quatro beneficiários, os quais serão afetados com eventual concessão da ordem. Quanto ao mérito, defendeu a aplicação da Lei n. 3.150/2005 à hipótese dos autos e, por conseguinte, pugnou pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva e, quanto ao mérito, pela concessão parcial da segurança, a fim de assegurar à impetrante que continue recebendo pensão por morte até a data em que completar vinte e um anos de idade (f. 132-143).

A impetrante manifestou-se sobre as preliminares às f. 168-170.

VOTO (EM 28/08/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Vitória Cardoso Barcelos de Souza, assistida por sua genitora Rosimeire Cardoso da Silveira, impetra mandado de segurança contra ato imputado ao Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e ao Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV.

Em síntese, a impetrante, nascida em 19/04/1999, é beneficiária do MSPREV, na qualidade de dependente de seu genitor, servidor público falecido em 01/05/2009. Tendo em vista que completa (*rectius*:

completou) dezoito anos em 18/04/2017, encontra-se na iminência de ver cessada a pensão que percebe, nos termos do art. 13, I da Lei Estadual nº 3.150/2005, que prevê a perda da qualidade de dependente para o filho que atingir essa idade. Isso porque a Administração vem afirmando que a alteração havida pela Lei nº 4963/2016 - que ampliou para 21 anos a idade do beneficiário – só alcança aqueles que se tornaram beneficiários após sua vigência.

Afirma que protocolizou pedido administrativo, autuado sob o nº 55/5012035-2017, cuja resposta foi pelo indeferimento do pedido de continuidade do pagamento.

Assevera que o art. 5º da Lei nº 9.717/98 veda que os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos concedam benefícios distintos dos previstos no regime geral de previdência social. Desta forma, diante da omissão da legislação estadual, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no art. 35 da Lei nº 9.250/95, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas, trazendo a previsão de que poderão ser considerados dependentes os maiores até 24 anos de idade que estiverem cursando nível superior ou escola técnica.

Requer a obtenção de liminar para assegurar a continuidade do recebimento da pensão e, ao final, a concessão da segurança para o fim de determinar a continuidade do pagamento enquanto estiver a beneficiária cursando ensino superior, respeitado o limite de vinte e quatro anos, ou, em pedido alternativo, até os vinte e um anos, nos termos da Lei nº 4963/2016.

Instruiu com os documentos de f. 23-59/63-66. As custas foram devidamente recolhidas (f. 73).

A liminar foi deferida (f. 68-70), no sentido de determinar aos impetrados que se abstenham de interromper o pagamento de pensão à agravante.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou informações e defesa (f. 82-102), aventando preliminar de ilegitimidade passiva do Estado, e, quanto ao mérito, refutou a existência de direito líquido e certo, porquanto a administração pública limitou-se a aplicar o conteúdo da Lei n. 3.150/05, vigente à data do falecimento do genitor da impetrante. Assevera que não se pode aplicar a Lei n. 4.963/2016 porque a pensão por morte tem por fato gerador o evento morte; logo, a legislação que deve disciplinar o benefício é aquela vigente na data do fato jurídico que desencadeou sua concessão. Prequestionou dispositivos de leis constitucionais e infraconstitucionais.

O Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV/MS, apresentou informações (f. 103-121), alegando, preliminarmente, a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, posto que, além da impetrante, também foram habilitados como pensionistas do segurado falecido mais quatro beneficiários, os quais serão afetados com eventual concessão da ordem. Quanto ao mérito, defendeu a aplicação da Lei n. 3.150/2005 à hipótese dos autos e, por conseguinte, pugnou pela denegação da ordem.

A Procuradoria-Geral da República ofertou parecer pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade passiva e, quanto ao mérito, pela concessão parcial da segurança, a fim de assegurar à impetrante que continue recebendo pensão por morte até a data em que completar vinte e um anos de idade (f. 132-143).

A impetrante manifestou-se sobre as preliminares (f. 168-170).

Passo ao voto propriamente dito.

Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*

Consoante dispõe a lei do mandado de segurança *"considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática."* (art. 6º, § 3º da Lei n. 12.016/2009).

O STJ[1] firmou orientação no sentido de que a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato administrativo e não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei ou de ato infralegal no âmbito administrativo.

No caso, a impetrante pretende a continuidade do pagamento da pensão recebida pelo óbito de seu genitor, ato atribuído a AGEPREV - Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, entidade autárquica com autonomia administrativa, cuja a finalidade é administrar o regime próprio de previdência social do estado competindo-lhe, como gestora única, a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios assegurados pelo MSPREV.

Confira-se o tero da Lei Estadual n. 3.545/2008:

> *Art. 1º Fica criada a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), vinculada à Secretaria de Estado de Administração, entidade autárquica com autonomia administrativa, financeira e patrimonial com a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV), de que trata a Lei nº 3.150, de 22 de dezembro de 2005, competindo-lhe como gestora única:*
>
> *I - a cobrança e a arrecadação dos recursos previstos no art. 18 da Lei nº 3.150, de 2005;*
>
> *II - a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios assegurados pelo MSPREV;*
>
> *III - a gestão dos fundos e recursos arrecadados;*
>
> *IV - a manutenção permanente de cadastro individualizado dos servidores públicos ativos e inativos, dos militares estaduais do serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, respectivos dependentes e dos pensionistas;*
>
> *V - a realização de perícia médica oficial.*

Consoante orienta Hely Lopes Meirelles[2],

> *Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas (...) Por exemplo, numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções gerais para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas,* ***usando do poder de decisão.***
>
> *Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada.* ***A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes para praticar o ato ordenado pelo Judiciário.*** *(destaquei) (f. 65)*

1 Vide: **STJ**, AgRg no RMS 45.274/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 2ª T., julgado em 05/08/2014, DJe 18/08/2014.

2 *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais.* 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65.

Extrai-se que a insurgência da impetrante é contra ato praticado exclusivamente pelo Diretor-Presidente da – AGEPREV/MS, autoridade dotada de atribuição para decidir, no âmbito administrativo, sobre a continuidade do pagamento de pensão.

Portanto, vale repetir, não há qualquer participação do Secretário de Estado no ato administrativo que culmina na suspensão do pagamento de benefício previdenciário, assim como também não possui competência para corrigir a ilegalidade impugnada.

De se registrar que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é inaplicável a teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Secretário de Estado ou do Governador no polo passivo do mandado de segurança modificaria a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual.[3]

Desse modo, nos termos do art. 485, VI, do CPC, há de se acolher a ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado de Administração, declarando-se extinto o processo sem resolução de mérito em relação a essa autoridade.

De ver-se que este Tribunal não detém competência originária para o processo e julgamento de ação ordinária ou mandado de segurança de matéria suscitável na vara de fazenda pública e registro público.

A competência para o processo e julgamento do feito é do juízo de primeiro grau, conforme art. 2º, "b", da Resolução n. 221/1994. Confira-se:

> *Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande: (alterado pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007.)*
>
> *(...)*
>
> *b) aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:*
>
> *1. os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos; (alterado pelo art. 1º da Resolução nº 456, de 10/11/2004 -DJMS, de 17/11/2004.)*
>
> *2. os mandados de segurança, hábeas data e mandado de injunção; (alterado pelo art. 2º da Resolução nº 525, de 6.6.2007 – DJMS, de 14.6.2007.)*
>
> *3. os feitos relativos a registros públicos, inclusive os procedimentos de dúvida e de averiguação oficiosa de que trata o art. 2º da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992; (alterado pelo art. 1º da Resolução nº 456, de 10/11/2004 -DJMS, de 17/11/2004.)*

Posto isso, contra o parecer, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização do Mato Grosso do Sul, declarando o processo extinto sem resolução de mérito em relação a essa autoridade. Determino a remessa do feito para distribuição a uma das varas de Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Campo Grande, por ser o juízo competente para o trâmite de mandado de segurança impetrado contra ato do Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV.

3 Idem.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 27.11 em face do pedido de vista antecipado do Des. Sideni (3º Vogal), após o relator acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do estado de mato grosso do sul. Os demais aguardam.

VOTO (EM 27/11/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a demanda em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Vitória Cardoso Barcelos de Souza, assistida por sua genitora, Rosimeire Cardoso da Silveira, contra ato praticado pelo Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul e Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV. Arguiu o Secretário de Estado sua ilegitimidade passiva *ad causam*. O Eminente Relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, em dissonância ao parecer ministerial, acolheu a arguição.

Preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul

Com efeito, tendo em vista a matéria debatida nestes autos (concessão de benefício de pensão por morte), verifica-se que o Estado de Mato Grosso do Sul deverá figurar no polo passivo da lide, vez que lhe é atribuída a competência a respeito da remuneração e dos benefícios de seus servidores, ativos ou inativos e/ou dependentes.

Dispõe o art. 13, da Lei 2.152/00 que:

> *"À Secretaria de Estado de Administração compete:*
>
> *I - a concepção de políticas e diretrizes relativas à classificação de cargos, à organização de carreiras, à remuneração e à seguridade social e benefícios dos servidores da administração direta, autarquias e fundações e das empresas públicas dependentes;".*

Já a Lei 3.545/08, que criou a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, assim estabeleceu:

> *"Art. 1º Fica criada a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (AGEPREV), vinculada à Secretaria de Estado de Administração, entidade autárquica com autonomia administrativa, financeira e patrimonial com a finalidade de administrar o Regime Próprio de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV), de que trata a Lei n. 3150, de 22 de dezembro de 2005, competindo-lhe como gestora única:*
>
> *...*
>
> *§ 1º A responsabilidade pelo desconto, recolhimento ou repasse à AGEPREV das contribuições previstas neste artigo será do dirigente do órgão ou entidade que efetuar o pagamento da remuneração ou do benefício.*
>
> *§ 2º* ***O ato de concessão dos benefícios*** *para os membros ou servidores dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública* ***será assinado pela autoridade competente do respectivo órgão, que o remeterá, em seguida, à AGEPREV para aprovação do pagamento e manutenção****.*

> *§ 3º O ato que conceder a aposentadoria indicará o fundamento legal aplicado ao direito e provento, assim como, o regime a que ficará sujeita sua revisão ou atualização.*
>
> *§ 4º Cada órgão fará as comunicações necessárias para que a AGEPREV observe os direitos à integralidade e à paridade de remuneração, quando assegurados." (Grifei).*

Mais ainda, a lei estadual 3.150/05, que instituiu o Regime de Previdência Social do Estado de Mato Grosso do Sul – MSPREV, atribui à estrutura de cada poder a competência a análise dos processos de concessão de benefícios previdenciários:

> *Art. 96. A análise dos processos de concessão de aposentadoria e pensão para fins de percepção de benefícios previdenciários será da responsabilidade de unidades administrativas integrantes das estruturas de cada Poder, do Ministério Público e do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública."*

Portanto, diante da natureza complexa o ato administrativo de concessão de benefício previdenciário, demandando a manifestação de diversos órgãos, da estrutura do Poder, entendo inarredável a participação do Estado de Mato Grosso do Sul no polo passivo da lide onde se discute a concessão de benefício previdenciário através do regime fechado de previdência dos seus servidores, pelo que não subsistem dúvidas acerca de sua legitimidade para figurar no polo passivo do *mandamus*.

Nesse sentido, ainda:

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL AFASTADA – MÉRITO – MILITAR – MORTE – CONTINUIDADE DO BENEFÍCIO APÓS A MAIORIDADE – FREQUÊNCIA A CURSO DE NÍVEL SUPERIOR – MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA ATÉ OS 24 ANOS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO – ORDEM CONCEDIDA. I - A Ageprev é uma autarquia instituída com o propósito de administrar os recursos dos benefícios previdenciários que lhe são repassados pelo Estado de Mato Groso do Sul, de acordo com as atribuições que foram conferidas pela lei que a instituiu, o que deixa evidente a sua legitimidade, bem como do Estado, para figurarem no polo passivo da lide de mandado de segurança que objetiva o restabelecimento do benefício considerando a data limite estabelecida em lei. II - Dentre os direitos dos policiais-militares (Lei Complementar n. 53/1990 Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul), é considerado seu dependente o filho estudante até 24 anos, se universitário, que não receba remuneração. Assim, havendo lei específica (Lei Complementar n. 53/1990) considerando como dependente do policial militar o filho estudante até 24 anos, o direito de prorrogação do recebimento da pensão por morte pelo impetrante deve ser garantido." (Mandado de Segurança nº 1406659-40.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Seção Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 14/08/2017).*
>
> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – AFASTADAS – PENSÃO POR MORTE – EX-SERVIDORA ESTADUAL – ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO – COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA DETENTORA DA GUARDA – ANALOGIA A LEI FEDERAL – MAIOR DE 18 ANOS CURSANDO NÍVEL SUPERIOR – CONTINUIDADE DOS PAGAMENTOS ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO DE ENGENHARIA OU COMPLETADO 24 (VINTE E QUATRO) ANOS – SEGURANÇA CONCEDIDA. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Administração do Estado afastada. É a Secretaria de Estado de Administração que implementa diretrizes relacionadas à classificação das carreiras, remuneração e benefícios dos servidores, o que por consequência a AGEPREV está vinculada a esta*

Secretaria. Assim nos termos do artigo 1º e parágrafos da Lei 3.545/08, a responsabilidade pelo pagamento e repasse de verbas relativas aos servidores e pensionistas é da Secretaria de Estado de Administração. Sobre tal controvérsia já se encontra pacificada nessa Corte o entendimento de o Estado de Mato Grosso do Sul e o Secretário de Estado de Administração e Desburocratização terem legitimidades passivas para responderem a lide em demandas que se buscam o direito à pensão previdenciária de servidores estaduais e seus dependentes O direito do impetrante violado diz respeito ao indeferimento do seu pedido de prorrogação ao recebimento da pensão previdenciária que já vinha percebendo em decorrência do falecimento de sua guardiã, ex-servidora pública estadual, que restou devidamente comprovada a dependência econômica, necessitando da continuidade da pensão para prover seus estudos no ensino superior. Não obstante a ausência de previsão legal na legislação estadual, a legislação federal atinente ao imposto de renda assegura o direito de recebimento de pensão alimentícia por morte aos maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau, devendo ser aplicada analogicamente, conforme autoriza o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro."(Mandado de Segurança n. 1405288-75.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 12/12/2016, p: 20/01/2017)

Assim, peço venia ao ilustre Relator e inauguro divergência para rejeitar a alegação de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo Des. Fernando (1º vogal), após o relator acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do estado de MS e o 3º e o 4º vogal a rejeitarem. ausente, por férias, o Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

VOTO (EM 18/12/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança individual preventivo c.c. pedido de liminar impetrado por Vitória Cardoso Barcelos de Souza contra suposto ato coator praticado por Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul e Diretor-Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul, Estado de Mato Grosso do Sul.

Pedi vistas dos autos para melhor apreciação do caso dada as particularidades da prestação jurisdicional.

Consoante se verifica da inicial desse *mandamus* a impetrante alegou que é filha do *de cujus* Edvaldo Barcelos de Souza, funcionário público estadual, que exercia a função de Fiscal de Rendas, falecido em 01/05/2009, e em decorrência do óbito do pai, passou a receber pensão, afirmando que conta com 17 anos e encontra-se na iminência de ver cessada a pensão com base no art. 18 da Lei Estadual n° 3.150, de 22/12/2005, que prevê a perda da qualidade de dependente para o filho que completar 18 anos de idade, sob a alegação que a alteração havida pela Lei 4.963, de 29/12/2016, cuja dependência cessa com 21 anos, não pode alcançar a beneficiária e somente aos pensionistas a partir da data da publicação da Lei no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul e nem há possibilidade de estender-se a pensão até a conclusão do curso superior aos 24 anos.

Afirmou, ainda, que protocolizou requerimento administrativo informando a matrícula e frequência do seu curso de Psicologia na Universidade Paulista (UNIP) de São José do Rio Preto-SP, que gerou o número do processo administrativo 55/5012035-2017. Aduziu que caso seu genitor estivesse vivo estaria beneficiada com o pagamento das mensalidade, visto que sempre dependeu economicamente, esclarecendo que percebe a pensão de maneira continuada desde 2009, sendo incontroverso que está cursando ensino superior.

Requereu em liminar para determinar aos impetrados que mantenham o pagamento do benefício de pensão por morte com todos os direitos e vantagens, enquanto estiver cursando o ensino superior até o limite de 24 anos de idade, ou em pedido alternativo que não haja a cessação do pagamento até o julgamento do *mandamus* que tem como objeto a extensão do benefício até os 24 anos ou término do curso superior. E no mérito, pela confirmação da liminar, ou em pedido alternativo, seja estendida a maioridade civil até o 21 anos nos termos da Lei 4963/2016

O pedido liminar foi concedido determinando que as autoridades impetradas se abstenham de interromper o pagamento da pensão à impetrante até o julgamento do mérito da ação (f. 69/70).

O Estado de Mato Grosso do Sul arguiu preliminar de ilegitimidade passiva.

Consoante o voto emitido pelo E. Relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, que acolheu a preliminar passiva *ad causam do* Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, por entender que a impetração ataca ato cuja prática recai exclusivamente ao Diretor Presidente da Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – AGEPREV, autoridade dotada de atribuição para decidir no âmbito administrativo sobre a continuidade do pagamento de pensão, devendo a ação ser extinta sem resolução de mérito com relação ao Secretário de Estado, e remetido o feito à Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, juízo competente para o processamento do mandado de segurança.

Com relação à preliminar arguida, peço vênia ao E. Relator e divirjo de seu entendimento para acompanhar a divergência instaurada pelo Des. Sideni Soncini Pimentel que rejeitou a alegação de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 3º vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Vencido quanto ao acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, passo ao exame da questão de fundo.

Formação do polo passivo

A Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV-MS aventa a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, posto que além da impetrante, também foram habilitados como pensionistas dos falecidos mais quatro beneficiários, os quais poderão ser afetados com a concessão da ordem.

Sem razão.

Isto porque, nas demandas desse *jaez,* "*a vontade do réu, por si só, é irrelevante para a formação de litisconsórcio e, conforme se infere do disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil de 1973*

[correspondente aos arts. 114 e 116 do Novo CPC], a própria lei confere o caráter de excepcionalidade ao litisconsórcio necessário - só o impondo nas hipóteses previstas em lei ou pela natureza da relação jurídica -; portanto e em regra, quando houver diversos titulares de direitos derivantes do mesmo título ou do mesmo fato jurídico, mas estiver em jogo direitos patrimoniais, cabendo a cada qual uma parcela do todo divisível, o provimento concedido a algum, sem a presença dos demais, será eficaz." (STJ, AgInt no REsp 1547721/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 19/10/2016).

Na hipótese, no esteio do documento colacionado à f. 163, as cotas e proporções dos beneficiários encontram-se já distribuídas, tocando, à impetrante, 25% (vinte e cinco) por cento, de modo que não se vislumbra a necessidade de formação de litisconsórcio em lide que discute o *quantum* que cabe exclusivamente à impetrante.

Mérito

A pretensão da impetrante de não perder a condição de beneficiária da previdência social do estado de Mato Grosso do Sul após completar 18 (dezoito) anos de idade encontra amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou-se no sentido de que "*é vedado aos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social."*

Isto em razão do que expressamente dispõe a Lei n. 9.717/98, em seu art. art. 5º, *in verbis:*

> *Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.*

Nesse aspecto, a Lei nº 8.213/1991 estabelece em seu art. 16, I, que *o direito ao recebimento do benefício de pensão por morte pelo dependente do segurado cessará, para o filho, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade*.

Deste modo, não há falar em aplicação da lei vigente à época do óbito do segurado se esta contraria a Lei nº 8.213/1991, norma cogente.

Confira-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ 24 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. MAIORIDADE. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO. APLICAÇÃO DA LEI N. 9.717/1998. PREVISÃO DE PAGAMENTO DO BENEFÍCIO ATÉ OS 21 ANOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO, NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PRECEDENTES.*
>
> *1. Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança, mantendo o ato que fez cessar o pagamento do benefício de pensão por morte à recorrente, por ter ela completado 18 (dezoito) anos de idade.*
>
> *2. Levando em conta que a Lei n. 9.250/1995 não diz respeito à concessão de benefício previdenciário, mas sim às hipóteses de dependentes para fins de isenção no*

Imposto de Renda, tratando-se de institutos cujas naturezas jurídicas são totalmente diferentes, não há que se cogitar de aplicação analógica da previsão nela contida, tal qual requerido pela parte.

3. Esta Corte de Justiça já se manifestou por diversas vezes no sentido da impossibilidade de extensão do benefício previdenciário de pensão por morte até os 24 anos de idade se o requerente estiver cursando ensino superior, por ausência de previsão legal nesse sentido.

4. Lado outro, a Lei estadual n. 3.150/2005, aplicável à hipótese em tela, já que estava em vigência por ocasião da morte da genitora da recorrente, previu como beneficiário o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de dezoito ou inválido.

5. Contudo, a Lei n. 9.717/1998, a qual versa sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dispõe em seu art. 5º ser vedado aos seus destinatários a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral da Previdência Social pela Lei n. 8.213/1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

6. Conforme a Lei n. 8.213/1991, o direito ao recebimento do benefício de pensão por morte pelo dependente do segurado cessará, para o filho, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (arts. 16, I, e 77, § 2º, II).

7. A jurisprudência desta Corte de Justiça é no sentido de que a Lei n. 9.717/1998 prevalece sobre a norma que regulamenta o regime próprio dos servidores públicos estaduais, devendo ser reconhecido o direito de pensão por morte até os 21 anos, conforme previsto na Lei n. 8.213/1991. Precedentes.

8. Recurso ordinário parcialmente provido, e prejudicada a análise do agravo interno. (STJ, RMS 51.452/MS, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 17/08/2017). (G. N.).

Este órgão julgador, ao apreciar questão idêntica, firmou posicionamento no mesmo sentido da Corte Maior. Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - BENEFÍCIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - DISTINÇÃO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - INADMISSIBILIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. A Lei Federal n. 9.717, de 27.11.1998, em seu art. 5º, impede que os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos concedam benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social. Por conseguinte, há de se assegurar ao pensionista universitário o direito de continuar a receber a pensão por morte até a data em que completar 21 (vinte e um) anos de idade ou na qual concluir o curso de nível superior, o que acontecer primeiro. (TJMS Mandado de Segurança n. 1412371-16.2014.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 24/11/2014, p: 05/12/2014).

Assim, uma vez que, por força de expressa disposição legal (art. 5º, da Lei nº 9.917/1998), é vedado aos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos instituir benefícios distintos dos previstos no regime geral de previdência social, o qual por sua vez prevê como beneficiário o filho não emancipado

de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido (art. 16, I, da Lei 8.213/1991), deve ser assegurada à impetrante a continuidade da pensão por morte de seu genitor até os 21 (vinte e um) anos de idade, ainda que a lei vigente à época do óbito estipulasse a cessação do benefício com o atingimento da idade de 18 (dezoito) anos.

De outro vértice, sem amparo legal, não há como estender o benefício até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, mesmo quando o beneficiário for estudante universitário. Se assim fosse decidido estar-se-ia julgando contra norma expressa.

Posto isso, com o parecer, concedo em parte a segurança para o fim de assegurar à impetrante o direito à continuidade ao recebimento de pensão por morte até completar a idade de vinte e um anos.

Custas pela impetrante. Sem honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009).

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

No tocante à matéria de mérito, também divirjo do Relator.

Primeiramente, verifico que a Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul - AGEPREV-MS afirmou que há necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, por haver habilitados como pensionistas do segurado mais quatro beneficiários, que poderão ser afetados com a concessão da ordem. (f. 106).

Tal pretensão não deve ser acolhida. Isso porque, conforme se verifica pelo documento trazido pela própria impetrada à f. 163, na descrição da apostila de proventos para fins de pagamento de pensão n° 0134/2017, consta todos os habilitados discriminando as cotas retidas e as proporções que cabem a cada um, sendo que a favor da impetrante, sua cota é de 25% (vinte e cinco) por cento.

Desse modo, se há distribuição de cotas com os nomes dos beneficiários não se pode aceitar em mandado de segurança qualquer discussão sobre tal divisão para chamar os demais habilitados a comporem a lide. Aliás, nem a impetrante questiona tais rateios, não sendo objeto do presente *mandamus*.

Assim, entendo pela desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo.

No tocante à pretensão da impetrante, há demonstração de ser filha do de cujus (f. 24/27), que vem recebendo a pensão por morte desde seu falecimento (f. 28/37) e ingressou no curso superior de formação em Psicologia, conforme se denota do documento de f. 38/46, sendo razoável entender que enquanto estiver cursando graduação para sua formação profissional há necessidade financeira de continuidade do recebimento da pensão por morte do genitor.

A autoridade coatora AGEPREV informou que cumpriu a liminar concedida nesses autos, restabelecendo o benefício de pensão por morte em favor da impetrante até o julgamento final da ação (f. 161/165).

Conforme permissão contida no artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, pode ser aplicado por analogia a norma estabelecida no art. 35 da Lei n° 9.250/95, que prevê a extensão do benefício de pensão por morte aos dependentes que estiverem fazendo curso superior ou escola técnica de segundo grau até a idade de 24 anos, *in verbis*:

> *Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes: [...]*

> *III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;*
>
> *§1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.*

Tal permissão legal tem relevância com o princípio da dignidade da pessoa humana sendo fator relevante àquela pessoa interessada em ter formação profissional por meio de curso superior ou escolar técnica de segundo grau quando devidamente comprovada a dependência econômica dos pais ou guardiões legais de continuar a perceber a pensão que já vinha recebendo até a conclusão do seu curso.

Ora, o princípio da dignidade da pessoa humana é uma característica fundamental por representar a importância do valor moral e espiritual inerente ao ser humano que visa protegê-lo da arbitrariedade do poder estatal, o qual emana do respeito e goza da primazia absoluta, fundando-se na liberdade, justiça e paz.

Tal princípio consagrado pela Constituição Federal conforme artigo 1º, inciso III: "*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos: (....) III – a dignidade da pessoa humana;"*

Não seria razoável denegar o direito ao dependente por limite de idade até os 21 (vinte e um) anos se, ainda, necessita da contribuição financeira para custear a continuidade dos estudos, devendo o poder público a fim de manter o senso de justiça conceder os direitos básicos da pessoa, e no caso, o direito à educação está amplamente protegido pela Constituição Federal.

Consoante as diretrizes da ordem constitucional estampada no artigo 205 é dever do Estado a contribuição e o incentivo à educação, sendo tal direito de todos.

Dispõe a norma em comento:

> *Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

Nos termos da lição doutrinária citada por Pedro Lenza:

> *(...) 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., (...) nos termos do art. 21 da Lei n. 9.394/96 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), a educação escolar compõe-se de: a) educação básica, composta pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; b) educação superior.*

Portanto, entendo, que mesmo sem previsão legal na norma estadual a respeito do tema em debate, havendo permissão na lei infraconstitucional federal referente as regras ao imposto de renda que assegura o direito de recebimento da pensão por morte aos dependentes até completar 24 (vinte e quatro) anos de idade, desde que esteja na condição de estudante frequentando ensino superior, como já dito, deve haver aplicação analógica ao caso, a fim de evitar prejuízo financeiramente para os que demonstram ser dependente na ordem patrimonial do servidor público falecido.

Nesse sentido, os entendimentos externados por essa Corte, inclusive, em Mandado de Segurança em que já proferi voto (autos n° 1405288-75.2016.8.12.0000) pela concessão da segurança:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – AFASTADAS – PENSÃO POR MORTE – EX-SERVIDORA ESTADUAL – ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO – COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA DETENTORA DA GUARDA – ANALOGIA A LEI FEDERAL – MAIOR DE 18 ANOS CURSANDO NÍVEL SUPERIOR – CONTINUIDADE DOS PAGAMENTOS ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO DE ENGENHARIA OU COMPLETADO 24 (VINTE E QUATRO) ANOS – SEGURANÇA CONCEDIDA. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul e do Secretário de Administração do Estado afastada. É a Secretaria de Estado de Administração que implementa diretrizes relacionadas à classificação das carreiras, remuneração e benefícios dos servidores, o que por consequência a AGEPREV está vinculada a esta Secretaria. Assim nos termos do artigo 1º e parágrafos da Lei 3.545/08, a responsabilidade pelo pagamento e repasse de verbas relativas aos servidores e pensionistas é da Secretaria de Estado de Administração. Sobre tal controvérsia já se encontra pacificada nessa Corte o entendimento de o Estado de Mato Grosso do Sul e o Secretário de Estado de Administração e Desburocratização terem legitimidades passivas para responderem a lide em demandas que se buscam o direito à pensão previdenciária de servidores estaduais e seus dependentes O direito do impetrante violado diz respeito ao indeferimento do seu pedido de prorrogação ao recebimento da pensão previdenciária que já vinha percebendo em decorrência do falecimento de sua guardiã, ex-servidora pública estadual, que restou devidamente comprovada a dependência econômica, necessitando da continuidade da pensão para prover seus estudos no ensino superior. Não obstante a ausência de previsão legal na legislação estadual, a legislação federal atinente ao imposto de renda assegura o direito de recebimento de pensão alimentícia por morte aos maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau, devendo ser aplicada analogicamente, conforme autoriza o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro. (TJMS. Mandado de Segurança n. 1405288-75.2016.8.12.0000, Foro Unificado, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 12/12/2016, p: 20/01/2017).*
>
> *EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – PENSÃO POR MORTE – MAIOR DE 18 ANOS CURSANDO ENSINO SUPERIOR – CONTINUIDADE DO BENEFÍCIO APÓS A MAIORIDADE – FREQUÊNCIA A CURSO DE NÍVEL SUPERIOR – MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE OU CONCLUSÃO DO CURSO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Embargos Infringentes n° 0803539-53.2013.8.12.0008 Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Corumbá; Órgão julgador: 4ª Seção Cível; Data do julgamento: 24/05/2015; Data de registro: 01/06/2015; Outros números: 80353953201381200085000).*
>
> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - MAIOR DE 18 ANOS CURSANDO ENSINO SUPERIOR - PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADAS - MÉRITO - CONTINUIDADE DO BENEFÍCIO APÓS A MAIORIDADE - FREQUÊNCIA A CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE OU CONCLUSÃO DO CURSO - SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Havendo o justo receio de vir a sofrer violação ao seu direito, o qual sustenta ser líquido e certo (art. 1º da Lei 12.016/2009), não há se falar em inadequação da via eleita. 2. A arguição de impossibilidade jurídica do pedido confunde-se com o mérito da segurança. 3. O Estado de*

Mato Grosso do Sul é parte legítima para responder à pretensão tendente à prorrogação de benefício previdenciário, conforme precedentes desta Corte. 4. Estando a impetrante a cursar nível superior, mostra-se razoável garantir a continuidade do pagamento da pensão por morte, mesmo já tendo completado 18 anos, uma vez que desta forma estar-se-ia dando cumprimento ao que dispõe o art. 205 da CF, e, por analogia, ao disposto no art. 35 da Lei 9.250/95, sem que com isso possa se falar em ofensa à Lei Estadual, já que a extensão do benefício deve-se exclusivamente ao fato da impetrante estar cursando o ensino superior, o que caracteriza sua dependência econômica. Ademais, não se pode olvidar que uma vez concluído o curso superior, estará a impetrante apta a ingressar no mercado de trabalho, provendo seu próprio sustento e cessando a dependência econômica (art. 1º, III, da CF). (Mandado de Segurança n° 0800418-11.2014.8.12.0031 -Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Não informada; Órgão julgador: 4ª Seção Cível; Data do julgamento: 27/07/2014; Data de registro: 07/10/2014).

MANDADO DE SEGURANÇA - PENSÃO POR MORTE - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - AFASTADAS - NETO - PENSÃO ALIMENTÍCIA - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - COMPROVADA - MAIOR DE 18 ANOS CURSANDO NÍVEL SUPERIOR - CONTINUIDADE DOS PAGAMENTOS - SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança n° 0015697-71.2011.8.12.0000 Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Seção Cível; Data do julgamento: 26/02/2012; Data de registro: 07/03/2012).

Dessa forma, deve ser concedido o direito da impetrante de continuar recebendo a pensão por morte do *de cujus,* Edvaldo Barcelos de Souza, funcionário público estadual, com base no art. 205 da Constituição Federal e, por analogia, ao disposto no art. 35, inciso V, §1º da Lei 9.250/95.

Considerando que no caso o pedido liminar foi concedido determinando que as autoridades impetradas se abstenham de interromper o pagamento da pensão à impetrante até o julgamento do mérito da ação (f. 69/70), deve ser confirmada a liminar.

Diante do exposto, peço vênia ao E. Relator para divergir de seu entendimento, e voto pela rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul. No mérito, pela concessão da ordem para manter a pensão por morte a favor da impetrante de acordo com a distribuição de cotas estabelecida na proporção de 25% dos proventos do seu genitor (f. 163/164) desde que comprovada a regular matrícula anualmente no ensino superior de Psicologia na Universidade Paulista (UNIP) de São José do Rio Preto-SP, até a conclusão final do curso, ou até que complete 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º vogal.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, rejeitaram a preliminar de ilegitimidade passiva, nos termos do voto do 3º vogal, vencido o relator e, no mérito, concederam parcialmente a ordem, nos termos do voto do relator vencidos o 1º e 3º vogais.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800833-72.2014.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA QUE OS AUTOS VOLTEM AO JUÍZO *A QUO*, A FIM DE QUE SEJA PROFERIDA DECISÃO REGRESSIVA, NA FORMA DO ART. 198, INC. VII, DA LEI Nº 8.069/90 – DESNECESSIDADE – ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL – MÉRITO – ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES SEM O ACOMPANHAMENTO DE RESPONSÁVEIS OU AUTORIZAÇÃO – VENDA DE BEBIDAS ALCÓOLICAS A ADOLESCENTES – INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 258, DO ECA – OMISSÃO EVIDENCIADA – MULTA ARBITRADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O retorno dos autos ao magistrado *a quo* para simples manifestação expressa quanto a manutenção da sentença, a qual já se encontra explícita nos autos, importará em desobediência à economia processual e, principalmente, à celeridade da resolução dos atos processuais objetivada nos procedimentos que devem nortear o ECA.

Segundo as provas documentais e testemunhais, restou demonstrado que o apelante foi omisso quanto à obrigação de coibir o ingresso de menores de idade no evento promovido e em relação à afixação de cartaz alertando quanto à proibição de venda e entrega de bebidas alcóolicas a menores.

Verificado o descumprimento das exigências contidas no alvará judicial e, igualmente, do art. 258, do Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe-se a aplicação da multa.

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, 15 de dezembro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Inácio Robério Marques da Silveira contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal – Infância e Juventude da Comarca de Aquidauana, nos autos da Representação formulada pelo Ministério Público, narrando a ocorrência de desrespeito ao alvará judicial expedido para a festa denominada "Show Baile do Havaí", com infringência do art. 258, do ECA, ao não exigir a documentação pessoal dos adolescentes e de seus representantes, por não haver cartaz alertando

sobre a proibição de venda ou entrega de bebidas alcóolicas a menores de 18 anos, e por ter sido o evento todo realizado na modalidade *Open Bar*, com o livre acesso dos adolescentes à bebidas alcóolicas, o que culminou com a condenação do apelante ao pagamento de três salários mínimos ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Sustenta o apelante que cumpriu todas as determinações contidas no alvará, conforme depoimento das testemunhas ouvidas em juízo; restou demonstrado que o menor que ingeriu bebida alcóolica foi encontrado fora do Clube, tendo sido retirado por mais de uma vez pelos seguranças particulares do evento bem como que já teria chegado ao local embriagado, sendo que na frente do estabelecimento estavam vários ambulantes vendendo bebidas sem nenhum tipo de controle. Assim, pede a reforma da sentença com a improcedência da representação.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público argumentou que conforme fiscalização do Conselho Tutelar e testemunhas ouvidas nos autos, foram constatadas irregularidades no evento quanto a exigência de documento de identificação pessoal, ausência de controle da entrada e permanência dos menores no local destinado ao consumo das bebidas alcóolicas, em evento realizado na modalidade *Open Bar* e que não existiam cartazes alertando quanto à proibição de venda ou entrega de bebida alcoólica para menores de 18 anos. Verificou-se também que um adolescente estava apresentando sintomas de coma alcoólico em razão do consumo de bebida alcoólica no evento, restando demonstradas a autoria e materialidade da infração administrativa referente ao ECA, pelo que não há falar em reforma da sentença.

Após intimada, a Procuradoria-Geral de Justiça se pronunciou (f. 131-3), pela conversão do julgamento em diligência para que os autos retornem ao juízo *a quo* para cumprimento do disposto no art. 198, inciso VII, do ECA.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Inácio Robério Marques da Silveira contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal – Infância e Juventude da Comarca de Aquidauana, nos autos da Representação formulada pelo Ministério Público, narrando a ocorrência de desrespeito ao alvará judicial expedido para a festa denominada "Show Baile do Havaí", com a infringência do art. 258, do ECA, ao não exigir a documentação pessoal dos adolescentes e de seus representantes, por não haver cartaz alertando sobre a proibição de venda ou entrega de bebidas alcóolicas a menores de 18 anos e por ter sido o evento realizado na modalidade *Open Bar* com o livre acesso dos adolescentes à bebidas alcóolicas, o que culminou com a condenação do apelante ao pagamento de três salários mínimos ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Sustenta o apelante que cumpriu todas as determinações contidas no alvará, conforme depoimento das testemunhas ouvidas em juízo; restou demonstrado que o menor que ingeriu bebida alcóolica foi encontrado fora do Clube, tendo sido retirado por mais de uma vez pelos seguranças particulares do evento bem como já teria chegado ao local embriagado, sendo que na frente do estabelecimento estavam vários ambulantes vendendo bebidas sem nenhum tipo de controle. Assim, pede a reforma da sentença com a improcedência da representação.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público argumentou que conforme fiscalização do Conselho Tutelar e testemunhas ouvidas nos autos, foram constatadas irregularidades no evento quanto a exigência de documento de identificação pessoal, ausência de controle da entrada e permanência dos menores no local destinado ao consumo das bebidas alcóolicas, tendo sido realizado na modalidade *Open Bar* e que não

existiam cartazes alertando quanto à proibição de venda ou entrega de bebida alcoólica para menores de 18 anos. Verificou-se também que um adolescente estava apresentando sintomas de coma alcoólico em razão do consumo de bebida alcoólica no evento, restando demonstradas a autoria e materialidade da infração administrativa referente ao ECA, pelo que não há falar em reforma da sentença.

Impende anotar, inicialmente, que embora a sentença combatida tenha sido proferida pelo Juízo Criminal da Comarca de Aquidauana, o processamento e julgamento do recurso respectivo é de competência cível, dado o caráter administrativo constante da decisão exarada, relacionado à aplicação de multa decorrente de não cumprimento de normas constantes de alvará judicial em infringência às normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

De outro lado, adentrando especificamente na análise do recurso posto à apreciação, convém não conhecer do pleito de diligência realizado pela Procuradoria-Geral de Justiça a fim de que o magistrado *a quo* exerça o juízo regressivo, nos termos do art. 198, inciso VII, da Lei nº 8.069/90, haja vista que é de se observar da decisão de f. 104 que, apesar de ter sido mencionado este dispositivo legal, o juízo recebeu o recurso de apelação e determinou a apresentação de contrarrazões pelo Ministério Público.

Nestes termos, indiscutível que o magistrado, caso entendesse pela reforma da sentença, já o teria feito naquele momento, havendo assim demonstrado sua convicção.

Em consequência, o retorno dos autos para simples manifestação expressa quanto a manutenção da sentença, a qual já se encontra explícita nos autos, importará em desobediência à economia processual e, ainda, principalmente, à celeridade da resolução dos atos processuais objetivada nos procedimentos que devem nortear o ECA.

Corroborando com este entendimento, vejamos o julgado a seguir:

> *"APELAÇÃO/ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DESCRITOS NO ART. 157, § 2.º INCISOS I E II, (POR TRÊS VEZES) E ART. 157, § 2.º, I E II, C/C ART. 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL, POR FORÇA DO ART. 103 DO ECA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE EM PARTE A REPRESENTAÇÃO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. TESE* ***PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA QUE OS AUTOS SEJAM BAIXADOS AO JUÍZO A QUO A FIM DE QUE SE PROFIRA DECISÃO FUNDAMENTADA, NA FORMA DO ART. 198, INC. VII, DA LEI N. 8.069/90. NÃO OCORRÊNCIA. DESPACHO QUE, APESAR DE SUCINTO, É BEM CLARO AO MANTER A SENTENÇA REPORTANDO-SE AOS SEUS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO QUE DIRECIONARAM A SUA CONVICÇÃO AO QUAL FORAM EXPOSTOS*** *EXAUSTIVAMENTE PRETERITAMENTE. PREFACIAL ARREDADA. RECURSO DA DEFESA SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PELA DE SEMILIBERDADE. INADMISSIBILIDADE. ATO INFRACIONAL COMETIDO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA E VIOLÊNCIA À PESSOA (ART. 122, I, DO ECA). INTERNAÇÃO QUE SE MOSTRA ADEQUADA AO CASO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2012.077622-3, de Blumenau, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 04-12-2012 – grifei).*

Logo, rejeito a preliminar.

Por outro lado, em relação ao mérito, o recurso deve ser desprovido.

No caso dos presentes autos, chegou ao conhecimento do *Parquet* notícia acerca do descumprimento das normas do ECA e do Alvará de Autorização expedido pelo Juízo da Infância e Juventude (f. 19-25),

tendo sido informada a permanência de menores no evento "Show Baile do Havaí", realizado na data de 11 de janeiro de 2014, sem acompanhamento dos responsáveis, a não exigência do documento de identificação pessoal, a ausência de controle de entrada e permanência de menores no local, a venda de bebida alcóolicas a menores e a ausência de cartaz quanto à proibição de venda ou entrega de bebida alcoólica para menores de 18 anos.

A propósito, ao contrário do quanto defendido pelo apelante, a sentença foi fundamentada no relatório do Conselho Tutelar e nas provas orais colhidas em juízo, em audiência de instrução e julgamento, as quais demonstram as irregularidades ocorridas no evento.

Conforme disposto no art. 258, do ECA:

> *"Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:*
>
> *Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias."*

Com efeito, para lograr êxito na aplicação da penalidade da multa ao apelante, incumbia ao *Parquet* demonstrar que o responsável pelo evento deixou de observar o que estabelece o ECA sobre o acesso e participação de criança ou adolescente, consumo de bebidas alcóolicas, entre outros.

E, no caso em apreço, considerando que o referido evento teve venda irrestrita de ingressos, deveriam ser exigidos nos portões de acesso ao local os documentos de identificação dos frequentadores, bem como em hipótese alguma haveria venda ou consumo de bebidas alcoólicas por crianças e adolescentes nas dependências do local.

Deveria ainda o organizador afixar placas informativas de proibição de venda ou fornecimento de bebidas alcoólicas para menores em locais visíveis ao público em geral, o que não foi cumprido.

Destarte, o Ministério Público Estadual logrou êxito em comprovar quanto à desobediência aos termos do alvará judicial de f. 22-5.

Neste particular, o Conselho Tutelar relatou expressamente no laudo de f. 30 dos autos o descumprimento das determinações contidas no alvará judicial, fazendo emergir a responsabilização dos responsáveis pelo ilícito administrativo.

Conforme constou no documento de f. 30, restou apurado pelo Conselho Tutelar que:

> *"(...) Onde foram constatados alguns descumprimentos:*
>
> *Na portaria do Evento, não houve fiscalização de documentação.*
>
> *Entrada de adolescentes desacompanhados de pais ou responsáveis.*
>
> *No "bar" da quadra não havia cartaz (Proibida a Venda ou Entrega de Bebida Alcóolica para Menores de 18 anos) fixado.*
>
> *Informamos que o Evento todo foi na modalidade "Open Bar", (conforme cartazes do evento, em anexo) e foi verificada a presença de vários adolescentes no evento.*
>
> *(...)*

Foi acionado pelos Bombeiros, pois estavam levando o adolescente: Danilo Gomes Margarejo, nascido em 26/05/1999 (14 anos) o adolescente havia sido resgatado na frente do Clube Arpa e estava com sintomas de cômа alcóolico..."""

Referidas irregularidades restaram corroboradas em Juízo na audiência de instrução e julgamento às f. 61-2, tendo as Conselheiras Tutelares e o adolescente Danilo, citado no laudo mencionado acima, afirmado que em nenhum momento estava sendo exigida a documentação pessoal dos frequentadores, que os adolescentes tinham livre acesso à área do *Open Bar* e também livre acesso às bebidas alcóolicas.

As conselheiras afirmaram ainda em seus depoimentos que não constava no evento cartaz alertando quanto à proibição de venda e entrega de bebidas alcóolicas a menores.

Nesta senda, pelos depoimentos é possível verificar que o Ministério Público logrou êxito em demonstrar que o requerido, enquanto responsável pelo evento "Show Baile do Havaí" deixou de observar as normas contidas no Alvará Judicial, permitindo a entrada de menores de 16 (dezesseis) anos desacompanhados dos pais ou responsáveis legais e a venda de bebidas alcoólicas à adolescentes.

Sendo assim, restou evidente o desrespeito ao disposto no artigo 258, do ECA, em descompasso com o alvará judicial e também com os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, agindo com acerto o Juízo singular ao impor a referida sanção.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Inácio Rogério Marques da Silva e, nego-lhe provimento, para manter incólume a sentença invectivada.

Incabível verba honorária.

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, 15 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800316-15.2015.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM* – EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AMOROSO SIMULTÂNEO – FALECIDO CASADO – AUSÊNCIA DE ENTIDADE FAMILIAR – SEPARAÇÃO DA ESPOSA NÃO COMPROVADA – UNIÃO ESTÁVEL NÃO CONFIGURADA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores está consolidada no sentido de não se estabelecer concomitantemente a união estável com casamento válido, em razão daquele vínculo ter como um dos pressupostos a ausência de impedimento para o casamento ou que o suposto companheiro esteja separado de fato, o que não foi comprovado no caso dos autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por R. C. L. da S., R. P. da S. J. e C. P. da S. contra a sentença proferida pelo Juízo da 2.ª Vara da Comarca de Coxim que, nos autos da ação de reconhecimento de sociedade de fato cumulada com partilha de bens que C. G. de F. ajuizou contra R. P. da S., julgou procedente em parte o pedido formulado, para o fim especial de reconhecer e declarar dissolvida a união estável havida, de dezembro de 1992 a 07.12.2014.

Os apelantes alegam que a sentença merece reforma, pois considerou documentos unilaterais (certidão de óbito e contrato funerário), por essa razão não oferecem segurança alguma para demonstração da verdade.

Afirmaram que a recorrida trabalhava na casa (residência) do falecido há alguns anos, e é evidente que tinha conhecimento de fatos, liberdade para agir, considerando que a esposa do *de cujus* permanecia em São Paulo-SP. A sentença desprezou os documentos de f. 59-61, os quais demonstram por ocasião do acerto trabalhista do falecido, a empregadora realizou o pagamento para a esposa do falecido, R. C., pessoa que constava na empresa como dependente e beneficiária.

Sustentaram que os documentos de f. 63-6, as imagens fotografias de f. 67-70 e as testemunhas ouvidas em juízo demonstram sem sombra de dúvida a intimidade da família, aniversários, natal, ano novo, casamentos, enfim, que não houve separação, que o falecido convivia com a esposa harmoniosamente, embora esta morasse em São Paulo.

Pediram a concessão dos benefícios da justiça gratuita, dispensando-os do recolhimento do preparo recursal, nos termos da fundamentação e documentos.

Ao final, pediram que seja conhecido e provido o recurso, para reconhecer a insuficiência de prova para o reconhecimento da união estável e partilha.

A apelada apresentou contrarrazões às f. 210-23, na qual pede o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por R. C. L. da S., R. P. da S. J. e C. P. da S. contra a sentença proferida pelo Juízo da 2.ª Vara da Comarca de Coxim que, nos autos da ação de reconhecimento de sociedade de fato cumulada com partilha de bens que C. G. de F. ajuizou contra R. P. da S., julgou procedente em parte o pedido formulado, para o fim especial de reconhecer e declarar dissolvida a união estável havida, de dezembro de 1992 a 07.12.2014.

Os apelantes alegam que a sentença merece reforma, pois considerou documentos unilaterais (certidão de óbito e contrato funerário), por essa razão não oferecem segurança alguma para demonstração da verdade.

Afirmaram que a recorrida trabalhava na casa (residência) do falecido há alguns anos, e é evidente que tinha conhecimento de fatos, liberdade para agir, considerando que a esposa do *de cujus* permanecia em São Paulo-SP. A sentença desprezou os documentos de f. 59-61, os quais demonstram por ocasião do acerto trabalhista do falecido, a empregadora realizou o pagamento para a esposa do falecido, R. C., pessoa que constava na empresa como dependente e beneficiária.

Sustentaram que os documentos de f. 63-6, as imagens fotografias de f. 67-70 e as testemunhas ouvidas em juízo demonstram sem sombra de dúvida a intimidade da família, aniversários, natal, ano novo, casamentos, enfim, que não houve separação, que o falecido convivia com a esposa harmoniosamente, embora esta morasse em São Paulo.

Pediram a concessão dos benefícios da justiça gratuita, dispensando-os do recolhimento do preparo recursal, nos termos da fundamentação e documentos.

Ao final, pediram que seja conhecido e provido o recurso, para reconhecer a insuficiência de prova para o reconhecimento da união estável e partilha.

Primeiramente, convém observar que os apelantes pleitearam a concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo em vista não possuir condições de arcar com o preparo e custas processuais.

Nesse passo, tendo em vista os comprovantes de renda acostados às f. 200-2, concedo-lhes os benefícios da justiça gratuita, ante a demonstração da hipossuficiência.

Assiste razão aos apelantes.

In casu, embora esteja robustamente comprovada a existência de relacionamento amoroso público, prolongado e contínuo entre a apelada e o falecido R. P. da S., verifico que a relação dos dois não passou de um relacionamento extraconjugal.

O artigo 1.723, do Código Civil, estabelece que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, sendo que o § 1.º da mesma norma prevê que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521, não se aplicando a disposição do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Para que seja reconhecida a união estável, é imprescindível que dela se extraia como elementos subjetivos a convivência *more uxorio* e a *affectio maritali,* e elementos objetivos, tais como a notoriedade, a estabilidade ou duração prolongada, continuidade, inexistência de impedimentos matrimoniais e relação monogâmica.

Não configura união estável os encontros amorosos, mesmo que constantes, nem as viagens realizadas a dois ou o comparecimento juntos a festas, jantares, etc., se não houver da parte de ambos o intuito de constituir uma família.

Sobre estes pressupostos Arnold Wald e Priscila M.P. Corrêa da Fonseca fazem as seguintes ponderações[1]:

> *"6.2. A união estável e outros institutos afins*
>
> *(...)*
>
> *A união estável aparta-se claramente do concubinato, pois que o art. 1.723, §1°, do CC é expresso ao vedar a configuração da união estável diante da ocorrência de quaisquer dos impedimentos arrolados pelo art. 1.521, entre os quais o do inciso VI, que impossibilita a união estável na hipótese de um dos partícipes ostentar o estado civil de casado. Aliás, no caso de pessoas casadas, a relação more uxorio somente pode ser reconhecida se estiverem elas separadas de fato. Nesse sentido o art. 1.727 é claro ao estatuir que ''As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato".*
>
> *O atual Código Civil fez, assim, uma importante distinção entre união estável e concubinato, sendo a primeira aquela outrora denominado ''concubinato puro" – união de pessoas livres para o casamento –, e o segundo, identificado como ''concubinato impuro" – união de pessoas impedidas de contrair matrimônio.*
>
> *Enquanto a união estável passou, com o Código Civil de 2002, a receber toda a proteção como entidade familiar, o concubinato previsto no art. 1.727 não mereceu qualquer amparo, haja vista o princípio da monogamia consagrado no direito brasileiro. Pouco importa, sob esse aspecto, que o referido envolvimento tenha perdurado por longo lapso temporal, atravessando até mesmo anos ou décadas a fio.*
>
> *Não por outra razão, os nossos pretórios vêm reiteradamente rechaçando toda e qualquer pretensão que objetive o reconhecimento de união estável em razão de relacionamento havidos de forma paralela ao casamento.*
>
> *E não poderia ser diferente, já que o ordenamento jurídico brasileiro veda a bigamia, assim como impõe a ''preservação da família ínsita em preceito constitucional", de modo que se denota impossível ''conferir pensionamento pretendido à amante que*

1 *Direito Civil: Direito de Família*, volume 5, 17ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380 à 383.

conhecia o estado civil do de cujus".

Em outras palavras, ''Não se pode admitir que uma Constituição, que traduz em capítulo especial a preocupação do Estado quanto à família – 'célula mater' da sociedade –, trazendo-a sob o seu manto protetor, desejasse debilitá-la e permitir que uniões adulterinas fossem reconhecidas como uniões estáveis, e aí teríamos a bigamia de direito."

Não há dúvidas de que as testemunhas arroladas pela apelada fizeram alusão ao seu relacionamento duradouro com R.. No entanto, não ficou comprovado que o relacionamento do falecido com a autora tinha o propósito de constituição de família, tampouco que realmente o falecido estava separado de fato de sua esposa.

A testemunha A. R. (audiência de f. 167), empregador do falecido, afirmou que conhecia R. (falecido) há 40 anos e que a apelada era diarista e prestava serviços de vez em quando na fazenda, mas que nunca residiu no local. Também afirmou que o falecido ia para sua casa em São Paulo a cada 2 ou 3 meses, para visitar a esposa e família e que nunca houve separação de fato.

De igual sorte, R. L. R. que foi ouvida na mesma audiência, afirmou que apesar do relacionamento amoroso entre a apelada e o falecido, este se deu porque moravam na mesma fazenda e a esposa do falecido morava em São Paulo, mas nunca estes se separaram.

O relacionamento entre apelada e *de cujus* não pode configurar união estável, pois R. era casado, fato de conhecimento da apelada, portanto não configurada a união estável ante a existência de impedimento pela existência de casamento.

Não houve comprovação da separação de fato ou judicial entre R. e sua legítima esposa. Pelo contrário, a esposa legítima juntou documentos que comprovam que recebeu as verbas rescisórias do falecido e as testemunhas arroladas pelos réus foram claras ao relatar que o casal nunca se separou, viviam na mesma casa e mantinham normalmente o relacionamento matrimonial.

Portanto, ainda que o falecido tenha mantido relacionamento prolongado com a apelada, observa-se dos depoimentos que não havia por parte do falecido intenção de convivência *affectio maritalis*, a notoriedade da relação e a monogamia. Além, é claro, do impedimento legal, em razão da entidade familiar constituída pelo casamento se fazer constante, perene, notória, latente, preservada, mesmo com o relacionamento extraconjugal mantido com a apelante.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 284/STF. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO. RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO PELA COMPANHEIRA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO ENTRE OS EX-CÔNJUGES. PRECEDENTES. 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. A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de Lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula nº 284, do Supremo Tribunal Federal. III. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento

consolidado segundo o qual a união estável pressupõe a inexistência de impedimento para o casamento, assegurando-se à companheira o direito ao recebimento da pensão por morte do militar falecido, que ainda esteja casado, desde que comprovada a separação de fato entre os ex-cônjuges. lV. A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. V. Agravo Interno improvido. (STJ; AgInt-REsp 1.583.241; Primeira Turma; Relª Minª Regina Helena Costa; DJE 04/11/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. FALECIDO CASADO. PRESERVAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR. RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL DURADOURO. AUSÊNCIA DE PROVA DO ANIMUS DE CONSTITUIÇÃO DE VIDA EM COMUM E DA SEPARAÇÃO DE FATO DA MULHER. RECURSO DESPROVIDO. A jurisprudência dos tribunais superiores está consolidada no sentido de não se estabelecer concomitantemente a união estávelcom casamento válido, em razão daquele vínculo ter como um dos pressupostos a ausência de impedimentopara o casamento ou que o suposto companheiro esteja separado de fato. Ausente tal prova, com acerto a sentença que afasta a pretensão de reconhecimento de união estável post mortem do suposto companheiro, muito embora se reconheça que, não obstante o relacionamento entre a autora e o falecido ter restado comprovado nos autos, não há como atribuir o caráter de união estável ao referido enlace, dada a ausência de demonstração da separação do falecido da sua esposa. (TJMS; APL 0006571-08.2009.8.12.0019; Ponta Porã; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJMS 03/08/2015; p. 65).

"AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. CASAMENTO E RELAÇÃO EXTRACONJUGAL SI- MULTÂNEAS. Ausentes os elementos caracterizadores, previstos no art. 1.723 do Código Civil, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura da autora com o falecido, com assistência mútua e com objetivo de constituir família, não é de ser reconhecida a união estável. Ademais, é inviável o reconhecimento de união estável concomitante ao casamento. Apelação provida." (TJRS; AC 0049554-69.2015.8.21.7000; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol; DJERS 02/06/2015).

"APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. IRRESIGNAÇÃO. RELAÇÃO MANTIDA CONCOMITANTEMENTE AO CASAMENTO NO PERÍODO QUESTIONADO DE MEADOS DE 1999 ATÉ O DIA 13 DE MAIO DE 2001. CONCUBINATO IMPURO. PROVIMENTO DO APELO E DO RECURSO ADESIVO. A relação extraconjugal, quando o casamento persiste, não constrói união estatuída pela constituição, pois o sistema brasileiro é monogâmico e não admite concurso entre entidades familiares. Caracterização do denominado concubinato 'impuro', ou também chamado de 'adulterino'." (TJPB; APL 0003937-20.2009.815.2003; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel. Des. Leandro dos Santos; DJPB 02/03/2015).

Ressalte-se, outrossim, que no Brasil a lei admite apenas o casamento monogânico, de tal sorte que, se existente este de direito e fato – porque o *de cujus* era casado e convivia com a esposa -, impossível reconhecer-se a união estável deste com outra pessoa, no caso a apelada, até porque a união estável pode convolar-se em matrimônio, sendo ilegal a coexistência de dois casamentos firmados pela mesma pessoa.

Por todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar a sentença e julgar improcedente a ação declaratória de existência de união estável, e inverto a sucumbência fixada na origem, suspensa a exigibilidade, por litigar com assistência judiciária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0801398-42.2015.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PERMANÊNCIA DO CLIENTE NA FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO POR TEMPO SUPERIOR ÀQUELE ESTABELECIDO EM LEI MUNICIPAL - DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO DESPROVIDO.

A permanência do consumidor em fila de banco à espera de atendimento por tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal ofende a dignidade da pessoa humana, pois gera um sentimento generalizado de baixo-estima e de descrédito nas leis e nas instituições públicas.

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, 6 de fevereiro de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S.A. contra sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Aldaira Andrea Barbosa da Silva, julgou procedente o pedido e o condenou ao pagamento de indenização no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), em razão da demora no atendimento bancário.

Alega, em síntese, que a intenção da autora é a de locupletar-se às suas expensas, porque não se observa qualquer ato ilícito praticado pela instituição financeira e não há comprovação do alegado dano moral.

Destaca que a data em que a autora foi atendida foi de grande movimentação, data em que inúmeros consumidores realizam transação bancária, o que afasta qualquer responsabilidade sua pelo evento.

Em caso de manutenção da sentença, pede a redução do valor fixado a título de danos morais, para patamar mais condizente com casos semelhantes.

Sem contrarrazões (f. 137).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S.A. contra sentença que, nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Aldaira Andrea Barbosa da Silva, julgou procedente o pedido e o condenou ao pagamento de indenização no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), em razão da demora no atendimento bancário.

Pretende a reforma da sentença, ao argumento de que o fato não configura dano moral. Em caso de manutenção da sentença, pede a redução do valor fixado a título de indenização.

Pois bem. Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por consumidor em face de instituição financeira, objetivando reparação pelo dano moral sofrido em razão da demora no atendimento.

Fica claro, pois, que as relações havidas entre o banco apelante e a autora são regidas por normas consumeristas, estando esse entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias.

No caso, a autora afirmou que no dia 04/09/2015 dirigiu-se até a instituição financeira, e por não estar munida de seu cartão magnético, precisou ser atendida por caixa de atendimento convencional, porém, para ser atendida precisou esperar por 01(uma) hora e 40(quarenta) minutos.

No caso dos autos, a autora alega ter sofrido dano moral em razão da demora no atendimento bancário em uma das agências do apelante, utilizando-se como fundamento de direito a Lei Municipal nº 1.059/2005, que estabeleceu as diretrizes a serem seguidas pelas instituições bancárias na cidade de Aparecida do Taboado, quanto ao tempo de atendimento dos usuários.

Ora, é público e notório o descaso com o qual vem sendo tratados os cidadãos que buscam os serviços bancários, revelado a partir da manifesta insuficiência de pessoal destinado ao atendimento, sujeitando os usuários, por conseguinte, a longo tempo de espera nas filas.

Com vistas a amenizar referida situação, os municípios acabam por disciplinar o tempo de atendimento ao usuário do sistema bancário local, dentro de suas agências, sob a ótica da rapidez e presteza, zelando pela qualidade e fixando tempo máximo para o atendimento, sob pena de aplicação de multa.

Nesse sentido, eis o que estatui o art. 2.º da referida lei municipal:

> *Art. 2.º O tempo máximo para atendimento de cada usuário,para o efeito da aplicação do disposto no artigo anterior, corresponde a:*
>
> *I - até 15 (quinze) minutos em dias normais;*
>
> *II - até 25 (vinte e cinco) minutos às vésperas e após feriados prolongados;*
>
> *III - até 30 (trinta) minutos, nos dias de pagamento de servidores públicos municipais, estaduais, federais.*

Ressalte-se que o apelante justifica o atraso no atendimento por ser dia de pagamento, porém, para estas situações, a Lei prevê como tempo razoável para atendimento, o prazo máximo de 30 minutos.

Nesse contexto, o fato é que o legislador traçou um limite considerado razoável para os dias de excepcional atendimento como no referido caso, que não foi observado pela instituição financeira.

Vários são os casos como o do recorrente em curso no Poder Judiciário e, mesmo após a legislação estabelecer tempo limite de permanência em fila de banco, este é repetidas vezes extrapolado.

A alegação do banco de que a espera se constitui em mero aborrecimento, não merece acolhimento, já que o fato de esperar em fila para um atendimento bancário além do limite imposto por lei gera um sentimento generalizado de baixo-estima, de descrédito nas leis e nas instituições públicas, configurando, assim ato ilícito, não só por desrespeito à legislação municipal, mas aos princípios do CDC, a exemplo da boa-fé objetiva, e causa dano moral.

Aliás, quem presta serviços, e no caso tais serviços sãop inlcusive remunerados pela clientela, deve adequar-se para presta-los condignamente.

Ressalte-se que o apelante não apresentou qualquer fato impeditivo, extintivo ou modificativo dos fatos alegados pela recorrida, mostrando-se evidente, portanto a responsabilidade objetiva da instituição bancária, diante da aplicação do princípio consumeirista da inversão do ônus da prova.

Com efeito, adotando os estabelecimentos bancários a política de redução do número de funcionários, com maior automatização dos serviços, devem suportar os efeitos disfuncionais que isso possa acarretar, em termos de atendimento aos seus usuários.

Conclui-se, então, que o apelante descumpriu o disposto no Código de Defesa do Consumidor, bem como a Lei Municipal nº 1.059/2005, e ainda lesionou a moral e a dignidade da apelada, que teve o seus direitos de usuário dos serviços bancários desrespeitado, fazendo *jus* a indenização por danos morais pleiteados.

Nesse sentido:

> *"ESPERA EM FILA. BANCO. LEI DISTRITAL. DESRESPEITO. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR. ARBITRAMENTO. PARÂMETROS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CARÁTER PENITENCIAL. LIMITES. -As turmas recursais têm reconhecido a espera em fila de banco, além dos limites fixados pela Lei Distrital nº. 2547/2000, como fato caracterizador do dano moral. -Esta espécie de dano resulta da mudança do estado anímico da pessoa, como a angústia, a dor, a depressão, a raiva, o mal-estar, a humilhação, o qual, por sua natureza, não demanda prova, senão a demonstração do próprio fato ilícito (re in ipsa). -O valor arbitrado tem por escopo trazer um alento, uma compensação capaz de diminuir a dor e o sofrimento decorrentes da ofensa moral. -O juiz deve graduar o valor atentando para o dano que o fato alegado é capaz de gerar, de forma a ser proporcional à lesão, razoável ao fim buscado, sem perder de vista também o seu caráter penitencial, preservando a lógica e as regras ditadas pelo bom senso e a experiência. -recurso parcialmente provido. (Classe do Processo: 2006 11 1 005576-2 ACJ -0005576-62.2006.807.0011 (Res.65 -CNJ) DF, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Rel. Luis Gustavo B. de Oliveira, DJ-e: 29/04/2008).*
>
> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA. MÉRITO. ATO ILÍCITO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PERMANÊNCIA DO CLIENTE NA FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO EM TEMPO SUPERIOR ÀQUELE ESTABELECIDO EM LEI. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CARÁTER PROTELATÓRIO. RECURSO IMPROVIDO. Se não restar configurada quaisquer das condições estabelecidas no parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil, não há se falar em inépcia da*

inicial. A permanência do consumidor em fila de banco à espera de atendimento por tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal ofende a dignidade da pessoa humana, devendo a instituição financeira ser condenada ao pagamento pelos danos morais ocasionados. Em razão da ausência de recurso da parte autora, deve ser mantido o valor da indenização fixado de forma moderada pelo juiz a quo, mesmo quando este não se apresentar suficiente para desencorajar o ofensor a repetir a conduta ilícita, sob pena de incorrer em reformatio in pejus. Não se há falar em litigância de má-fé quando inexiste a demonstração do caráter protelatório do apelo. (TJMS; AC-Or 2011.005986-3/0000-00; Campo Grande; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJEMS 22/03/2011; p. 32).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERMANÊNCIA DO CLIENTE NA FILA DE ATENDIMENTO BANCÁRIO EM TEMPO SUPERIOR ÀQUELE ESTABELECIDO EM LEI MUNICIPAL. ABALO MORAL PRESUMIDO. DESNECESSIDADE DE PROVA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO. A permanência do consumidor em fila de banco à espera de atendimento por tempo superior ao estabelecido na Lei Municipal ofende a dignidade da pessoa humana, ensejando a reparação pecuniária pelos danos morais sofridos pelo ofendido. Em tema deindenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e de seu bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa. (TJMS; AC-Or 2011.030526-5/0000-00; Campo Grande; Quarta Turma Cível; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJEMS 28/11/2011; p. 38).

Na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Posto isto, tendo em vista ser o apelante conhecido nacionalmente e possuir um expressivo patrimônio, e considerando as peculiaridades do caso concreto, e em observação ao grau de culpa, a lesividade do ato e a repercussão da ofensa, tenho como razoável o valor de R$ 1.000,00 (mil reais), fixados na sentença a título de danos morais.

Nesse sentido:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. Indenização. Dano moral. Demora em fila de espera de banco. Responsabilidade, nexo causal e culpa comprovados. Revisão obstada. Modificação do acórdão recorrido. Impossibilidade. Súmula nº 7 do STJ. Valor da indenização. R$ 1.000,00. Consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento. (STJ; AREsp 1.088.532; Proc. 2017/0089020-9; RO; Terceira Turma; Rel. Minº Marco Aurélio Bellizze; DJE 06/06/2017).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Em razão da regra contida no art. 85, § 11, do CPC/15, majoro a verba honorária fixada na sentença para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

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 Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800207-44.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – ALEGAÇÃO DE SENTENÇA *CITRA PETITA* – PRELIMINAR REJEITADA – AGRAVO RETIDO – INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DO CPC ANTERIOR – INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL – CONHECIDO E NÃO PROVIDO – MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – LAUDO PERICIAL – PERÍCIA JUDICIAL BASEADA EM CRITÉRIOS TÉCNICOS E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO MERCADO IMOBILIÁRIO DA REGIÃO – INDENIZAÇÃO QUE DEVE RESPONDER A EFETIVA DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA, AGRAVO RETIDO CONHECIDO E NÃO PROVIDO E RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.

Nulidade da sentença. Não há falar em nulidade do julgamento quando o pedido da inicial é devidamente analisado e a insurgência revolve, em realidade, a reforma do julgado no mérito e não nulidade por julgamento *citra petita*.

Agravo retido. Legislação aplicável. Recurso examinado sob a luz do Código de Processo Civil de 1973, porquanto interposto durante a sua vigência. Vigência imediata do Código de Processo Civil de 2015, sob os processos pendentes, que não atinge os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga. Agravo retido conhecido.

Agravo retido. Indeferimento da prova oral. Sendo o magistrado o destinatário da prova, autorizado está, consoante o disposto no artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil, indeferir a realização de novas provas, quando motivadamente o faz, por entendê-las desnecessárias para apreciação da questão que lhe é posta.

A servidão administrativa é ônus real imposto pela Administração Pública à propriedade particular com vistas à realização e conservação de obras ou serviços públicos, cuja indenização deverá ser proporcional aos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário. Se a metodologia aplicada ao laudo pericial logrou homogeneizar matematicamente o valor do imóvel serviente em relação aos imóveis rurais localizados na região em que situado, além de sopesar todos os fatores depreciativos do valor de mercado em razão da servidão instituída, por intermédio de parâmetros equilibrados e justos com vistas a fixar o valor indenizatório condizente às peculiaridades do caso, esta deve prevalecer para fixar o montante devido a título indenizatório.

Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar, negar provimento ao agravo retido e ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Marcos Correia de Almeida e Rosana Aparecida Ferreira dos Santos Almeida, qualificados nos autos da Ação de Indenização (feito nº 0800207-44.2014.8.12.0008, da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS) que promovem em desfavor da Linha de Transmissão Corumbá Ltda, também qualificada, inconformados com a sentença proferida na origem, interpuseram o presente recurso de apelação cível.

Alegam, em síntese: (a) que o perito nomeado pelo juízo não utilizou o método majoritariamente aceito, que é o "antes e depois", que consiste na diferença de valor do imóvel antes e depois da implantação da servidão, sendo que as avaliações juntadas pelos autores às f. 35-37 se dão com base nesse método; (b) nas amostras consideradas pelo perito não é levada em consideração a existência de servidão perpétua, como é o caso do imóvel dos autores, situação que influencia significativamente no valor de mercado de um imóvel, sendo um "disparate" a conclusão de que não há desvalorização da área remanescente à servidão do imóvel dos autores; (c) a sentença foi omissa, *citra petita*, quanto às avaliações juntadas pelos autores e quanto à falta de razoabilidade do laudo pericial; (d) também foi equivocada a sentença no tocante à efetiva ciência dos autores quanto à localização da servidão em seu imóvel, notadamente pelo fato de o juiz haver indeferido o requerimento dos autores de depoimento pessoal do Sr. Aristeu de Andrade, representante da requerida que inicialmente contatou e ofertou aos requerentes a servidão, ademais considerando os termos utilizados no contrato.

Requerem, ainda, o conhecimento do agravo retido interposto às f. 121-128.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso, alegando-se a desnecessidade de julgar o agravo retido e, no mérito, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 360-367).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Marcos Correia de Almeida e Rosana Aparecida Ferreira dos Santos Almeida, qualificados nos autos da Ação de Indenização (feito nº 0800207-44.2014.8.12.0008, da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS) que promovem em desfavor da Linha de Transmissão Corumbá LTDA, também qualificada, inconformados com a sentença proferida na origem, interpuseram o presente recurso de apelação cível.

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 decisão quanto à interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

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 da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Breve relato da lide

Marcos Correia de Almeida e Ana Aparecida dos Santos Almeida ajuizaram Ação de Indenização em desfavor da Linha de Transmissão Corumbá Ltda., pretendendo que a empresa ré seja condenada a lhes pagar indenização pela desvalorização do imóvel havido em servidão.

Afirma-se na exordial que a ré propôs um acordo para se proceder à servidão no imóvel dos autores para instalação de torre de energia, que se daria em área limite do terreno, ao fundo, que não tinha "a princípio" muita serventia, sobretudo porque não seria de grande extensão. Contudo, sustentam que a torre foi construída em local completamente diverso do pactuado, sendo feito no centro do terreno, local onde possuíam campo de futebol, pomar e planos para futuras benfeitorias. Assim, os autores pediram a condenação da ré na indenização pela desvalorização do imóvel advinda da servidão.

Contestação apresentada às f. 42-61.

No despacho saneador de f. 108-113, indeferiu-se a prova oral e reconheceu-se a necessidade de perícia para se apurar, entre outros pontos, o valor do imóvel, o efetivo prejuízo dos autores, existência de desvalorização do imóvel.

Dessa decisão, a parte autora aviou agravo retido (f. 121-128), em que sustenta que a prova oral – oitiva de Aristeu de Andrade, representante da empresa requerida – se prestaria para esclarecer a boa-fé dos requerentes, que concordaram com a servidão em razão de oferta bem diferente daquela que consta no contrato e que concretamente ocorreu. Dizem que o indeferimento da prova oral, somente deve ocorrer em caso de inversão do ônus da prova e que é necessário que o tamanho e localização da servidão estejam de acordo com o contrato. Alegam que a perícia designada de ofício é equivocada, ofende o princípio dispositivo, sendo que há demonstração do valor devido pelos requerentes (três avaliações), os quais se limitaram a promover mera impugnação genérica do alegado pelos autores.

Foi apresentada contraminuta ao agravo às f. 131-138.

Laudo pericial acostado às f. 155-210.

Encerrada a instrução, sobreveio a sentença de improcedência de f. 320-324.

Inconformada com a referida sentença, a parte autora interpôs o recurso às f. 342-357. Inicialmente requer o conhecimento do agravo retido de f. 121-128, interposto ainda na vigência do CPC/1973. Alegam os apelantes, em resumo: (a) que o perito nomeado pelo juízo não utilizou o método majoritariamente aceito, que é o "antes e depois", que consiste na diferença de valor do imóvel antes e depois da implantação

da servidão, sendo que as avaliações juntadas pelos autores às f. 35-37 se dão com base nesse método; (b) nas amostras consideradas pelo perito não é levada em consideração a existência de servidão perpétua, como é o caso do imóvel dos autores, situação que influencia significativamente no valor de mercado de um imóvel, sendo um "disparate" a conclusão de que não há desvalorização da área remanescente à servidão do imóvel dos autores; (c) a sentença foi omissa, *citra petita*, quanto às avaliações juntadas pelos autores e quanto à falta de razoabilidade do laudo pericial; (d) também foi equivocada a sentença no tocante à efetiva ciência dos autores quanto à localização da servidão em seu imóvel, notadamente pelo fato de o juiz haver indeferido o requerimento dos autores de depoimento pessoal do Sr. Aristeu de Andrade, representante da requerida que inicialmente contatou e ofertou aos requerentes a servidão, ademais considerando os termos utilizados no contrato.

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso, alegando-se a desnecessidade de julgar o agravo retido e, no mérito, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 360-367).

Preliminar – setença *citra petita*

Alegam que a sentença foi omissa, *citra petita*, quanto às avaliações juntadas pelos autores e quanto a falta de razoabilidade do laudo pericial.

Sobre o tema Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam que:

> *"A regra no processo civil é que a sentença seja conforme ao pedido do demandante. Duplamente conforme: conforme ao pedido imediato (providência jurisdicional postulada declaração, constituição, condenação, mandamento ou execução) e conforme ao pedido mediato (bem da vida perseguido em juízo). Daí a razão pela qual é vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida (vale dizer, desconforme ao pedido imediato), ou que tenha objeto diverso do demandado (isto é, desconforme ao pedido mediato). Fazendo-o, profere o juiz sentença infra, extra ou ultra petita. A sentença infra petita é aquela que não aprecia o pedido ou um dos pedidos cumulados. A sentença extra petita é que julga fora do pedido do demandante. A sentença ultra petita é aquela em que o órgão jurisdicional vai além daquilo que foi pedido pelo demandante".*[1]

Contudo, no caso, o magistrado *a quo* expôs devidamente as razões pelas quais acolhia as conclusões do perito judicial. Vejamos:

> *"(...)*
>
> *Na sequência, após transcorrer sobre os critérios utilizados para a elaboração do trabalho, vistoriar e avaliar a área, observando os riscos, incômodos e restrições, afirmou o perito que "não há complementação do valor da indenização, levando-se em conta o valor já pactuado pelas partes no contrato (f. 22-6) e nos autos de*
>
> *procedimento ordinário nº 0800564-58.2013.8.12.0008" e que "a instituição da servidão administrativa não causou prejuízo ao autor e sim algumas restrições ao imóvel serviente", que, no entanto, não traduzem o impedimento total da faixa da linha de transmissão, apenas a limitação do uso, cujo percentual já foi indenizado, conforme cálculo apresentado.*
>
> *De mais a mais, registre-se não há qualquer elemento nos autos que possa rechaçar a conclusão do perito, não servido para tanto a juntada de laudo de outro processo de desapropriação referente à imóvel de outro Estado. A propósito disso, já se decidiu:*

1 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág.422.

> *APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE REDE ELÉTRICA - INSURGÊNCIA QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADA COM BASE NO LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESCONSTITUAM O LAUDO - - PREVALÊNCIA DA INDENIZAÇÃO FIXADA -SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO IMPROVIDO. Deve ser rejeitado o argumento da parte que refuta o laudo pericial que está embasado em exame aprofundado e detalhado dos fatos, sob a mera alegação, sem qualquer prova, de que teria sofrido prejuízos maiores do que os que foram arbitrados pelo julgador. II. Não havendo a demonstração de provas contundentes capazes de retirar do laudo judicial a veracidade de suas informações, deve-se confirmar o valor da indenização constante da sentença, mormente por embasar-se em laudo pericial lavrado com observância de critérios técnicos, devendo, por isso, ser mantido o valor da indenização arbitrada pelo juízo a quo. II. Recurso improvido.* (TJMS. Apelação nº 0013508-54.2010.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 09/12/2014, p: 11/12/2014)
>
> *É bem verdade que os autores ingressam em questões puramente técnicas, rechaçando, em longo arrazoado, as conclusões e o método utilizado pelo perito. Ocorre que o expert é auxiliar de confiança do juízo justamente em questões técnicas que refogem do conhecimento do julgador, de modo que este crê, pela imparcialidade e idoneidade daquele auxiliar, que o método mais indicado foi o efetivamente utilizado na perícia, sendo até desrespeitoso imaginar que outra seria a conduta do profissional tão somente para prejudicar a parte. Aliás, as conclusões periciais foram semelhantes à dos técnicos da ré, reforçando o acerto da metodologia utilizada.*
>
> *Sendo assim, com o máximo respeito aos autores, não há como reconhecer que houve a desvalorização do imóvel por conta da servidão administrativa. Rejeita-se, portanto, o pedido indenizatório."* (sic. Sentença f. 323-324

Assim, vê-se que o fundamento utilizado pelos apelantes não conduz à alegada nulidade por julgamento *citra petita*, uma vez que o pedido da inicial foi devidamente analisado e a insurgência da parte autora no que tange as avaliações revolve, em realidade, a reforma do julgado no mérito e não nulidade por julgamento *citra petita*.

Rejeito, pois, a preliminar de nulidade da sentença.

Do agravo retido – necessidade de apreciação e mérito

Conheço do agravo retido interposto no feito, sob a égide do CPC/73 (f. 121-128), em face da decisão de f. 108-113 que indeferiu a produção de prova testemunhal, porque ratificado por ocasião da interposição de recurso de apelação (f. 342-357). Desse modo, não há falar em desnecessidade de julgamento do referido recurso, conforme alegado nas contrarrazões de f. 360-367.

Nota-se que, ao tempo em que proferida a decisão e interposto o agravo retido, era vigente o Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual este recurso será examinado sob a luz deste Codex, porquanto interposto durante a sua vigência. Como já referido quanto da análise do direito intertemporal, a vigência imediata do Código de Processo Civil de 2015, sob os processos pendentes, não atinge os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga, conforme inteligência do art. 1.046 do NCPC c/c art. 5º, XXXVI, da CF. Dito isso, conheço do agravo retido interposto pelos autores e passo a análise de seus fundamentos.

No agravo retido, os autores/apelantes alegam que a oitiva do Sr. Aristeu de Andrade se prestaria para comprovar a boa-fé com a qual agiram, uma vez que concordaram com a servidão em razão de oferta muito diferente do que consta no contrato e do que concretamente se deu e que o indeferimento dessa produção de prova somente deveria ocorrer em caso de inversão do ônus da prova.

A decisão agravada, no que importa, teve o seguinte teor:

> *"De início, indefiro a produção de prova oral, com a oitiva de Aristeu de Andrade, representante da ré, uma vez que não se trata de prova essencial para o deslinde da causa, notadamente porque a controvérsia reside unicamente sobre eventual desvalorização do Sítio Paraná, localizado no Assentamento Urucum, Lote 16, zona rural, em Corumbá-MS, por força do contrato de constituição de servidão entabulado entre as partes às f. 22-6, conforme delimitado no "objetivo da ação" às f. 2.*
>
> *Não há preliminares ou matérias prejudiciais ao mérito."*

Desse modo, entendo que a decisão objurgada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

A pretensão inicial é para que a empresa requerida seja condenada a indenizar os autores pela desvalorização do imóvel havido em servidão, logo, não vejo necessidade/utilidade na prova que se pretende produzir.

No presente feito a discussão diz respeito somente a desvalorização do imóvel e eventual direito à indenização, logo, totalmente despicienda a pretendida produção de prova oral.

Como afirmado na exordial o contrato de servidão já foi discutido em outros autos (nº 0800564-58.2013.8.12.0008), no qual as partes firmaram acordo.

Ora, como se sabe, o Juiz é o destinatário final da prova, cabendo a ele indeferir a prova que entende desnecessária, improdutiva ou protelatória, tal qual a oitiva das partes e testemunhas.

Desse modo não havendo motivo justificado para a oitiva da mencionada testemunha, correto o indeferimento.

Por pertinente, transcreve-se a seguinte doutrina:

> *"Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que faz a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo"* (in Hélio Tornaghi Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976, 2ª ed., vol. 1, pág. 402).
>
> *Diante da convicção da desnecessidade da prova oral que se pretendia produzir, nego provimento ao agravo retido.*
>
> *Apelação cível - mérito*
>
> *A questão a ser dirimida é se os apelantes receberão, ou não, a devida indenização em decorrência da servidão administrativa efetivada em sua propriedade.*
>
> *Conforme ensinava o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, a servidão administrativa ou pública é ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário* (Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).
>
> *Como ônus real de uso com vistas à consecução de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, não pode ser desfeita ou obstada. Entretanto, cabe, ao proprietário, justa indenização pelos prejuízos advindos em decorrência da limitação de seu direito.*
>
> *A respeito das formas de instituição da servidão administrativa, dispõe José dos*

Santos Carvalho Filho:

> *Há duas formas de instituição de servidões administrativas.*
>
> *A primeira delas decorre de acordo entre o proprietário e o Poder Público. Depois de declarar a necessidade pública de instituir a servidão, o Estado consegue o assentimento do proprietário para usar a propriedade deste com o fim já especificado no decreto do Chefe do Executivo, no qual foi declarada a referida necessidade. Nesse caso, as partes devem celebrar acordo formal por escritura pública, para fins de subseqüente registro do direito real.*
>
> *A segunda forma é através de sentença judicial. Não tendo havido acordo entre as partes, o Poder Público promove ação contra o proprietário, demonstrando ao juiz a existência de decreto específico, indicativo da declaração de utilidade pública. O procedimento, nessa hipótese, é idêntico ao adotado para a desapropriação, estando previsto, como já vimos, no art. 40 do Decreto-Lei nº 3.365/41.* (Manual de Direito Administrativo. 13. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 597-598).

In casu, houve acordo entre as partes (contrato de f. 22-26), em que foi estipulada a indenização aos proprietários/apelantes a quantia de R$ 2.340,01 (dois mil, trezentos e quarenta reais e um centavo).

Contudo, em momento posterior a avença os requeridos se negaram a cumprir o acordo, o que motivou que a requerida – Linha de Transmissão Corumbá Ltda.- ajuíza-se a Ação de Obrigação de Fazer nº 0800564-58.2013.8.12.0008.

Nessa referida ação, as partes entabularam acordo em que restou assentado que a Linha de Transmissão Corumbá Ltda. pagaria, em complemento a indenização pela servidão, o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), restando expressamente consignado que o referido acerto não impediria os proprietários, ora apelantes, de ingressarem com ação própria para discutir eventual desvalorização do imóvel e abuso praticado no exercício da servidão.

Assim, vê-se que a indenização percebida pelos apelantes perfez o montante de R$ 4.340,01 (quatro mil, trezentos e quarenta reais e um centavo).

Os autores/apelantes alegam que a desvalorização do terreno se deu em pelo menos 20% de seu valor, sendo que "sítios" semelhantes aos seus, na mesma região, são comercializados entre R$ 300.000,00 e R$ 400.000,00, razão pela qual fazem jus a uma indenização de R$ 68.000,00 (sessenta e oito mil reais).

A fim de comprovarem o alegado, juntaram aos autos laudos de avaliação do imóvel de f. 35-37, que avaliaram o imóvel em R$ 340.000,00 (trezentos e quanta mil reais), considerando as benfeitorias e o imóvel. Tais laudos apontaram que o valor da desvalorização totaliza 20% do total do imóvel.

Foi determinada perícia por perito de confiança do juízo - Laudo Pericial de f. 155-210 - no qual se constatou que, por se tratar de um imóvel rural com uso para pecuária, não há desvalorização da área remanescente à faixa da servidão.

Concluiu-se, também: que a faixa de servidão corresponde a 0,7634 ha ; que o valor do hectare corresponde a R$ 10.517,31, aplicando sobre esse valor o montante da área que sofreu a desvalorização (0,7634) e o percentual de 35% de depreciação, concluindo que o valor indenizatório seria de R$ 2.810,00 (dois mil, oitocentos e dez reais).

O extenso Laudo Pericial de f. 155-210 apreciou devidamente todas as variáveis, aplicando os devidos critérios, mostrando-se um trabalho irrepreensível do perito de confiança de juízo.

Assim, os laudos unilateralmente produzidos e apresentados pelos apelantes, sem fundamento em dados técnicos, não pode se sobrepor à perícia feita nos autos, de forma técnica, criteriosa e isenta, colhida sob o crivo do contraditório. Portanto, a avaliação feita pela perícia judicial é a que deve ser tomada para aferir o valor da justa indenização.

Sobre o assunto, pertinente a lição doutrinária extraída da obra supra referida:

> *A indenização da servidão faz-se em correspondência com o prejuízo causado ao imóvel. Não há fundamento algum para o estabelecimento de um percentual fixo sobre o valor do bem serviente, como pretendem alguns Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul julgados. A indenização há que corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação. Se a servidão não prejudica a destinação do bem nada há que indenizar; se a prejudica, o pagamento deverá corresponder ao efetivo prejuízo, chegando, mesmo, a se transformar em desapropriação indireta com indenização total da propriedade se a inutilizou para sua exploração econômica normal.* (Hely Lopes Meirelles na obra atualizada por Márcio Schineider Reis e Edgard Neves da Silva, Direito Municipal Brasileiro, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 441)

E que não destoa da orientação de precedentes extraídos do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CISÃO DE EMPRESAS. RESPONSABILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICOPROVATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. PRAZO PRESCRICIONAL. SÚMULA 119/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. SÚMULA 69/STJ. TERMOS INICIAL. EFETIVA OCUPAÇÃO. 1. A cisão de empresas e a verificação de suas condições, no afã de perquirir a legitimatio ad causam é matéria fática (Súmula 07/STJ). 2. In casu, o Tribunal analisou as questões relevantes à luz do contexto fático-probatória a saber: a) ilegitimidade passiva ad causam, litteris: "Sem cabimento a pretensão de ilegitimidade passiva da CEEE, porquanto não ocorreu a extinção da Companhia, mas uma cisão entre as empresas, portanto, responde esta pelas obrigações e responsabilidades assumidas. Assim, entendo que a CEEE é parte legítima para figurar no pólo passiva (sic) desta demanda" b) o modo de intervenção na propriedade, litteris: "Primeiro, porque esdrúxula a pretensão de evitar, fugir da responsabilidade de efetuar o pagamento da indenização e ao depois pela própria aplicação da Súmula nº 119 do Superior Tribunal de Justiça (...)". 3. As servidões administrativas, em regra, decorrem diretamente da lei (independente de qualquer ato jurídico, unilateral ou bilateral) ou constituem-se por acordo (precedido de ato declaratório de utilidade pública) ou por sentença judicial (quando não haja acordo ou quando adquiridas por usucapião), por isso que não observadas as formalidades necessárias, em atenção ao princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, deve ser mantida a servidão, com a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel, como ocorre com a desapropriação indireta, obedecido o regime jurídico desta. Precedente:* REsp 857596/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ. 19/05/2008. (...) (REsp 977.875/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 04/11/2009)

> *ADMINISTRATIVO SERVIDÃO ADMINISTRATIVA LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DECRETO DO PODER EXECUTIVO DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO AUSÊNCIA. 1. Segundo a doutrina, as servidões administrativas, em regra, decorrem diretamente da lei (independente de qualquer ato jurídico, 1 Hely Lopes Meirelles na obra atualizada por Márcio Schineider Reis e Edgard Neves da Silva, Direito Municipal Brasileiro, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 441. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul unilateral ou bilateral) ou constituem-se por acordo (precedido de ato declaratório de utilidade pública) ou por sentença judicial (quando não haja acordo ou quando adquiridas por usucapião). 2. Não*

> *observadas as formalidades necessárias à implementação da servidão administrativa (decreto de declaração de utilidade pública), em atenção ao princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, deve ser mantida a servidão, com a indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos e das restrições ao uso do imóvel, como ocorre com a desapropriação indireta. 3. Recurso especial não provido. (REsp 857.596/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 19/05/2008)*

Conclui-se, assim, que a indenização da servidão deve corresponder ao efetivo prejuízo causado ao imóvel de acordo com sua normal destinação, razão por que, a conclusão do laudo pericial está correta.

O estudo técnico que embasou o laudo pericial elaborado pelo *expert* do juízo tomou como base critérios sugeridos pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas (f. 159).

Na hipótese, o perito judicial levou em consideração, conforme pesquisa de mercado, a propriedade, de acordo com sua localidade e suas características.

Ademais, o estudo técnico considerou que a restrição de uso para a pecuária é nula, pois, verificou-se a condição de mecanizar áreas próximas das torres e aos estirantes de apoio.

Denota-se, portanto, que a metodologia aplicada ao laudo pericial logrou homogeneizar matematicamente o valor do imóvel serviente com a dos imóveis rurais localizados naquela região em que situado, além de sopesar todos os fatores depreciativos do valor de mercado em razão da servidão instituída, por intermédio de parâmetros equilibrados e justos, com vistas a fixar o valor indenizatório condizente às peculiaridades do caso e que, data venia, não foram rechaçados pelos argumentos da empresa apelante.

A propósito e neste sentido seguem precedentes deste Tribunal:

> *APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA – SERVIDÃO DE PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA EM PROPRIEDADE RURAL – INDENIZAÇÃO FIXADA COM BASE EM LAUDO PERICIAL DETALHADO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE INFIRMÁ-LO – RECURSO DESPROVIDO. 1. A ocupação de parte da propriedade privada para instalação de redes de distribuição de energia por Concessionária Pública limita o uso da propriedade pelo titular, o que dá ensejo ao dever de indenizar. 2. O cálculo da indenização será mensurado, por meio de perícia técnica, considerando-se a área efetivamente ocupada pela rede de eletricidade e os prejuízos materiais de fato infligidos ao domínio do autor. Não havendo outros elementos que possam infirmar as conclusões tiradas pelo experto, há que se dar relevância a tal prova, mormente porque realizada por perito nomeado pelo Juízo.* (TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação nº 0600178- 97.2010.8.12.0046. Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. J. 18/08/2015)

> *APELAÇÃO CÍVEL – SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - PASSAGEM DE LINHA DE TRANSMISSÃO DE REDE ELÉTRICA – INSURGÊNCIA QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADA COM Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul BASE NO LAUDO PERICIAL - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESCONSTITUAM O LAUDO – PREVALÊNCIA DA INDENIZAÇÃO FIXADA –SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO IMPROVIDO. Deve ser rejeitado o argumento da parte que refuta o laudo pericial que está embasado em exame aprofundado e detalhado dos fatos, sob a mera alegação, sem qualquer prova, de que teria sofrido prejuízos maiores do que os que foram arbitrados pelo julgador. II. Não havendo a demonstração de provas contundentes capazes de retirar do laudo judicial a veracidade de suas informações, deve-se confirmar o valor da indenização constante da sentença, mormente por embasar-se em laudo pericial lavrado com observância de critérios técnicos, devendo, por isso, ser mantido o valor da indenização arbitrada pelo juízo a quo. II. Recurso improvido.* (TJMS. 4ª Câmara Cível.

Apelação - Nº 0013508-54.2010.8.12.0001 - Campo Grande. Relator Des. Dorival Renato Pavan J. 09/12/14)

RECURSO OBRIGATÓRIO E VOLUNTÁRIO AÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA JUSTA INDENIZAÇÃO VALOR OBTIDO POR AVALIAÇÃO JUDICIAL RECURSOS IMPROVIDOS. Havendo divergência no tocante ao valor fixado a título de indenização, prevalece aquele obtido na avaliação judicial, principalmente se o poder desapropriante não logra êxito em desconstituir o valor obtido na avaliação. (TJMS. Terceira Turma Cível. Apelação Cível - Ordinário - Nº 2011.004554-1/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 15/03/2011)

Assim, entendo escorreita a sentença proferida em primeira instância, que bem ponderou todas as circunstâncias da causa, rechaçando todas as impugnações e divergências levantadas pelas partes, com base em laudo judicial extremamente elucidativo quanto aos pontos técnicos de interesse à solução da controvérsia, razão pela qual a mantenho por seus próprios fundamentos.

Sucumbência recursal

A sentença recorrida considerou a parte demandante, ora apelante, como sucumbente, diante da improcedência dos pedidos iniciais e arbitrou os honorários advocatícios em 15% do valor atualizado atribuído à causa.

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso não merece provimento, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado da parte apelada nesta fase recursal, que se limitou à apresentação de resposta ao recurso do autor, razão pela qual, diante da ausência de condenação ou, ainda, proveito econômico de qualquer das partes, o valor da causa atualizado deve servir de parâmetro para fixação, 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 3% (três por cento) do valor atualizado dado à causa, cujo importe deve ser arcado pelos apelantes, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o §3º do art. 98 do CPC[2], por este litigar sob o pálio da justiça gratuita (f. 324).

Dispositivo final

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, conheço do agravo retido e nego-lhe provimento, conheço do recurso de apelação interposto por Marcos Correia de Almeida e Rosana Aparecida dos Santo Almeida, mas nego-lhe provimento, para manter a sentença recorrida.

Por consequência, à luz do que dispõe o §11º do art. 85 do vigente CPC, condeno os apelantes ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 3% (três por cento) do valor atualizado dado à causa, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o §3º do art. 98 do CPC[3], por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

2 § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

3 § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, negaram provimento ao agravo retido e ao apelo, 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. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0812820-83.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – MORTE DE GADO EM DECORRÊNCIA DE RUPTURA E QUEDA DE FIO DE ALTA TENSÃO – ALEGAÇÃO DE QUE A REDE ELÉTRICA ESTAVA LOCALIZADA EM ÁREA PRIVADA – INEXISTÊNCIA DE PROVA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA – NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO – PEDIDO DE REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – INDEFERIDO – TAXA SELIC AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A queda de cabos de energia de alta tensão em rede elétrica de zona rural, causando a morte do gado ali apascentado, gera a obrigação da concessionária pela indenização do prejuízo causado, pouco importando que se trate de rede interna de imóvel rural, construída por ordem do proprietário, já que esta deveria ter sido fiscalizada pela prestadora do serviço.

Deve ser mantido o *quantum* indenizatório quando fixado com base no conjunto fático probatório dos autos e no valor de mercado previsto para espécie de gado.

Não deve ser aplicada a taxa Selic, em substituição aos juros de mora e correção monetária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, vencido o 2º Vogal, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A, qualificada nos autos da ação de indenização (feito nº 0812820-83.2015.8.12.0001, da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Antonio Moraes dos Santos Espólio, também qualificado, inconformada com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao *"julgar procedente o pedido formulado na inicial para condenar a requerida a indenizar o requerente pelo dano material de R$ 9.126,00 com correção monetária pelo IGP-M/FGV a contar do ajuizamento desta ação até a citação quando passarão a incidir juros de mora mensais e correção monetária pela taxa Selic."*

Referiu que o juízo singelo laborou de maneira desacertada ao conferir a indenização pleiteada pela parte contrária, na medida em que ficou solidamente comprovado que a rede de energia que provocou o noticiado evento danoso é de exclusiva propriedade particular do Recorrido.

Expôs que o projeto de eletrificação rural identificado pelo nº 001-425, juntado às f. 218-226, demonstra que a rede de energia responsável por energizar a unidade consumidora nº 19933, onde efetivamente ocorreu o reclamado incidente, ainda é de propriedade exclusiva do Recorrido.

Dispôs que no referido termo, que foi devidamente assinado e anuído pelo Recorrido, existe cláusula que dispõe que o consumidor se responsabilizou por todas as consequências decorrentes de acidentes e danos ocasionados por essa rede particular.

Alegou que o termo de doação de f. 212-213 não possui a assinatura de nenhum dos seus representantes, motivo pelo qual esse negócio jurídico ainda não se aperfeiçoou.

Aduziu que o incidente decorreu da falta de manutenção da rede particular de propriedade do Recorrido e a sua inércia, representada pela falta de conservação dessas estruturas, foi determinante para sua consumação.

Mencionou que andou mal o juízo singelo ao condená-la ao pagamento de indenização por danos materiais, porquanto as pautas fiscais de f. 40-41 não possuem o condão de comprovar a exata abrangência do prejuízo patrimonial que o recorrido alega ter suportado. Sustentou que referidos documentos são imprestáveis como meio de prova, porquanto retratam estimativas genéricas e que não consideram nenhuma característica especifica das reses bovinas que efetivamente morreram em virtude do reclamado incidente.

Salientou que em sendo mantida a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, o valor a ser pago deve levar em consideração a média comercial de uma nelore fêmea de 08 a 10 meses e de 08 a 12 Meses, que atinge o patamar de aproximadamente R$ 959,00 e não R$ 1504,00, como entendeu o magistrado.

Por fim, ressaltou que na hipótese de ser mantida da decisão condenatória, não poderão incidir no valor a ser indenizado os juros moratórios, a correção monetária e Taxa Selic, na medida e que essa última já engloba os dois primeiros acessórios. Prequestionou diversos normativos legais e ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

A parte apelada apresentou contrarrazões recursais (f. 266/272), pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO (EM 28/11/2017)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S.A, em face da sentença proferida nos autos da ação de indenização (feito nº 0812820-83.2015.8.12.0001, da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) que lhe promove Antonio Moraes dos Santos Espólio.

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 decisão quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Codex*.

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 da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Mérito

Da responsabilidade objetiva da concessionária pela linha de transmissão

No caso em apreço, pretende o requerente, ora apelado, indenização, por danos materiais resultantes da morte de três bovinos, na Fazenda Pontal, de sua propriedade, no dia 03.12.2014, em razão de queda de fios de transmissão elétrica da requerida que passam no local.

O réu, por sua vez, alega que a rede de energia que provocou o noticiado evento danoso é de exclusiva propriedade particular do Recorrido, não tendo por isso, responsabilidade sobre o evento danoso.

Entretanto, como bem ressaltou o magistrado de piso em sua sentença a empresa requerida não comprovou que a rede elétrica em questão é particular, senão vejamos:

> *"Foi dada oportunidade para a requerida comprovar a alegação de que ainda se trata de rede particular e indicar a extensão e as áreas atingidas pelas Unidades Consumidoras nº 19950 e 19933 instaladas na fazenda do requerente, mas ela não cumpriu satisfatoriamente tal determinação, limitando-se a instruir os autos com documentos emitidos nos anos de 1988 e 1989 que pouco esclarecem sobre a situação atual do imóvel e as alegações feitas pela requerida.*
>
> *O que se observa é que a requerida apenas alegou e não provou que se trata de rede particular de eletrificação rural, tampouco que não é a responsável pela manutenção e conservação da rede de alta tensão instalada naquela propriedade rural.*
>
> *O requerente comprovou, por sua vez, que o dano ocorreu na Unidade Consumidora nº 19950 e que a requerida recusou-se ao pagamento de indenização pela via administrativa sob o argumento exclusivo de ausência de nexo de causalidade, conforme se vê às f. 42-3.*
>
> *O requerente demonstrou o nexo de causalidade ao provar que a causa da morte dos animais foi a queda de fios de alta tensão em sua propriedade rural.*
>
> *Como a requerida não provou que não é a responsável pela rede de alta tensão e o requerente demonstrou que os animais indicados na inicial morreram por eletrocussão com os fios de alta tensão, constata-se a responsabilidade objetiva da requerida pelo ressarcimento dos prejuízos, " (f. 241/242).*

Não fosse apenas isso, cumpre ressaltar que a responsabilidade ressarcitória da ré é objetiva e decorre do enunciado do artigo 37 § 6º da Constituição Federal e sua legitimidade passiva advém do fato de fornecer energia elétrica para uma linha de transmissão, tida como particular, sem se assegurar de que ela

preenchia todas as condições técnicas indispensáveis para os fins a que se destinava e que vinha recebendo manutenção adequada.

O fato desta rede elétrica se encontrar dentro da propriedade do requerente não afasta a responsabilidade da concessionária de serviço público, responsável pelo fornecimento de energia elétrica na região. Senão vejamos:

> *"REPARAÇÃO DE DANOS - ELETROCUSSÃO DE ANIMAIS POR RUPTURA E QUEDA DE FIO DE ALTA TENSÃO - INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA NA INSTALAÇÃO - SUPOSTA INCIDÊNCIA DE RAIO -HIPÓTESE CASO FORTUITO - INOCORRÊNCIA -CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA -IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA -PARCELA RECLAMADA A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES - EXCLUSÃO.*
>
> *A morte de animais por ruptura e queda de fio de alta tensão, supostamente provocada por incidência de raio, não configura a hipótese de caso fortuito ou de força maior, se o fato teve como concausa a má posição do fio rompido da rede telefônica, colocado acima da rede alta tensão da CEMIG, mediante a inobservância de regra técnica, sem o que a eletrocussão não teria ocorrido, pouco importando que se trate de rede interna de imóvel rural, construída por ordem do proprietário, que deveria ter sido fiscalizada pela prestadora do serviço. (...)". (*TAMG, Apel. Cível nº 341.751-4, Rel. Fernando Bráulio, TAMG, 19.12.01).
>
> *EMENTA-AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAS - QUEDA DE CABO DE ENERGIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - PERÍCIA REALIZADA - DOCUMENTOS SUFICIENTES A FORMAR O CONVENCIMENTO DO JUÍZO - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO ARTIGO 557 DO CPC - RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA - ENERSUL - EXISTÊNCIA DE APÓLICE DE SEGURO - OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA RECONHECIDA - DANOS COMPROVADOS - MORTE DE GADO EM ESTABELECIMENTO RURAL - CONSERVAÇÃO DA REDE DE ENERGIA QUE NÃO COMPETE AO PARTICULAR - IMINENTE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - REDE DOADA POR CLÁUSULA CONTRATUAL - SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS - AGRAVO REGIMENTAL DA SEGURADORA E DA CONCESSIONÁRIA REQUERIDA - RECURSO CONHECIDOS E IMPROVIDOS. Não se configura cerceamento de defesa se há nos autos prova suficiente para formar o convencimento do juízo. O julgamento com base no artigo 557 do CPC é possível de acordo com os ditames constantes no próprio dispositivo. Cumpre à Enersul arcar com manutenção e custos necessários à conservação da rede de energia rural, ainda que implantada por particular e doada ao seu acervo. A pretendida exclusão, por parte da seguradora, do pagamento da indenização de forma regressiva não subsiste, pois existe uma apólice de seguro em que facilmente se verifica a existência de responsabilidade. Tendo sido todas as questões levantadas devida e satisfatoriamente apreciadas, resta dispensável qualquer manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados.* (TJMS. Agravo Regimental nº 0074408-03.2010.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 21/10/2014, p: 31/10/2014)

Assim, deve ser mantida a sentença nesse ponto.

Do *quantum* indenizatório

Para comprovar o fato e o valor de mercado dos bovinos, o autor anexou à f.25 dos autos, o laudo emitido por médico veterinário (Adnelson Vendrame CRMV-MS nº 3976), com menção expressa dos danos

sofridos por três fêmeas da raça nelore e Bhaman, e também dos números de registros junto à Associação Brasileira de Criadores de Zebu. Anexou, ainda, o respectivo registro da ABCZ, fotos dos animais após o incidente e a cotação de animais do mesmo gênero.

Assim, quanto a pretensão de redução do *quantum*, tenho que não assiste razão à apelante. Isso porque, embora tenha alegado, não impugnou em sede de contestação os documentos trazidos pelo autor que comprovam o preço de mercado das reses que perdeu.

Neste sentido a r. sentença foi extremamente elucidativa, nos exatos termos (f. 234/245.):

> *"O requerente atribuiu o prejuízo de R$ 9.126,00 pela morte dos 3 animais com base em valores que constam no site da Secretaria de Fazenda de Mato Grosso do Sul, como se vê às f. 40-1, onde consta o valor de R$ 1.504,00 para "fêmea controlada até 12M gado bovino" e de R$ 3.811,00para "fêmea registrada acima de 36M - gado bovino", o que corresponde aos certificados de registro genealógico de animais de f. 37-9 condizentes com os aqueles indicados no boletim de ocorrência e atestados de óbito de f. 11-4, mostrando-se como prova segura para amparar o pedido inicial.*
>
> *É descabida a alegação da requerida de que a nelore morta com apenas 2 meses de idade não tem valor comercial, sendo que o requerente comprovou satisfatoriamente que tal animal é avaliado em R$ 1.504,00.*
>
> *A requerida deverá indenizar o requerente, portanto, pelo dano material de R$ 9.126,00 com correção monetária pelo IGP-M/FGV a contar do ajuizamento da ação até a data da citação."*

Dessa forma, não merece reparos a sentença de primeiro grau, nesse aspecto.

Da cumulação da Taxa Selic com os juros de mora

De outro lado, a irresignação da apelante quanto a cumulação da Taxa Selic com os juros moratórios fixados na sentença, merece prosperar.

A taxa Selic é um índice que define o piso dos juros no país, sendo estabelecida, a cada quarenta e cinco dias, pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central do Brasil.

É considerada instrumento utilizado no controle da inflação e suas alterações são realizadas de forma unilateral, de modo que sua volubilidade é tamanha que, se aplicada indiscriminadamente, pode acarretar desequilíbrio nas relações contratuais, ocasionando também, insegurança jurídica.

Por isto, o Ministro Gilson DIPP, relator do acórdão proferido no Recurso Especial nº 823.227-SC (2006/0041687-6), esclarece que *"a jurisprudência prevalente no âmbito da Eg. Primeira Seção firmou-se para legitimar a aplicação da taxa SELIC apenas sobre os créditos do contribuinte, em sede de compensação ou restituição de tributos, bem como, por razões de isonomia, sobre os débitos devidos à Fazenda Nacional".*

Assim, conforme determinação do artigo 406 do Código Civil, "*quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".*

Vale ressaltar, ainda, que o julgado do STJ mencionado pelo Magistrado na sentença - EDcl no AgRg no AREsp 109928/SP - realizado sob o rito dos recursos repetitivos, que trata sobre a adoção da taxa

Selic, revela-se inaplicável ao caso concreto, uma vez que não se trata de indenização por danos materiais, mas sim, ressarcimento de valores gastos com o custeio de rede elétrica.

Ainda que assim não fosse, o ordenamento jurídico costumeiramente não adota a taxa Selic para atualização das obrigações civis, o que é feito, inclusive, com base no Enunciado 20 da I Jornada de Direito Civil, a saber:

> *"20. A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável semper que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo CC, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º, da CF, se resultarem juros reais superiores a doze por cento ao ano."*

Assim, deve ser dado provimento ao recurso, estabelecendo-se que os juros de mora devem ser de 1% ao mês, incidentes desde a data da citação, afastando-se a aplicação da taxa selic para a espécie.

Sucumbência recursal

A sentença recorrida considerou a parte demandada, ora apelante, como sucumbente, diante da procedência dos pedidos iniciais e arbitrou os honorários advocatícios em 10% (Dez por cento) do valor da condenação, com fulcro no §2º do art. 85 do CPC (f. 37).

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso merece parcial provimento apenas para afastar a aplicação da Taxa Selic, ou seja, na sua parte mínima, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado do apelado, que, 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 em 2% (dois por cento) do valor atualizado da condenação.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Energisa Mato Grosso do Sul - Distribuidora de Energia S/A, e dou-lhe parcial provimento, para estabelecer que os juros de mora devem ser de 1% ao mês, incidentes desde a data da citação, afastando-se a aplicação da taxa selic para a espécie. Mantém-se o ônus da sucumbência na forma como fixado na sentença de primeiro grau (parágrafo único do art. 86, do CPC/2015).

Por consequência, à luz do que dispõe o §11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor da condenação.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal)

Peço vênia para votar de forma divergente do Voto esposado pelo eminente Relator e dar total provimento ao Apelo.

É que, apesar da manifestação, em parte sibilina, do Apelado, de que a Energisa S.A. faz manutenção em rede rural, o fato é que ela faz manutenção em rede rural que lhe pertence, ou seja, de propriedade da própria concessionária de serviço público.

Contudo, na hipótese dos autos, a rede é particular, mantida pelo proprietário do imóvel e Recorrido (Espólio de Antonio Moraes dos Santos), conforme Termo de Manutenção da Rede a f.139 dos autos, firmado pelo então proprietário do imóvel. Como o caso trata de descarga elétrica por queda de raio, ou seja, fato que nem depende de manutenção da rede, por ser fortuito, não há se falar, também por essa razão, em responsabilidade da concessionária de serviço público.

De qualquer maneira, como já ponderado, a rede elétrica é de propriedade do particular (Apelado), e não da Energisa. No mesmo sentido:

> *EMENTA: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. ENERGIA ELÉTRICA. REDE PARTICULAR, NÃO INCORPORADA AO PATRIMÔNIO DA RGE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA NO CONSERTO DA REDE DANIFICADA. DESPESAS POR CONTA DO PROPRIETÁRIO PARTICULAR.*
>
> *Não há responsabilidade da ré na conservação do transformador instalado na residência do autor quando este não logra comprovar que o mesmo tenha sido incorporado à rede da demandada, mediante doação do equipamento à concessionárias. Inexiste, pois, viabilidade no sentido de se imputar à ré os custos da manutenção e conserto da rede danificada. Tratando-se de rede particular, estes custos devem ser suportados pelo proprietário da rede. Recurso Improvido. (TJRS. Recurso Cível Nº 71003637980. Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal Cível. Relatora: Juíza Marta Borges Ortiz. Publicação: 22.01.2013).*

Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso, e julgar improcedente o pedido inicial.

Por conseguinte, inverto os ônus sucumbenciais, sendo que os honorários advocatícios passam a ter como parâmetro a porcentagem (de 10%) sobre o valor corrigido da causa, já que a condenação não prevalece. Tal fato gera a condenação do Apelado no pagamento de honorários recursais, os quais arbitro em 3% sobre o valor corrigido da causa.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 12-12-17, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Fernando), convocado nos termos do art. 942, §1º do CPC, após o relator e o 1º vogal darem parcial provimento e 2º vogal dar provimento ao recurso.

VOTO (EM 12/12/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º Vogal)

Cuida-se de ação indenizatória na qual o autor pretende o ressarcimento dos danos materiais suportados em virtude da queda de fios de transmissão elétrica que passam sobre sua propriedade rural e que acarretaram na morte de três bovinos.

Em contestação, dentre outras teses, a concessionária do serviço público defendeu ser parte ilegítima para a demanda, já que a rede de energia elétrica é de propriedade particular do autor, não podendo ser responsabilizada por eventuais prejuízos.

Em impugnação, o autor esclareceu que a fazenda possui duas unidades consumidoras distintas, quais seja, UC 19950 e UC 19933, tendo o sinistro ocorrido por conta da última, enquanto que a requerida trouxe aos autos apenas os documentos referentes à primeira. Ainda, que em 2002 as redes elétricas rurais entraram em processo de incorporação à concessionária, sendo dela, portanto, a responsabilidade pela manutenção e conservação da rede.

A sentença concluiu pela responsabilidade da apelante, haja vista a ausência de provas de que se tratava de rede elétrica particular.

A concessionária de energia apelou, defendendo, em apertada síntese, que o projeto de eletrificação rural de nº 001-425, anexado às f. 218-226, comprova que a rede responsável pela energização da UC 19933 é de propriedade exclusiva do autor, não podendo ser condenado a indenizar dano causado por culpa exclusiva daquele.

Analisando os autos, porém, constata-se que ainda no ano de 1989, o autor doou a rede elétrica em questão, em caráter irrevogável, à distribuidora de energia estadual (f. 223). Em que pese não contenha no documento a assinatura de responsável pela companhia de energia, constata-se a inequívoca ciência desta em relação ao termo do qual detinha posse.

Lado outro, como bem pontuado pelo ínclito Relator, a requerida não logrou comprovar que a rede em comento pertencia exclusivamente ao requerido, ônus que lhe competia, a teor do disposto no inciso II do art. 373, do CPC. E mais: ainda que o autor tenha assinado o termo de manutenção da rede, verifica-se do documento de f. 226 que competia à requerida notificá-lo acerca da necessidade de substituições de equipamentos.

Dessa forma, resta evidenciada a responsabilidade da apelante, que por força do disposto no art. 37, §6º, da CF, é objetiva, ou seja, independe de culpa, bastando a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade entre a ação (comissiva ou omissiva) e o dano.

Ademais, assim como a sobrecarga, o rompimento e queda de fios da rede elétrica não podem ser considerados caso fortuito capaz de afastar a responsabilidade. Trata-se, em verdade, de fato previsível, decorrente da ausência da devida fiscalização pela requerida.

No mais, a questão foi muito bem analisada pelo voto condutor e foi amparada no conjunto probatório dos autos e valor de mercado das reses à época dos fatos.

Dito isso, acompanho o douto Relator para dar parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a incidência da taxa Selic, substituindo-a por juros de mora de 1% ao mês, incidentes desde a data da citação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, vencido o 2º vogal, deram parcial provimento ao recurso, 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, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801333-20.2014.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – COMISSÃO PROCESSANTE INTEGRADA POR SERVIDORA EM ESTÁGIO PROBATÓRIO – ILEGALIDADE PATENTE – PREJUÍZO PRESUMIDO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR ANULADO A PARTIR DA PORTARIA DE INSTAURAÇÃO, INCLUINDO-SE A PENA DE DEMISSÃO – EFEITOS REMUNERATÓRIOS ADVINDOS DO VÍCIO FORMAL – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Se a recorrente logrou demonstrar os fundamentos de seu inconformismo, não se há de falar em ausência de dialeticidade, até porque o fato de reafirmar eventual argumento utilizado em petição inicial não tem o condão de retirar a logicidade das razões recursais, mormente quando possibilita ao órgão *ad quem* entender o porquê da irresignação e ao recorrido refutar seu conteúdo.

Encontra assente na jurisprudência pátria a impossibilidade de a comissão processante ser integrada por servidor não estável, seja em estágio probatório, seja detentor de cargo em comissão, de nomeação e exoneração *ad nutum,* cuja estabilidade serve para garantir que o membro não sofra interferência externa na condução do PAD, o que poderia comprometer a imparcialidade na apuração dos fatos e na emissão do relatório, que precede o ato decisório.

Anulada a Portaria de Instauração do PAD, restam nulos todos os atos subsequentes, incluindo-se a pena de demissão aplicada à servidora, o que não prejudica a imediata instauração de novo processo disciplinar, em forma regular, se for o caso.

"*Em se tratando de anulação em decorrência de vício no requisito formal do processo administrativo disciplinar, tem o servidor direito apenas à restituição ao 'status quo ante', o que implica a reintegração ao posto que ocupava à época da demissão, sem que disso decorra eventual direito aos reflexos patrimoniais*" (TJMS; Apelação nº 0004169-11.2010.8.12.0021)

Como consequência, impõe-se inverter os ônus sucumbenciais, com arbitramento de honorários em favor do procurador do requerente (Art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC), os quais devem ser majorados pelo trabalho adicional neste Tribunal (art. 85, §11, CPC).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Marcia Cristina Costamanho, qualificada nos autos da Ação de Nulidade de Ato Administrativo (feito nº 0801333-20.2014.8.12.0012, da 2ª Vara da Comarca de Ivinhema/MS) que promove em face do Município de Ivinhema, também qualificado, inconformada com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível (f. 690-703).

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar improcedentes os pedidos iniciais, tendentes a reconhecer e declarar a existência de nulidades absolutas no processo administrativo disciplinar instaurado em seu desfavor, o qual ensejou sua demissão do cargo público de professora de berçário.

Referiu que a hipótese dos autos não se refere a mérito administrativo, mas sim de típico controle de legalidade de ato decisório da administração, com espeque no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Dispôs que o processo disciplinar contém diversas ilegalidades insanáveis.

Para justificar a proposição, sustentou que houve ilegalidade com relação à formação da Comissão processante, uma vez que não observou o artigo 166 da Lei Complementar Municipal 002/2004 e nem os princípios da hierarquia, isonomia e imparcialidade, já que tal comissão não foi constituída por 3 servidores estáveis, foi secretariada por servidora em estágio probatório, de categoria hierarquicamente inferior e, ainda, presidida e integrada igualmente por servidores de categoria hierarquicamente inferior.

Alegou que as provas testemunhais ouvidas em juízo estão em harmonia com as provas colhidas no PAD, todavia, contrariamente à conclusão do Juízo singular, elas foram unânimes em afirmar que nunca presenciaram nenhuma agressão em relação às crianças da creche, especialmente as crianças relacionadas aos fatos narrados na ocasião da instauração do PAD, razão porque não cabia ao Juízo de Primeiro Grau valorar sua conduta com base em alegações vagas.

Expôs que o fato de possuir eventual conduta reprovável, por si só, não justifica sua demissão e nem a manutenção da sentença, haja vista que a mesma nunca foi advertida formalmente ou informalmente sobre sua conduta profissional e seu modo de agir com as crianças.

Esclareceu que dos 5 anos de contrato temporário e 2 anos de exercício no cargo efetivo nunca sofreu qualquer penalidade, sendo portadora de ficha funcional exemplar, sem mácula, sem advertências ou punição, conforme dessume-se de sua ficha funcional individual.

Mencionou que o julgamento do PAD foi contrário às provas colhidas nos autos do Processo Administrativo e a decisão final foi desproporcional e não razoável.

Aduziu que o PAD não observou o contraditório e ampla defesa em sua integralidade quando da instrução, vez que testemunha foi ouvida sem a presença da investigada ou sua procuradora, não constou da ata que foi oportunizada a reinquirição de testemunha, e não houve a assinatura dos presentes (membros da comissão; testemunha; acusada; advogada).

Sustentou, em suma, que deve ser declarada a nulidade de todo processo administrativo disciplinar, haja vista grave violação da legalidade no que diz respeito a: a) formação da comissão processante; b) violação ao contraditório e ampla defesa; c) violação a proporcionalidade e razoabilidade diante da fragilidade das declarações das testemunhas.

Em vista disso, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, julgar procedente o pedido inicial para declarar a nulidade do PAD e, consequente, ser reconduzida no cargo de professora, condenando-se a Municipalidade nos ônus sucumbenciais.

Intimado, o Município apelado apresentou contrarrazões, suscitando preliminar de não conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade e, no mérito, rebateu os argumentos da parte *ex adversa* e pugnou pelo não provimento do recurso.

Sobre a preliminar suscitada em contrarrazões, a apelante foi intimada e apresentou manifestação (f. 734-736).

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por ex-servidora pública em face do Município, objetivando reformar a sentença que julgou improcedente os pedidos iniciais, tendentes a reconhecer e declarar a existência de nulidades absolutas no processo administrativo disciplinar instaurado em seu desfavor, o qual ensejou sua demissão do cargo público de professora de berçário.

Saliente-se que, embora já tenha entrado em vigor o Novo Código de Processo Civil, certo é que, em razão de a sentença ter sido publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, são as regras desse *codex* que devem ser consideradas neste julgamento.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso.

I. Efeitos legais da apelação

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, é de rigor realçar que ela detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC).

II. Juízo de admissibilidade

II.I**.** Afronta ao princípio da dialeticidade

Consoante relatado, o Município apelado apresentou contrarrazões, suscitando preliminar de não conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade.

O apelado referiu que a recorrente não impugnou os argumentos da sentença, restringindo-se a reiterar as mesmas alegações trazidas na inicial, sem sequer demonstrar, por exemplo, quais os prejuízos que as alegadas nulidades causaram à sua defesa.

A preliminar não comporta acolhimento.

Como é cediço, o recurso interposto pela parte recorrente deve ser dialético, isto é, necessita demonstrar, de forma clara, os fundamentos de fato e de direito de seu inconformismo, atacando indubitavelmente as razões da decisão proferida pelo Juízo singular.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior ensina:

> *"O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão".*[1]

1 *NERY JUNIOR, Nelsonº Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. - 5ª ed. - Revista dos Tribunais, 2000, p. 149.*

In casu, como se constata das razões de apelação apresentadas pela requerente à f. 690-703, esta logrou demonstrar os fundamentos de seu inconformismo, não havendo falar em ausência de dialeticidade.

O fato de reafirmar eventual argumento utilizado em petição inicial não tem o condão de retirar a logicidade das razões recursais, mormente quando possibilita ao órgão *ad quem* entender o porquê da irresignação e ao recorrido refutar seu conteúdo.

Logo, rejeito a preliminar e, uma vez presentes as condições e pressupostos recursais, conheço do recurso e passo ao exame do mérito.

III. Mérito

III.I. Anulação de processo administrativo disciplinar e ato demissório

Como relatado, a apelante sustentou que o pedido inicial deve ser julgado procedente, para declarar a nulidade do processo administrativo disciplinar, bem como o ato de demissão, a fim, por consequência, determinar seu retorno ao cargo efetivo de professora de berçário, com o pagamento de todos os atrasados, corrigidos monetariamente, e outros direitos mais a que tinha direito, caso não houvesse sido ilegalmente excluída do cargo público referido, desde março de 2012.

E assim o fez, porque: a) a hipótese não se refere a mérito administrativo, mas sim a típico controle de legalidade de ato decisório da administração; b) o processo disciplinar contém diversas ilegalidades insanáveis e, por isso, deve ser anulado, mormente porque: b.1) subsiste ilegalidade na formação da Comissão processante, que contrariou o art. 166 da Lei Complementar Municipal 002/2004, os princípios da hierarquia, isonomia e imparcialidade, isto porque tal comissão não foi constituída por 3 servidores estáveis, tendo sido secretariada por servidora em estágio probatório, de categoria hierarquicamente inferior e, ainda, presidida e integrada igualmente por servidores de categoria hierarquicamente inferior; b.2) a eventual conduta reprovável, por si só, não justifica sua demissão, porque nunca foi advertida formalmente ou informalmente sobre sua conduta profissional e seu modo de agir com as crianças; b.3) em 5 anos de contrato temporário e 2 anos de exercício no cargo efetivo nunca sofreu qualquer penalidade, sendo portadora de ficha funcional exemplar, sem mácula, sem advertências ou punição; b.4) o julgamento do PAD foi contrário às provas colhidas nos autos do Processo Administrativo, ocasião em que as testemunhas foram unânimes em afirmar que nunca presenciaram nenhuma agressão em relação às crianças da creche, especialmente as crianças relacionadas aos fatos narrados na ocasião da instauração do PAD, sendo certo que a decisão final foi desproporcional e não razoável; b.5) o PAD não observou o contraditório e ampla defesa em sua integralidade quando da instrução, vez que testemunha foi ouvida sem a presença da investigada ou sua procuradora, não constou da ata que foi oportunizada a reinquirição de testemunha, e não houve a assinatura dos presentes (membros da comissão; testemunha; acusada; advogada).

Sustentou, em suma, que deve ser declarada a nulidade de todo processo administrativo disciplinar, haja vista grave violação da legalidade no que diz respeito a: a) formação da comissão processante; b) violação ao contraditório e ampla defesa; c) violação a proporcionalidade e razoabilidade diante da fragilidade das declarações das testemunhas.

Em vista disso, pediu o conhecimento e provimento do recurso para, em reformando-se a sentença, julgar procedente o pedido inicial para declarar a nulidade do PAD e, consequente, ser reconduzida no cargo de professora, condenando-se a Municipalidade nos ônus sucumbenciais.

Após analisar detidamente os argumentos da apelante em cotejo com as provas dos autos, concluí que, segundo uma lógica de prejudicialidade, a irresignação da requerente merece acolhida, conforme passarei a realçar.

Deixo consignado, desde já, que ao Poder Judiciário evidentemente não é dado imiscuir-se no mérito das decisões administrativas exaradas pelos Poderes Constituídos e seus Órgãos, podendo apenas fazer cessar eventual ilegalidade, cujos vícios são averiguados mediante o cotejo entre o ato concreto e a integralidade do ordenamento jurídico.

É a partir desta perspectiva que passo a examinar os argumentos da apelante.

A primeira proposição que a recorrente apresenta refere-se à pretensa ilegalidade na formação da Comissão processante, a qual teria contrariado o art. 166 da Lei Complementar Municipal 002/2004, bem como os princípios da hierarquia, isonomia e imparcialidade, especialmente porque a comissão não teria sido constituída por 3 servidores estáveis, tendo sido secretariada por servidora em estágio probatório, de categoria hierarquicamente inferior e, ainda, presidida e integrada igualmente por servidores de categoria hierarquicamente inferior.

O art. 166 da Lei Complementar Municipal 002/2004 estabelece a seguinte regra:

> *"Art. 166 - O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de 03 (três) servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 2º do art. 160, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado."*

Pelo que se infere da norma, apenas o presidente deve ser detentor de "*cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado*".

Desta constatação já se evidencia que se apresenta desimportante o nível hierárquico dos demais membros da comissão, à exceção do presidente.

No caso, consta dos autos do processo administrativo que a comissão processante era composta por Ildo Andrade Aquino, Mariel Sassada Ronchesel e Luciano Morisco Rapchan (f. 52).

Percebe-se que, em estrito cumprimento da norma, foi nomeado como presidente da Comissão Processante o Sr. Ildo Andrade Aquino, o qual possui nível de escolaridade igual ao da requerente, conforme certidão de f. 558, perspectiva que, por certo, afasta a alegação de nulidade por tal motivação.

Remanesce, então, a alegação de que a Comissão Processante foi integrada por servidora efetiva em estágio probatório.

Afirma a requerente que tal circunstância torna nulo o Processo Administrativo Disciplinar, "*dispensando comprovação de prejuízo, por se tratar de ato vinculado*" (f. 8).

O Município, por sua vez, sustentou que "*a mera alegação da existência da irregularidade formal não é suficiente para nulificar o processo*" (f. 307) já que nenhum prejuízo adveio à servidora a partir de tal fato.

Ao deliberar sobre tal ponto controvertido, o Juízo singular assim fundamentou: "*Já no tocante a secretária da comissão, apesar de estar em estágio probatório, não foi demonstrado pela autora qualquer prejuízo em decorrência às supostas irregularidades por ela alegada.*" (f. 685).

Em que pese compreensível o esforço no sentido de manter hígido o processo administrativo disciplinar em questão, dada a alegada gravidade dos fatos retratados no procedimento, evidentemente que referido processo padece de vício intransponível.

É que se encontra assente na jurisprudência pátria a impossibilidade de a comissão processante ser integrada por servidor não estável, seja em estágio probatório, seja detentor de cargo em comissão, de nomeação e exoneração *ad nutum*.

E assim o é, porque a estabilidade serve para garantir que o membro não sofra interferência externa na condução do PAD, o que poderia comprometer a imparcialidade na apuração dos fatos e na emissão do relatório, que precede o ato decisório.

A propósito, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO PROCESSANTE INTEGRADA POR SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO NO CARGO DE AUDITOR FISCAL. ARTS. 149 E 150 DA LEI 8.112/90. GARANTIA AO INVESTIGADO E AOS MEMBROS DA COMISSÃO QUE, SENDO ESTÁVEIS NO CARGO, PODEM ATUAR INDEPENDENTE E IMPARCIALMENTE. NULIDADE ABSOLUTA VERIFICADA. PREJUÍZO PRESUMIDO PARA A DEFESA DO IMPETRANTE. SEGURANÇA CONCEDIDA NOS TERMOS DO PARECER DO MPF.*
>
> *1. Preliminarmente, tendo em vista que o processo encontra-se pronto para análise de mérito, recebidas as informações da autoridade coatora e juntado o parecer ministerial, julgo prejudicado o Agravo Regimental interposto por GUSTAVO FREIRE, passando à análise do mérito do Mandado de Segurança.*
>
> *2. A teor do art. 149 da Lei 8.112/90, o Processo Administrativo Disciplinar será conduzido por Comissão Processante composta de três Servidores estáveis designados pela Autoridade competente. Respeitadas as posições em contrário, a melhor exegese desse dispositivo repousa na afirmação de que todos os Servidores dessa CP devem ser estáveis nos cargos que ocupam, ou seja, não se encontrem cumprindo estágio probatório no momento em que indicados para a composição da Comissão Processante.*
>
> *3. No caso dos autos, restou evidenciado que um dos membros da Comissão Processante encontrava-se em estágio probatório no cargo de Auditor Fiscal da RFB, do que resulta a nulidade absoluta dos atos praticados pela CP, com a participação desse Servidor, e dos que o tem por suporte.*
>
> *4. Não se mostra razoável que a Administração designe Servidor não estável no cargo para integrar Comissão de PAD, gerando o risco de não ser reconhecida a suficiência da estabilidade no Serviço Público, capaz de pôr a pique o relevante e indispensável trabalho técnico da Comissão Processante.*
>
> *5. No caso específico dos autos, nem mesmo estabilidade no serviço público o servidor possuía, uma vez que antes de sua nomeação para Auditor era Oficial das Forças Armadas. Nesses casos, o art. 142, § 3o., II da Constituição Federal determina que o militar, ao tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, seja transferido para a reserva, não havendo previsão de recondução em caso de reprovação no estágio probatório.*
>
> *6. Assim, se reprovado no estágio probatório o Servidor seria simplesmente exonerado, não teria outro cargo no serviço público para o qual pudesse retornar ou ser reconduzido, o que afasta a alegada estabilidade no serviço público, na hipótese em exame.*
>
> *7. Quando a Administração desempenha função de natureza materialmente jurisdicional, tem de atuar segundo as regras regentes do processo judicial, inclusive no que diz respeito à composição da Comissão Processante, por respeitar a garantia do Juiz Natural.*

> *8. Está aqui comprovado que o Servidor não estável participou da instrução do Processo Administrativo, o que impõe a aplicação da sanção de nulidade absoluta ao referido ato, que acusa de forma notória e categórica os prejuízos causados ao investigado. Referida nulidade alcança, ainda, os atos que foram praticados com fundamento naqueles em que o Servidor não estável interveio, tal como apregoa a teoria dos frutos da árvore envenenada.*
>
> *9. Reitera-se, por sua oportunidade, que a repressão aos atos ilícitos, onde quer que ocorram, deve ser executada com determinação e eficiência, mas não se pode admitir que, a pretexto de sancionar ilicitudes, se pratique o desprezo pelas garantias processuais das pessoas.*
>
> *10. Segurança concedida, em consonância com o parecer ministerial, para que sejam anulados o PAD 10108.000238/2006-94 e a pena de demissão aplicada ao Servidor, devendo o impetrante ser reintegrado no cargo de Auditor Fiscal da RFB, sem prejuízo da instauração de novo processo, em forma regular, se for o caso."* (AgRg no AgRg no MS 20.689/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 05/03/2015)

No mesmo sentido, outro não é o entendimento deste Tribunal, consoante se dessume do seguinte arresto:

> *"APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - COMISSÃO PROCESSANTE FORMADA POR SERVIDORES NÃO ESTÁVEIS (DEMISSÍVEIS "AD NUTUM") - NULIDADE - EFEITOS PATRIMONIAIS - PROCESSO ADMINISTRATIVO ANULADO POR VÍCIO FORMAL E NÃO SUBSTANCIAL - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1.O "Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Selvíria" (Lei 157 de 22 de outubro de 1990) exige, em seu artigo 192, as qualidades de efetivos e estáveis dos membros das Comissões de Processo Administrativo Disciplinar. A não observância de tais requisitos acarreta a nulidade do respectivo processo administrativo disciplinar. 2.Em se tratando de anulação em decorrência de vício no requisito formal do processo administrativo disciplinar, tem o servidor direito apenas à restituição ao "status quo ante", o que implica a reintegração ao posto que ocupava à época da demissão, sem que disso decorra eventual direito aos reflexos patrimoniais."* (TJMS. Apelação nº 0004169-11.2010.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 26/02/2013, p: 13/03/2013)

Seguindo esta intelecção, ao que se infere da Portaria nº 156, de 14 de outubro de 2011 (f. 340-341), o Prefeito Municipal nomeou para a integrar a Comissão Processante a Sra. Mariel Sassada Ronchesel, a qual havia tomado posse no cargo de "Recepcionista" em 27.05.2010 (f. 67), a demonstrar que, quando da designação, encontrava-se a servidora em estágio probatório.

Se assim o é, evidentemente que todos os atos subsequentes à Portaria de Instauração do PAD encontram-se eivados de nulidade absoluta, com prejuízo presumido, devendo ser anulado o processo disciplinar em questão desde a referida Portaria, incluindo-se a pena de demissão aplicada à servidora, perspectiva que, entretanto, não prejudica a imediata instauração de novo processo disciplinar, em forma regular, se for o caso.

Ademais, seguindo a esteira de entendimento firmado nesta 3ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação nº 0004169-11.2010.8.12.0021, "*Em se tratando de anulação em decorrência de vício no requisito formal do processo administrativo disciplinar, tem o servidor direito apenas à restituição ao 'status quo ante', o que implica a reintegração ao posto que ocupava à época da demissão, sem que disso decorra eventual direito aos reflexos patrimoniais*".

Vale dizer, deverá a servidora ser reintegrada no quadro de pessoal do Município, após o trânsito em julgado desta decisão, passando a perceber somente a partir de então os vencimentos respectivos.

Saliente-se, outrossim, que observada a alegada gravidade dos fatos retratados no processo administrativo disciplinar, que envolve supostos maus tratos a crianças de berçário, poderá a autoridade municipal, ao seu prudente arbítrio, emitir nova Portaria de Instauração do PAD, inclusive com a medida de cautela de afastamento, prevista no art. 164[2] do Estatuto dos Servidores, tudo para preservar o interesse público envolvido no caso.

Diante deste desiderato, resta prejudicada a análise das demais matérias devolvidas ao conhecimento deste Tribunal.

III.II. Inversão dos ônus sucumbenciais

Como consequência deste julgamento, inverto os ônus sucumbenciais, a fim de condenar o Município ao pagamento de honorários advocatícios em favor do procurador da requerente, os quais fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), pelo trabalho desenvolvido na origem, o que faço observando-se os parâmetros do art. 85, §§2º e 8º, do CPC/2015. Fica o município isento das despesas processais, na forma do art. 24, I, do Regimento de Custas Judiciais deste Estado (Lei nº 3.779/2009).

IV. Sucumbência recursal

A sucumbência recursal é um dos novos institutos concebidos pelo vigente CPC, que, expressamente, dispõe:

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

O parágrafo acima transcrito encontra-se em sintonia com o art. 85, § 1º do mesmo *Codex*, que diz que "são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente". Destaquei.

Ao comentar referido instituto, José Miguel Garcia Medina esclarece que a condenação ao pagamento de honorários independe de pedido. "*A condenação ao pagamento de verba honorária deve ser fixada ex officio pelo juiz: A determinação constante do art. 20 [do CPC/1973, correspondente ao art. 85, § 17 do CPC/2015], para que o órgão judicial fixe a sucumbência devida pela parte vencida, importa em que deve fazê-la de ofício, sem necessidade de provocação"* (STJ, REsp 237.449/SP, 4ª T., rel. Minº Aldir Passarinho Junior). (Medina, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 / José Miguel Garcia Medina. – 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 186).

2 Art. 164 – Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único – O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Assim, infere-se que ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca remunerar o profissional da advocacia pelo trabalho adicional realizado em sede recursal.

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso foi provido, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado da parte apelante nesta fase recursal.

Diante da ausência de condenação ou, ainda, proveito econômico de qualquer das partes, e tendo em vista que o valor da causa é ínfimo, impõe-se arbitrar os honorários recursais por equidade, na forma do art. 85, §8º, do CPC.

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, para a fase recursal, em R$ 500,00 (quinhentos reais), cujo importe deve ser arcado pelo Município apelado juntamente com o valor fixado anteriormente, encerrando honorários globais na ordem de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Dispositivo final

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade, suscitada em contrarrazões para conhecer do recurso de apelação interposto por Marcia Cristina Costamanho e dar-lhe provimento, a fim de, em reformando-se a sentença proferida na origem, julgar procedente o pedido inicial, a fim de anular a Portaria nº 156, de 14 de outubro de 2011 (f. 340-341), emitida pelo Prefeito Municipal, assim como todos os atos subsequentes à referida Portaria de Instauração do PAD, que se encontram eivados de nulidade absoluta, com prejuízo presumido, incluindo-se a pena de demissão aplicada à servidora, sem prejuízo da imediata instauração de novo processo disciplinar, em forma regular, se for o caso.

Deverá a servidora ser reintegrada no quadro de pessoal do Município, após o trânsito em julgado desta decisão, passando a perceber somente a partir de então os vencimentos respectivos.

Observada a alegada gravidade dos fatos retratados no processo administrativo disciplinar, que envolve supostos maus tratos a crianças de berçário, poderá a autoridade municipal, ao seu prudente arbítrio, emitir nova Portaria de Instauração do PAD, inclusive com a medida de cautela de afastamento, prevista no art. 164[3] do Estatuto dos Servidores, tudo para preservar o interesse público envolvido no caso.

Diante deste desiderato, resta prejudicada a análise das demais matérias devolvidas ao conhecimento deste Tribunal.

Como consequência, inverto os ônus sucumbenciais, a fim de condenar o Município ao pagamento de honorários advocatícios em favor do procurador da requerente, os quais fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), pelo trabalho desenvolvido na origem, o que faço observando-se os parâmetros do art. 85, §§2º e 8º, do CPC/2015. Fica o município isento das despesas processais, na forma do art. 24, I, do Regimento de Custas Judiciais deste Estado (Lei nº 3.779/2009).

Por consequência, à luz do que dispõe o §11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o Município apelado ao pagamento de honorários advocatícios, para a fase recursal, que arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), cujo importe deve ser arcado pelo requerido juntamente com o valor fixado anteriormente, encerrando honorários globais na ordem de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

3 **Art. 164** – Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração. Parágrafo único – O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e deram provimento ao recurso, 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, 23 de janeiro de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0828846-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONCURSO PARA POLICIAL CIVIL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DEFESA – CONFUNDE COM O MÉRITO – NÃO CONHECIDA – MÉRITO – EXAME PSICOTÉCNICO – PREVISÃO NO EDITAL E NA LEGISLAÇÃO – NORMAS QUE AUTORIZAM A EXIGÊNCIA DO TESTE – NÃO COMPROVADA ARBITRARIEDADE – CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DA APTIDÃO MENTAL EXPLICITADAS NO EDITAL – OBJETIVIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A realização da perícia judicial não influi na conclusão da demanda, uma vez que as provas constantes dos autos indicam a regularidade da avaliação psicológica.

Constando do edital que o exame psicotécnico será uma das fases do concurso, nenhuma ilegalidade há na exigência, mesmo porque previsto na Lei Estadual nº 114/2005. Não há se falar em análise subjetiva quando o edital discrimina as características do perfil profissiográfico que serão avaliadas e os critérios a serem utilizados.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Mônica Rosiley Barbosa Leite, nos autos de obrigação de fazer, nº 0828846-93.2014.8.12.0001, em que contende com o Estado de Mato Grosso do Sul, oferece recurso de Apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – inscreveu-se para o Concurso Público de Provas e Títulos da Carreira da Polícia Civil/PCMS/2013, destinado ao provimento de cargos do Quadro de Pessoal da Secretaria do Estado de Justiça e Segurança Pública, Edital nº 1/2013-SAD/SEJUSP/PCMS, publicado em 02/09/13, concorrendo para o cargo de Agente de Polícia Judiciária, Função Investigador de Polícia, tendo obtido aprovação na prova escrita objetiva e prova de títulos;

2 – tendo sido posteriormente convocada para a terceira fase (exame psicotécnico), para sua surpresa, foi considerada inapta pela comissão avaliadora;

3 – durante a fase de especificação de provas foi requerida produção de perícia, pedido no qual foi reiterado às p. 289-290, todavia, a sentença julgou totalmente improcedente os pedidos sob a alegação de que caso fosse aplicado novo exame psicológico e/ou aceito aquele apresentado por Psicóloga Particular violaria os Princípios da Isonomia, da Lealdade e da Moralidade;

4 – o julgado merece ser anulado, pois tal medida cerceou o direito de ampla defesa e do devido processo legal, tendo em conta que sem o deferimento da perícia não havia qualquer possibilidade de ocorrer o julgamento do mérito, para confirmação de sua aptidão e os fatos alegados na inicial não se incluíam no rol taxativo do artigo 374 do CPC, os quais não dependem de prova;

5 – manifestou-se no momento processual oportuno pugnando pela produção de todas as provas admitidas, inclusive a pericial, para comprovar sua aptidão para ser admitida no cargo almejado no certame público ao qual estava concorrendo;

6 – arguir o fato de que *"os critérios utilizados pela banca examinadora para avaliar a candidata não podem ser revistos pelo Poder Judiciário"* cai por terra, uma vez que para o mesmo cargo, do mesmo certame, outras candidatas ajuizaram ações nas quais o Poder Judiciário determinou a realização de nome exame psicológico (Mandado de Segurança - nº 1403256-68.2014.8.12.0000);

7 – em não acolhendo a nulidade, proceda a reforma da sentença, uma vez que a avaliação psicológica possui caráter discricionário e ainda estando baseada e limitada pelos critérios objetivos mencionados no edital, o avaliador possui a liberdade de submeter às repostas ofertadas a um grau de análise e julgamento;

8 – mesmo contestados, mediante recurso administrativo, fora fornecido apenas o laudo mencionando os parâmetros atingidos, sem evidenciar o real motivo dessas conclusões e enquadramentos, ou seja, a motivação;

9 – já atua no serviço público estadual - Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, na função de Auxiliar Judiciário I (p. 23) o que demonstra plena aptidão para serviço em cargo público com acesso mediante concurso;

10 – a matéria exige prequestionamento da Súmula 211 do STJ e 282 do STF, bem como acerca da violação ao artigo 369 da Lei n°. 13.105/2015 (CPC); artigo 50 da Lei Federal n°. 9.784/1999, bem como ao artigo 5º incisos LIV e LV e artigo 37 ambos da Constituição Federal.

Requer, desta feita, o conhecimento e o provimento do presente feita, a fim de anular a sentença por cerceamento de defesa e, assim não sendo, a sua reforma (p. 332-346).

O recurso foi respondido batendo-se a parte recorrida pelo não provimento do mesmo (p 379-396).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Mônica Rosiley Barbosa Leite, nos autos de obrigação de fazer, nº 0828846-93.2014.8.12.0001, em que contende com o Estado de Mato Grosso do Sul, oferece recurso de Apelação.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012, do Código de Processo Civil.

Conforme se verifica do presente recurso, a recorrente ajuizou a ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, alegando, em resumo, que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos da Carreira da Polícia Civil/PCMS/2013, concorrendo para o cargo de Agente de Polícia Judiciária, sendo aprovada na prova escrita objetiva e na prova de títulos. Todavia, não obteve êxito no exame psicotécnico, sendo eliminada do certame.

Cerceamento de defesa

Insiste que durante a fase de especificação de provas foi requerida produção de perícia, pedido no qual foi reiterado às p. 289-290, todavia, a sentença julgou totalmente improcedente os pedidos sob a alegação de que caso fosse aplicado novo exame psicológico e/ou aceito aquele apresentado por Psicóloga Particular violaria os Princípios da Isonomia, da Lealdade e da Moralidade, tendo manifestado no momento processual oportuno pugnando pela produção de todas as provas admitidas, inclusive a pericial, para comprovar sua aptidão para ser admitida no cargo almejado no certame público ao qual estava concorrendo.

Ressalta a necessidade de anulação do julgado, pois tal medida cerceou o direito de ampla defesa e do devido processo legal, tendo em conta que sem o deferimento da perícia não havia qualquer possibilidade de ocorrer o julgamento do mérito, para confirmação de sua aptidão e os fatos alegados na inicial não se incluíam no rol taxativo do artigo 374 do CPC, os quais não dependem de prova. Compreende, também que arguir o fato de que *"os critérios utilizados pela banca examinadora para avaliar a candidata não podem ser revistos pelo Poder Judiciário"* cai por terra, uma vez que para o mesmo cargo, do mesmo certame, outras candidatas ajuizaram ações nas quais o Poder Judiciário determinou a realização de nome exame psicológico (Mandado de Segurança - nº 1403256-68.2014.8.12.0000);

Assim, embora a banca examinadora a tenha considerado inapta, pretende a reavaliação psicológica e participação nas demais fases do certame, para que, uma vez aprovada, possa nutrir a expectativa de ingressar no serviço público no cargo para o qual concorre.

Como é cediço, o cerceamento do direito de defesa consiste na *"diminuição ou supressão de direitos ou garantias legais do acusado, tirando-lhe ou dificultando-lhe a defesa"* (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 664).

De outro vértice, o art. 370, do CPC, estabelece que o juiz é o destinatário das provas, de modo que cabe a ele a instrução do processo e, em razão dessa função, o indeferimento de diligências inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias.

Destarte, incumbe ao magistrado, no intuito de formar o seu livre convencimento, decidir sobre a necessidade de produção de provas. Vale dizer, o livre convencimento motivado do julgador, aliado ao seu poder de direção e de instrução, autorizam-no a dispensar a dilação probatória.

O Superior Tribunal de Justiça, como se verá adiante, firmou o entendimento de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida a três pressupostos necessários: previsão legal, objetividade dos critérios adotados e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato[1].

Deste modo, verifica-se inexistir a obrigatoriedade de novo exame psicotécnico caso os requisitos acima sejam preenchidos, ou seja, a preliminar suscitada confunde-se com o mérito, sendo a analise daquele excludente da produção da prova pretendida.

1 *AgRg no REsp 1373204/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013.*

O fato de existirem outras demandas em que foram efetuadas perícia psicotécnica em nada determina a convicção do julgador, se por outro raciocínio se obtém conclusão sedimenta e que dispensa a produção de perícia. A título de exemplo aponto a Apelação Cível nº 0801967-95.2014.8.12.0018, em que o Relator compreendeu em consonância com a perícia realizada, e o Mandado de Segurança de nº 1411456-93.2016.8.12.0000, em que restou acolhida a inadequação da via eleita por ausência de prova pré-constituída.

Porém, prosseguindo sob o enfoque da Corte Superior, o qual adota como forma de decidir, desnecessária a realização de laudo por expert e até mesmo sendo possível a, quando preenchidos os requisitos necessário, senão vejamos:

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. OFENSA AO ART. 535 NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 22, § 4º, DA LEI 8.666/1993. SÚMULA 211/STJ. EXAME PSICOTÉCNICO. LEGALIDADE RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO COM BASE NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS E NA ANÁLISE DE CLAUSULAS DO EDITAL DO CERTAME. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. 1. Não se configura a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Também não assiste melhor sorte à agravante, no que tange à arguição de afronta ao art. 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o aresto impugnado se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. 2. Observo que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor sobre as questões jurídicas levantadas em torno do art. 22, §4º, da Lei 8.666/1993. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. Ademais esclareço que o dispositivo de lei supracitado refere-se à modalidade de licitação denominada concurso, que não se confunde com concurso público para provimento de cargos na administração pública, não guardando assim pertinência com o caso dos autos. 3.* ***O STJ firmou o entendimento de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida a três pressupostos necessários: previsão legal, objetividade dos critérios adotados e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.*** *A ora agravante defende que foi afrontado seu direito de recorrer da decisão que a considerou inapta para exercer as funções do cargo de médico legista do Instituto Geral de Perícias do Estado de Santa Catarina. 4. O Tribunal a quo, com base no acervo fático-probatório dos autos, assim como na análise dos itens constantes no edital, consignou que o referido instrumento "previa expressamente a possibilidade de recurso quanto ao resultado negativo no exame psicotécnico (item 15.1, h, f. 74). Não há, portanto, como dizer que houve, no particular, ofensa, ao devido processo 1egal" (f. 329, e-STJ). Assim, alterar tal conclusão esbarra nos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido.* (AgRg no REsp 1373204/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013) Destaque

Portanto, a matéria confunde-se com o mérito e deverá ser enfrentada em conjunto no próximo tópico, tendo em conta que a realização da perícia judicial não influi na conclusão da demanda, uma vez que as provas constantes dos autos indicam a regularidade da avaliação psicológica.

Mérito

A autora destaca a pretensão da reforma da sentença, uma vez que a avaliação psicológica possui caráter discricionário e ainda estando baseada e limitada pelos critérios objetivos mencionados no edital, o avaliador possui a liberdade de submeter às repostas ofertadas a um grau de análise e julgamento.

Informa que mesmo contestados, mediante recurso administrativo, fora fornecido apenas o laudo mencionando os parâmetros atingidos, sem evidenciar o real motivo dessas conclusões e enquadramentos,

ou seja, a motivação e apontar atuar no serviço público estadual - Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, na função de Auxiliar Judiciário I (p. 23) o que demonstra plena aptidão para serviço em cargo público com acesso mediante concurso.

No caso em tela, conquanto tenha a autora acostado ao caderno processual laudo psicológico que a considera apta para a função a que se candidata (p. 76-81), é certo que tal elemento não é suficiente, porquanto não é o bastante para desconsiderar o resultado apresentado pela comissão examinadora, até porque, não há nenhuma ilegalidade na realização do exame psicotécnico ao qual fora submetida à recorrente, pois havia previsão no edital de sua aplicação, era possível a interposição de recursos administrativo e, ainda, os critérios para referido exame também estavam definidos nas regras do concurso, conforme se verifica do item X, do Edital nº 1/2013 – SAD/SEJUSP/PCMS (p. 28-30).

E mais, não obstante tenha a decisão do STJ no sentido de que o exame psicológico não pode ir além de avaliar o estado mental do candidato, o posicionamento dominante naquela Corte não retira o caráter eliminatório desta avaliação, considerando-a legítima *"desde que (i) haja previsão legal e editalícia para tanto, (ii) os critérios adotados para a avaliação sejam objetivos e (iii) caiba a interposição de recurso contra o resultado, que deve ser, pois, público"* (AgRg no REsp 1352848/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 18/03/2013).

Registra-se, ainda:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. EXAME PSICOLÓGICO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ILEGALIDADE. 1. "O prazo decadencial do mandado de segurança inicia-se com o ato administrativo que determina a eliminação do candidato do certame, momento em que a regra editalícia passa a afetar seu direito subjetivo, legitimando-o para a impetração. Precedentes, inclusive da Corte Especial"* (RMS 32.216/AM, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 21/05/2013). *2. O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento de que "a realização de exames psicotécnicos em concursos públicos é legítima, desde que (i) haja previsão legal e editalícia para tanto, (ii) os critérios adotados para a avaliação sejam objetivos e (iii) caiba a interposição de recurso contra o resultado, que deve ser, pois, público" (AgRg no REsp 1352848/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 18/03/2013). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no RMS 29.879/RO, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 29/11/2013)

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA. REQUISITOS OBJETIVOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. É legítima a realização de exame psicotécnico em concurso público desde que observados os seguintes requisitos: (i) previsão em lei e no edital; (ii) objetividade dos critérios adotados; e (iii) possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.*(**TJMS**. Apelação nº 0804372-58.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 21/03/2017, p: 30/03/2017) Destaque

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO LIMINAR – CONCURSO PARA POLICIAL MILITAR – PRELIMINAR DE OFENSA À COISA JULGADA ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES – NÃO CONHECIDA – MATÉRIA PRECLUSA – MÉRITO – EXAME PSICOTÉCNICO – PREVISÃO NO EDITAL E NA LEGISLAÇÃO – NORMAS QUE AUTORIZAM A EXIGÊNCIA DO TESTE – NÃO COMPROVADA ARBITRARIEDADE – CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DA APTIDÃO MENTAL EXPLICITADAS NO EDITAL – OBJETIVIDADE – RESULTADO REVISÁVEL*

> *ADMINISTRATIVAMENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Constando do edital que o exame psicotécnico será uma das fases do concurso, nenhuma ilegalidade há na exigência, mesmo porque previsto na Lei Estadual nº 166/80. Não há se falar em análise subjetiva quando o edital discrimina as características do perfil profissiográfico que serão avaliadas e os critérios a serem utilizados.* (TJMS. Apelação nº 0052490-40.2010.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 19/04/2017, p: 20/04/2017)

Isso porque, ainda que tanto o Edital nº 1/2013 - SAD/SEJUSP/PCMS, como a Lei Complementar nº 114, de 19 de dezembro de 2005, que dispõe sobre a organização institucional e as carreiras da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem a previsão do exame de aptidão mental no concurso público. Logo, a exigência do dito exame está em total sintonia com jurisprudência pátria.

Nos artigos 47, inciso III, e 52, *caput*, ambos da Lei Estadual supramencionada, tratou-se especificamente de disciplinar a habilitação dos candidatos aos cargos da carreira. Confira-se:

> *Art. 47. A habilitação de candidatos aos cargos das carreiras da Polícia Civil, será precedida de concurso público, por meio das seguintes fases, conforme determinar o edital:*
>
> *I - provas escritas, práticas e ou orais;*
>
> *II - títulos, específicos para carreira a qual concorre o candidato;*
>
> *III - avaliação psicológica;*
>
> *IV - avaliação médico-odontológica; (alterado pela Lei Complementar nº 171, de 2013.)*
>
> *V - avaliação de aptidão física; (alterado pela Lei Complementar nº 171, de 2013.) (Declarado parcialmente inconstitucional pela Arguição de Inconstitucionalidade nº 1408861-92.2014.8.12.0000/50001 - Tribunal de Justiça – DJMS, de 19.1.2015, pág. 7.)*
>
> *VI - investigação social; (alterado pela Lei Complementar nº 171, de 2013.)*
>
> *VII – Revogado pelo art. 3º da Lei Complementar nº 186, de 2014.*
>
> *VIII - curso de formação policial. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei Complementar nº 229, de 10.11.2016 – DOMS, de 11.11.2016.)*
>
> *Parágrafo único. Os requisitos para aprovação em cada uma das fases descritas neste artigo, as modalidades das provas, seus conteúdos e forma de avaliação serão estabelecidos em edital de concurso público, de acordo com as exigências definidas nesta Lei Complementar.*
>
> *Art. 52. A avaliação psicológica, de caráter eliminatório, visa a aferir, tecnicamente, por meio de testes e técnicas em diversos planos que irão revelar dados, se o candidato possui os requisitos e a capacidade mental e psicomotora específicos para o exercício das atribuições do cargo ou função a que estiver concorrendo.*

Portanto, não é possível afirmar que a exigência do exame psicotécnico no Edital nº 1/2013 - SAD/SEJUSP/PCMS, para o concurso público destinado a provimento de cargos do Quadro de Pessoal da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública seja ilegal. Ao contrário, como já visto, há expressa previsão legal admitindo a sua exigência.

Deste modo, a estipulação no certame quanto à aplicação do referido exame coaduna-se com o entendimento jurisprudencial, em especial, à Súmula nº 686, do STF, que definiu: *"Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público."*

Também não se pode olvidar que é legítima a aferição das condições psíquicas do candidato ao cargo público através do exame psicotécnico, desde que previsto, repita-se, na lei de regência da carreira, e que haja a possibilidade de reexame do candidato através de recurso administrativo.

Ademais, é necessário que o exame psicotécnico esteja fundado em critérios científicos objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, permitindo ao aspirante do cargo público conhecer com antecedência o perfil e as condições psicológicas necessárias para o exercício da função almejada, bem assim para poder confrontar o resultado apresentado pelos examinadores com as exigências editalícias, a fim de evitar qualquer subjetivismo que vulnere o princípio da impessoalidade e da legalidade.

Compulsando os autos, verifica-se, que desde a divulgação do Edital de abertura do certame em questão, os candidatos sabiam da referida etapa e teriam de realizar prova de aptidão mental, de caráter eliminatório, conforme item X do edital e, segundo demonstra a autora, a mesma logrou aprovação na prova escrita objetiva, sendo considerado inapta no exame psicotécnico.

Consta ainda no Edital que o exame de aptidão mental teria caráter eliminatório, auxiliar na seleção de candidatos, mensurando, de forma objetiva e padronizada, identificando e quantificando escores, características e habilidades psicológicas do candidato para exercer as funções do cargo de Agente de Polícia Judiciária, Função Investigador de Polícia, de acordo com o perfil estabelecido, através do emprego de um conjunto de instrumento e técnicas científicas que favoreçam um prognóstico a respeito do desempenho, adaptação e adequação ao cargo proposto, bem como no que diz respeito ao porte e uso de armas de fogo, senão vejamos:

> *"(...) X. 3ª fase: da avaliação psicológica (exame psicotécnico):*
>
> *10.1 - Serão convocados para a realização do Exame Psicotécnico os candidatos relacionados na Classificação Preliminar, mediante edital próprio a ser publicado no Diário Oficial do Estado - DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br, observando, rigorosamente, a ordem de classificação.*
>
> *10.1.1 - A Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) será realizada em Campo Grande/MS, em data, local e horário a serem divulgados em edital próprio, publicado no Diário Oficial do Estado - DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br.*
>
> *10.1.2 - Constarão do edital de convocação os critérios de avaliação e informações complementares.*
>
> *10.1.3 - O candidato deverá apresentar-se para a Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) com antecedência mínima de 30 (trinta) minutos do horário marcado para o seu início, munido do documento oficial de identidade utilizado na sua inscrição.*
>
> *10.2 - A Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico), de caráter eliminatório, objetiva mensurar de forma objetiva e padronizada, identificando e quantificando escores, características e habilidades psicológicas do candidato para exercer as funções do cargo de Delegado de Policia, de acordo com o perfil estabelecido, através do emprego de um conjunto de instrumentos e técnicas científicas que favoreçam um prognóstico a respeito do desempenho, adaptação e adequação ao cargo proposto, bem como no que diz respeito*

ao porte e uso de armas de fogo.

10.3 - Na Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) serão utilizados testes psicológicos como medidas psicométricas para avaliar habilidades específicas (aptidões variadas como: atenção, memória, percepção, etc.) e inteligência geral, bem como características de estrutura de personalidade, que são indicadores que permitem ao psicólogo avaliar objetivamente, em termos de probabilidade, o potencial latente apresentado pelo candidato, naquele momento da avaliação, sua capacidade para solução de problemas, além de verificar se ele demonstra traços de personalidade, condições de equilí- brio e ajuste psicossocial adequados ao desempenho das atividades de policiamento desenvolvidas pela Polícia Civil, subsidiando assim a decisão dos profissionais na indicação, ou não, para o ingresso em cargo de Delegado de Polícia.

10.4 - A Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) será feita através de aplicação coletiva da bateria de testes psicológicos por um ou mais psicólogos.

10.4.1 - O candidato que não comparecer na data e horário determinados ou não demonstrar o perfil profissiográfico estabelecido será eliminado do Concurso Público de Provas e Títulos/DP/PCMS/2013.

10.5 - A Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) será realizada por profissionais de instituições ou empresas especializadas, credenciados especificamente para esse fim, sendo que as despesas correrão às expensas do candidato.

10.6 - Os instrumentos utilizados para avaliar o perfil psicológico do candidato, a fim de verificar sua capacidade de adaptação e seu potencial de desempenho positivo, serão definidos segundo os critérios objetivos e os parâmetros estabelecidos pela definição do perfil psicológico, por meio das seguintes características:

a) controle emocional: habilidade do candidato para reconhecer as próprias emoções, diante de um estímulo qualquer, antes que elas interfiram em seu comportamento, controlando-as, a fim de que sejam manifestadas de maneira adequada no meio em que estiver inserido, devendo o candidato adaptar-se às exigências ambientais, mantendo intacta a capacidade de raciocínio e ser capaz de enfrentar situações adversas tendo como controle dos sentimentos e das reações.

b) ansiedade: aceleração das funções orgânicas, causando agitação emocional que possa afetar a capacidade cognitiva do candidato, devido à antecipação de consequências futuras. A preocupação antecipada leva a um estado de preparação física e psicológica para defender a incolumidade pessoal contra uma possível adversidade, o que deixa o indivíduo em constante estado de alerta (fase 1 do ciclo de estresse).

c) impulsividade: falta de capacidade para governar as próprias emoções, caracterizando-se pela surpresa às reações e pela tendência em reagir de forma involuntária, inesperada, intensa e brusca diante de um estímulo interno ou externo sem a possibilidade de haver prévio raciocínio sobre o fator motivante do ato impulsionado;

d) domínio psicomotor: habilidade cinestésica por meio da qual o corpo movimentase com eficiência, atendendo com presteza às solicitações psíquicas e/ou emocionais;

e) autoconfiança: atitude de autodomínio do candidato, presença de espírito e confiança nos próprios recursos, estabelecendo contatos de forma resoluta e decidida. Capacidade de reconhecer suas características pessoais dominantes e acreditar em si mesmo;

f) resistência à frustração: habilidade do candidato em manter suas atividades em bom nível qualitativo e quantitativo, quando privado da satisfação de uma necessidade pessoal, em uma dada situação de trabalho ou particular;

g) potencial de desenvolvimento cognitivo: grau de inteligência geral (fator G), dentro de faixa mediana padronizada para a análise, aliado à receptividade para incorporar novos conhecimentos e reestruturar conceitos já estabelecidos, a fim de dirigir adequadamente seu comportamento;

h) memória auditiva e visual: capacidade para memorizar sons e imagens, tornandoos disponíveis à consciência, para a lembrança imediata, a partir de um estímulo atual;

i) controle e canalização produtiva da agressividade: capacidade do candidato de controlar a manifestação da energia agressiva a fim de que a mesma não surja de forma inadequada em seu comportamento, e para que, ao mesmo tempo, possa direcioná-la à realização de atividades que sejam benéficas para si e para a sociedade, mostrando-se uma pessoa combativa;

j) disposição para o trabalho: capacidade para lidar, de maneira produtiva, com tarefas sob sua responsabilidade, participando delas de maneira construtiva;

k) resistência à fadiga psicofísica: aptidão psíquica e somática do candidato para suportar uma longa exposição a agentes estressores, sem sofrer danos importantes em seu organismo e sem que tais agentes interfiram na sua capacidade cognitiva;

l) iniciativa: capacidade de influenciar o curso dos acontecimentos, colocando-se de forma atuante, não passiva, diante das necessidades de tarefas ou situações. Tal capacidade implica numa disposição para agir ou empreender uma ação, tomando a frente em uma determinada situação;

m) potencial de liderança: habilidade para agregar as forças latentes existentes em um grupo, canalizando-as no sentido de trabalharem de modo harmônico e coeso na solução de problemas comuns, visando atingir objetivos pré-definidos. Facilidade para conduzir, coordenar e dirigir as ações das pessoas, para que atuem com excelência e motivação, estando o futuro líder disponível para ser treinado em sua potencialidade;

n) capacidade de cooperar e trabalhar em grupo: disposição do candidato para ceder às exigências do grupo, ao mesmo tempo em que se propõe a atender às solicitações de apoio, emprestando suas habilidades em prol da realização de ações para a conclusão das tarefas, visando atingir os objetivos definidos pelos seus componentes;

o) relacionamento interpessoal: capacidade de perceber e reagir adequadamente às necessidades, sentimentos e comportamentos dos outros;

p) flexibilidade de conduta: capacidade de diversificar seu comportamento, de modo adaptativo, atuando adequadamente, de acordo com as exigências de cada situação em que estiver inserido;

q) criatividade: habilidade do candidato para tirar conclusões e revitalizar soluções antigas a que chegou pela própria experiência anterior e vivência interna, apresentando então novas soluções para os problemas existentes, procurando assim buscar formas cada vez mais eficazes de realizar ações e atingir objetivos, valendo-se dos meios disponíveis no momento;

r) fluência verbal: facilidade para utilizar as construções linguísticas na

expressão do pensamento, por meio de verbalização clara e eficiente, manifestando-se com desembaraço, sendo eficaz na comunicação;

s) sinais fóbicos e disrítmicos: o primeiro termo diz respeito à presença de sinais de medo irracional ou patológico. O termo seguinte refere-se à presença de traços de disritmia cerebral.

t) percepção de detalhes: capacidade que o indivíduo tem na preocupação com minúcias e detalhes;

u) atenção concentrada: capacidade de centralizar suas atenções durante toda a duração da tarefa.

10.6.2 - As características terão as seguintes dimensões (níveis):

a) elevado: muito acima dos níveis medianos;

b) bom: acima dos níveis medianos;

c) adequado: dentro dos níveis medianos;

d) diminuído: abaixo dos níveis medianos;

e) ausente: não apresenta as características elencadas.

10.7 - Os parâmetros para avaliação das características do perfil profissiográfico são os constantes no quadro:

Item	Característica	Parâmetro
1	controle emocional	elevado
2	ansiedade	adequada
3	impulsividade	diminuída
4	domínio psicomotor	elevado
5	raciocínio espacial	adequado
6	atenção concentrada	elevada
7	autoconfiança	adequada
8	resistência à frustração	elevada
9	persistência	elevada
10	assertividade	adequada
11	inteligência	adequada
12	memória	elevada
13	agressividade	adequada
14	adaptabilidade	elevada

15	*flexibilidade*	*adequada*
16	*maturidade*	*elevada*
17	*responsabilidade*	*elevada*
18	*dinamismo*	*elevado*
19	*iniciativa*	*elevada*
20	*luência verbal*	*elevada*
21	*sociabilidade*	*elevada*
22	*capacidade de liderança*	*elevada*
23	*fobias*	*ausentes*
24	*honestidade*	*elevada*

10.8 - O resultado da Avaliação Psicológica será expresso pelos conceitos:

a) Apto: significando que o candidato apresentou perfil psicológico pessoal compatível com o perfil psicológico profissional, descrito no presente Edital;

b) Inapto: significando que o candidato não apresentou perfil psicológico pessoal compatível com o perfil psicológico profissional, descrito no neste Edital, sendo assim considerado contraindicado.

10.9 - Será considerado inapto, e consequentemente eliminado do concurso, o candidato que não apresentar as características necessárias para o exercício do cargo, e que apresentar, por exemplo, traços patológicos de personalidade, agressividade, impulsividade inadequada, controle emocional inadequado, inteligência abaixo da média e outras características de personalidade e de habilidades específicas que o tornem inapto para o exercício da função, que requer uso de armamento letal e não letal e tomada de decisão em momentos de extrema tensão, dentre outros.

10.10 - Será considerado inapto ou contraindicado, de acordo com o perfil estabelecido, o candidato que, após uma análise conjunta de todos os instrumentos utilizados pelos psicólogos responsáveis pela avaliação, apresentar as seguintes características:

a) prejudiciais (controle emocional inadequado, tendência depressiva, impulsividade inadequada, agressividade inadequada, inteligência abaixo da média);

b) indesejáveis (capacidade de análise, síntese e julgamento inadequados, ansiedade, resistência à frustração inadequada e flexibilidade inadequada);

c) restritivas (sociabilidade inadequada, maturidade inadequada e atenção e memó- ria com percentuais inferiores).

10.10.1 - Sãos critérios determinantes da inaptidão do candidato a apresentação de:

a) 4 características prejudiciais;

b) 3 características prejudiciais e 2 indesejáveis;

c) 2 características prejudiciais, 2 indesejáveis e 1 restritiva;

d) 3 características indesejáveis;

e) 2 características prejudiciais, 1 indesejável e/ou 1 restritiva;

f) 2 características indesejáveis e 2 restritivas;

g) 1 característica prejudicial, 2 indesejáveis e 1 restritiva.

10.11 - O candidato poderá solicitar entrevista com o profissional para conhecimento dos motivos de inaptidão para o exercício das funções exigidas pela Polícia Civil, no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis após a divulgação do resultado da Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) no Diário Oficial do Estado - DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br.

10.12 - O candidato acompanhado ou não de profissional psicólogo de sua confiança poderá ter acesso e conhecimento do laudo com os motivos de inaptidão para o exercício do cargo, através de agendamento de entrevista devolutiva. O psicólogo contratado pelo candidato poderá proceder a revisão na presença do psicólogo designado.

10.12.1 - A entrevista devolutiva é o procedimento técnico no qual um psicólogo de posse dos protocolos de testes psicológicos elaborados pelo candidato, bem como do perfil psicológico exigido para o cargo, explica-lhe qual foi a sua inadequação ao perfil, orientando-o em função dos resultados obtidos e esclarecendo suas eventuais dúvidas.

10.12.2 - O procedimento citado no subitem anterior será exclusivamente de caráter informativo para esclarecimento do motivo da inaptidão do candidato ao propósito seletivo, não sendo considerado como nova avaliação psicológica. Não haverá novo agendamento de data, horário e local para a entrevista devolutiva.

10.12.3 - Após a entrevista devolutiva, o candidato terá o prazo de dois dias úteis para interpor recurso administrativo ao presidente da Comissão Organizadora do Concurso, de acordo com os procedimentos estabelecidos em edital próprio.

10.13 - A inaptidão na Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) não pressupõe a existência de transtornos mentais. Indica, tão-somente, que o avaliado não atende aos parâmetros exigidos para o exercício de cargo de Delegado de Polícia.

10.13.1 - A informação acerca do motivo da inaptidão só será fornecida mediante solicitação junto à Comissão Organizadora do Concurso Público de Provas e Títulos/DP/PCMS/2013, realizada através de procedimento próprio, estabelecido em edital específico.

10.14 - Não será realizado qualquer teste ou fase da Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) fora da data e dos espaços físicos estabelecidos, bem como não será dado nenhum tratamento privilegiado, nem será levada em consideração qualquer alteração psicológica ou fisiológica passageira do candidato na data de sua realização.

10.15 - Não haverá segunda chamada independente do motivo alegado pelo candidato, nem realização de exame fora da data, local e horário estabelecidos no edital de convocação.

10.15.1 - Não serão aceitos testes psicológicos e laudos realizados por psicólogos não credenciados para o Concurso Público de Provas e Títulos/DP/PCMS/2013. 10.15.2 - Não serão, em hipótese alguma, aplicados novos testes em candidatos considerados "inaptos".

> *10.16 - O resultado da Avaliação Psicológica (Exame Psicotécnico) será divulgado no Diário Oficial do Estado - DOE, no endereço www.imprensaoficial.ms.gov.br e disponibilizado, via Internet, no site www.concurso.ms.gov.br, mediante edital próprio com a relação dos candidatos considerados "aptos" ou "inaptos". (...)*

Disso emerge cristalino que há no edital exigência expressa acerca da realização do exame psicotécnico como uma das etapas do processo seletivo, bem como resta límpido quais seriam os critérios a serem aplicados pela Comissão Técnica.

O critério determinante da inaptidão da candidata foi a apresentação de 1 característica prejudicial, 2 indesejáveis e 1 restritiva (10.10.1 , alínea g, do Edital nº 1/2013 - SAD/SEJUSP/PCMS), segundo exame psicoténico da p. 75, estando devidamente fundamentada pela banca composta por três psicólogos, inexistindo a suposta subjetividade pretendida e nem mesmo razões para afastar sua conclusão, até porque, o edital discrimina as características do perfil profissiográfico que serão avaliadas e os critérios a serem utilizados previamente.

Conforme consignado na sentença, restou plenamente satisfeita a objetividade dos critérios: *"No laudo de p.75, onde se avaliou a percepção espacial da candidata, a capacidade para distinguir diferenças e semelhanças, bem como a capacidade de memorizar, a autora teve classificação inferior."* (p. 311).

Logo, estando os pressupostos necessários preenchidos, como a previsão legal e a objetividade dos critérios adotados, inviável rever o resultado obtido pelo candidato, haja vista que se estaria ofendendo os princípios da legalidade, do devido processo legal e da confiança em relação aos demais candidatos, em especial em relação àqueles que não foram classificados como aptos, uma vez que se estaria afastando os critérios previstos em lei, sem qualquer prova de adversidade na realização da avaliação.

O fato de execer a função de de Auxiliar Judiciário I (p. 23), junto ao TJMS, em nada se assemelha ou lhe habilita para o cargo de Agente de Polícia Judiciária, Função Investigador de Polícia, pois claramente as atividades possuem natureza diversa, sendo irrelevante exercer aquela função para ser considerada apta na função que almeja diante das inúmeras distinções entre ambos, especialmente quanto ao caráter da avaliação psicológica.

A investidura em cargo público, portanto, não está condicionada apenas a realização de provas ou provas e títulos, devendo o teste psicológico ter cunho eliminatório, mas não apenas como exame admissional, como pretendido, sedo absurda a afirmação constante da inicial de que o *"exame psicotécnico pode ser utilizado como meio de apurar a saúde mental de candidato a cargo público, mas jamais para excluí-lo do concurso"* (p. 16). Isto porque, estaria se contratando pessoa inapta para o exercício da função e, no caso, entregando-lhe uma arma de fogo para o trabalho diário, quando sabida suas limitações psicológicas para a atividade.

Portanto, inexiste ilegalidade a ser reconhecida e até mesmo necessidade da realização da perícia judicial.

Neste sentido, destaca-se:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – CONCURSO PÚBLICO – SELEÇÃO DE CANDIDATOS PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – EXAME PSICOTÉCNICO – PREVISÃO NO EDITAL – CRITÉRIOS PARA AVALIAÇÃO DA APTIDÃO MENTAL EXPLICITADAS NO EDITAL – OBJETIVIDADE – RESULTADO REVISÁVEL ADMINISTRATIVAMENTE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. Constando do edital que o exame psicotécnico será uma das fases do concurso, nenhuma ilegalidade há na exigência, mesmo porque previsto*

> *na Lei Estadual nº 166/80. Não há se falar em análise subjetiva quando o edital discrimina as características do perfil profissiográfico que serão avaliadas e os critérios a serem utilizados, segundo regra emanada do Conselho Federal de Psicologia.* (TJMS. Apelação nº 0800251-54.2014.8.12.0011, Coxim, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 02/06/2015, p: 02/06/2015).

Por fim, elucido que não cabe ao judiciário, salvo as hipóteses de ilegalidade ou desvio de poder, imiscuir-se nos critérios utilizados para a avaliação psicológica do candidato, contidos no edital do concurso, e refutar o resultado do teste, ministrado por profissionais da área de psicologia, que a consideraram inapto no aludido exame[2].

Prequestionamento

A requerente, por derradeiro, pretende o prequestionamento da Súmula 211 do STJ e 282 do STF, bem como acerca da violação ao artigo 369 da Lei n°. 13.105/2015 (CPC); artigo 50 da Lei Federal n°. 9.784/1999, bem como ao artigo 5º incisos LIV e LV e artigo 37 ambos da Constituição Federal.

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ AgRg nos EDcl no REsp 966.229/RS, Rel. Minº Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 18.02.2013) e, até porque, esta suscitação encontra seus limites na norma processual e estão submetidos ao art. 1.025, do CPC/2015[3], bem como acarretam as multas dos §§ 2º e 3º, do art. 1.026, do CPC, em caso embargos protelatórios e reiterado.

Diante do exposto, não conheço da preliminar de cerceamento de defesa e, ainda, conheço do recurso de apelação cível e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram da preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

***

2 *STF - RG RE: 632853 CE - CEARÁ, Relator: Minº GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/04/2015, Data de Publicação: DJe-125 26-06-2015*

3 *Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0844204-30.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REVISÃO DE CLÁUSULAS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA EM RELAÇÃO À DEVOLUÇÃO DO IPTU E TAXA DE CONDOMÍNIO – REJEITADA – NO MÉRITO – IMPOSSIBILIDADE DE RESCISÃO DO AJUSTE – DESCABIMENTO – NULIDADE E VALOR DA CLÁUSULA PENAL – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE – DEVOLUÇÃO DE FORMA PARCELADA – IMPOSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO E DA TAXA CONDOMINIAL – POSSIBILIDADE – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante a teoria da asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado na petição inicial, deixando o exame das questões de mérito para o julgamento final. Destarte, como a responsabilidade das empresas confunde-se com o mérito da causa, assim, será apreciado.

O princípio da força obrigatória dos contratos cede lugar ao princípio da relatividade do contrato, quando existentes cláusulas abusivas, de modo a assegurar o equilíbrio da relação contratual.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou bem imóvel, é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra com retenção 10% a 20% das prestações pagas, a título de cláusula penal, sem que isso implique em qualquer abusividade contratual.

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador.

As requeridas devem ser responsabilizadas pelo pagamento do tributo municipal e da taxa condominial a partir do momento em que tomaram ciência do desinteresse na continuidade do ajuste, sob pena de enriquecimento ilícito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Lago Azul Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda e Alphaville Campo Grande Empreendimentos Imobiliários Ltda, nestes autos de rescisão c/c revisão contratual ajuizado por Terra e Mar Viagens e Turismo Ltda, oferecem recurso de apelação.

As recorrentes, em síntese, aduzem que:

1- são partes ilegítimas para responderem a presente ação no que diz respeito à devolução de pagamento de iptu e da taxa de manutenção, uma vez que o imposto foi pago à Prefeitura e a referida taxa à Associação Alphaville Campo Grande 03;

2- a conduta da apelada afronta os princípio da boa-fé e da probidade contratual, nos termos do art. 422, do CC, porquanto pretende, sem motivo justificado, desistir do ajuste;

3- é indevida a declaração de nulidade da cláusula penal e sua redução para 10%, pois houve inadimplemento imotivado por parte da compradora, devendo permanecer a quantia correspondente a 20%, a fim de compensar pelos prejuízos causados e o pagamento deve ocorrer de forma parcelada em 12 vezes;

4- é indevida a condenação em devolver o valor do IPTU, tendo em vista que a promitente compradora é responsável pelo pagamento do imposto;

5- é descabida a condenação em devolver a taxa de manutenção, sendo esta uma responsabilidade de quem detém a posse do imóvel, bem como serve para custear as despesas de conservação e vigilância do local.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do reclamo.

Contrarrazões às páginas 255-264.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Lago Azul Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda e Alphaville Campo Grande Empreendimentos Imobiliários Ltda, nestes autos de rescisão c/c revisão contratual ajuizado por Terra e Mar Viagens e Turismo Ltda.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade deste apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC) por força do que dispõe o art. 1.010, §3º, do CPC.

Da ilegitimidade passiva (devolução IPTU e taxa de manutenção)

As recorrentes aduzem que são partes ilegítimas para responderem a presente ação no que diz respeito à devolução de pagamento de iptu e da taxa de manutenção, uma vez que o imposto foi pago à Prefeitura e a referida taxa à Associação Alphaville Campo Grande 03.

Com efeito, a investigação das condições da ação submete-se ao crivo de teoria da asserção. Ao tratar da questão da legitimidade das partes, José Carlos Barbosa Moreira, leciona[1]:

> *"O exame da legitimidade, pois como o de qualquer das condições da ação – tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se o julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in judicio deducta. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como que admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria o juízo de mérito a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória."*

Assim, considerando as alegações expostas na inicial, deve-se, à luz da teoria da asserção, manter as apelantes no polo passivo da lide; sendo que, se no julgamento do mérito da demanda, houver comprovação em sentido contrário, o pedido inicial dever ser julgado improcedente.

A propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS POR INTERMÉDIO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TEORIA DA ASSERÇÃO. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA LESÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.* ***1. Não há ilegitimidade passiva nas hipóteses em que a pertinência subjetiva do réu em relação à pretensão deduzida em juízo torna-se evidente à luz da teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas tomando como pressuposto, provisoriamente, apenas em juízo de admissibilidade da demanda, as próprias afirmações ou alegações contidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade probatória.*** *(...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 740.588/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015). Destacado

> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO ANEXO A COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NEGATIVA DE COBERTURA DIANTE DA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. ALEGAÇÃO DE FALHA DA CONSTRUTORA NA INTERMEDIAÇÃO DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO. LEGITIMIDADE PASSIVA DEMONSTRADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.* ***1. É pacífico o entendimento nesta Corte de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.*** *(...) 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 452.737/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 16/09/2015). Destacado.*

Nesse contexto, a irresignação das apelantes no sentido de que não são responsáveis por devolver o imposto municipal e a taxa de manutenção, já que nada recebeu a esses títulos, confunde-se com os fundamentos do próprio mérito da demanda, de modo que, assim, será apreciado.

Desta feita, rejeito essa preliminar.

No mérito

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional. São Paulo: Atlas, n. 17, p. 103.

Da impossibilidade de rescisão contratual

As recorrentes afirmam que a conduta da apelada afronta os princípios da boa-fé e da probidade contratual, nos termos do art. 422, do CC, porquanto pretende, sem motivo justificado, desistir do ajuste.

Com efeito, em que pese a alegação do caráter irretratável e irrevogável do contrato, os documentos de páginas 17-39, são expressos quanto à possibilidade de rescisão do instrumento, o que, por si só, já afastaria tal argumento.

Não obstante, se referida irretratabilidade e irrevogabilidade diz respeito à impossibilidade da resilição unilateral do comprador, importa esclarecer que ninguém é obrigado a permanecer num contrato contra sua vontade, sendo lícito a qualquer das partes rescindi-lo, caso, assim, o queira, devendo, apenas, serem observados eventuais encargos decorrentes do distrato.

Aliás, é de se enfatizar também que a análise do caso se pauta nas regras consumeristas, de forma que bem anotou o magistrado ao observar que a ausência de possibilidade de rescisão do contrato por conta do arrependimento da parte configura limitação ao direito do consumidor e é cláusula nula, segundo disposto pelo artigo 51, I e IV, do CDC.

Diante disso, correta a sentença guerreada no tocante à rescisão do contrato em questão.

Da nulidade da cláusula penal, redução do valor estipulado e forma de pagamento

As recorrentes sustentam que é indevida a declaração de nulidade da cláusula penal e sua redução para 10%, pois houve inadimplemento imotivado por parte da compradora, devendo permanecer a quantia correspondente a 20%, a fim de compensar pelos prejuízos causados e o pagamento deve ocorrer de forma parcelada em 12 vezes.

No que diz respeito à redução do importe de 20% para 10%, a título de cláusula penal, tenho que assiste razão às apelantes, porquanto o valor pactuado não é excessivamente oneroso e tampouco coloca a autora em desvantagem exagerada, tendo em vista o investimento financeiro realizado e as condições econômicas da apelada; inexistindo, desse modo, qualquer violação aos direitos do consumidor.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que é razoável, na hipótese de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou o bem imóvel, como é o caso dos autos, a retenção de 10% até 25%, das prestações pagas, como forma de indenização pelas despesas decorrentes do próprio negócio. Confira-se:

> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE 25% EM BENEFÍCIO DO VENDEDOR. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resilição do compromisso de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual.* ***2. Nesse caso, o distrato rende ao promissário comprador o direito de restituição das parcelas pagas, mas não na sua totalidade, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, entendido como tal 25% do valor pago. Precedentes.*** *3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 730.520/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 28/08/2015). Destacado

> *DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES*

> *PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.* ***2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso. (...).*** *5. Recurso especial a que se nega provimento.* (REsp 1224921/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011). Destacado.
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DEVOLUÇÃO DE IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO. PERCENTUAL. REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE MORA DA PARTE RÉ.* ***1. Em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou bem imóvel, é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra com retenção 10% a 20% das prestações pagas a título de indenização pelas despesas decorrentes do próprio negócio.*** *(...). 3. Na hipótese em que a rescisão contratual deu-se por iniciativa do comprador, por não mais suportar o pagamento das parcelas, e em que se busca a restituição de valores superiores aos fixados na apelação, o termo inicial dos juros moratórios deve ser o trânsito em julgado, pois inexiste mora anterior da ré. 4. Agravo regimental provido.* (AgRg no REsp 1013249/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010). Destacado.

Ademais, em caso similar, essa 2ª Câmara Cível, em processo de minha relatoria, já manteve o percentual pactuado entre as partes por entender que se tratava de um valor razoável, confira-se:

> *AGRAVOS REGIMENTAIS EM APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PRETENSÃO DE REDUZIR A CLÁUSULA PENAL FIXADA EM 20% DO MONTANTE PAGO – DESCABIMENTO – INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NO CASO EM CONCRETO – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO – IRREGULARIDADE NÃO DEMONSTRADA – AGRAVOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.* ***Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em caso de extinção de contrato de promessa de compra e venda em que o promitente comprador não ocupou bem imóvel, é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra com retenção 10% a 20% das prestações pagas, a título de cláusula penal, sem que isso implique em qualquer abusividade contratual.*** *(...).* (TJMS. Agravo Regimental n. 0807686-75.2015.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 02/02/2016, p: 15/02/2016). Destacado

No mesmo sentido:

> *"(...). APELAÇÃO CÍVEL.* ***AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES. CLÁUSULA PENAL – DEVIDA – 20% – MONTANTE RAZOÁVEL.*** *HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***Deverá prevalecer o percentual da cláusula penal (20%), montante razoável, considerando que os requerentes adimpliram apenas 02 (duas) das 36***

> ***(trinta e seis) parcelas previstas no contrato.*** *Em atenção ao princípio da razoabilidade, deve ser majorado os honorários advocatícios fixados em valor não condizente com a peculiaridade dos autos.* (TJMS, AC de n. 003555-22.2010.8.12.0001, Relator(a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/08/2015; Data de registro: 07/08/2015). Destacado.

Assim, não vislumbro motivos para declarar abusiva a cláusula contratual firmada entre as partes que estipulava a retenção de 20%, das respectivas quantias que foram adimplidas pela promitente-compradora.

Já, no que diz respeito à restituição parcelada dos valores que foram recolhidas pela autora, tenho que não assiste razão às empresas-apelantes.

Isso porque, a existência de uma cláusula que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a devolução de forma parcelada, acaba por ofender o disposto no art. 51, incisos II e IV, do CDC.

Aliás, tal posicionamento é uníssono no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode observar do aresto, abaixo colacionado, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARTE DO VALOR PAGO. MOMENTO.* ***1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes.*** *Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. 2. Recurso especial não provido.* (REsp 1300418/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 13/11/2013, DJe 10/12/2013). Destacado.

No mesmo sentido, é o enunciado da Súmula de n. 543, do STJ, vejamos:

> ***"Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador*** *- integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.* (Súmula 543, Segunda Seção, Julgado Em 26/08/2015, Dje 31/08/2015)". Destacado.

Desta feita, não há como se declarar válida a cláusula contratual que permita a restituição parcelada dos valores adimplidos pela consumidora.

Da devolução do IPTU e da taxa de manutenção

As recorrentes asseveram que é indevida a condenação em devolver o valor do IPTU, tendo em vista que a promitente compradora é responsável pelo pagamento do imposto, bem como é descabida a condenação em devolver a taxa de manutenção, sendo esta uma responsabilidade de quem detém a posse do imóvel, bem como serve para custear as despesas de conservação e vigilância do local.

Com efeito, se a recorrida notificou as recorrentes do desinteresse na continuidade do ajuste e as apelantes opuseram injustificada resistência no fim do contrato, devem ser responsabilizadas pelos gastos que, efetivamente, a apelada teve com o IPTU e taxas condominiais após aquela data, porquanto já poderiam,

inclusive, ter alienado o imóvel para outro comprador, não havendo, desse modo, nada a modificar na sentença, sob pena de incorrer em enriquecimento ilícito das apelantes.

Diante do exposto, conheço do apelo, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, a fim de, exclusivamente, manter a cláusula penal em 20% do montante pago; mantida a sentença nos demais termos.

Via de consequência, como a decisão foi publicada após a vigência do atual Código de Processo Civil, houve trabalho adicional nesta instância e parcial do reclamo, fixo honorários recursais em 2% sobre o valor da condenação, a serem custeados pela autora-apelada, dada a simplicidade e pouco tempo de duração do recurso neste grau de jurisdição, nos termos do art. 85, §11º, do CPC, sem prejuízo da sucumbência estabelecida em primeiro grau.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 22 de fevereiro de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1412736-65.2017.8.12.0000 - Chapadão do Sul
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – EMPRESA DEMANDADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RESPEITO AO PRAZO DE SUSPENSÃO DE 180 DIAS ESTABELECIDO PELA LEI DE FALÊNCIAS – ARTIGO 6º, §4º, DA LEI Nº 11.101/2005 – BENS ESSENCIAIS AO DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – PLANO DE RECUPERAÇÃO APROVADO – RECURSO PROVIDO.

Nos termos do que preceitua o artigo 49, § 3º da Lei de Falências, não é permitido, no prazo de suspensão de 180 dias estabelecido no § 4º, do art. 6º, daquela Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial, proporcionando-se, assim, a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

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, 22 de fevereiro de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

TRR Nipobras Chapadão Gaúcho Ltda - Em Recuperação Judicial, em recuperação judicial, nos autos de busca e apreensão, de nº 0800743-33.2017.8.12.0046, em que contende com Itaú Unibanco S.A., oferece recurso de Agravo de Instrumento.

A recorrente, em síntese, aduz que:

1 – consoante entendimento jurisprudencial reiterado, bens essenciais devem permanecer na posse de empresa em recuperação durante o período de blindagem;

2 - o deferimento do processamento da recuperação judicial determinou a proibição de retirada de bens essenciais da empresa, ratificada em decisão que decidiu embargos de declaração, reforçando que caminhões e maquinários não poderiam ser retirados da esfera patrimonial da agravante;

3 - a impugnação de crédito do banco agravado fora julgada improcedente, mantendo o crédito sujeito à recuperação judicial, o que, por si só, impede a retirada do bem dado em garantia ao contrato;

4 - conforme seu contrato social, a recorrente é uma TRR, ou seja, sua atividade está resumida no transporte, revenda retalhista de óleo diesel e combustível; comercio varejista de lubrificantes, graxas e outros; locação de veículos automotores; bombas de óleo, tanques para óleo combustível; dentre outros de igual importância, sendo imperioso ressaltar que o bem buscado pelo agravado é um Pressolub, o qual é utilizado para exercer as atividades descritas;

5 – estão presentes os requisitos para concessão do efeito suspensivo à decisão agravada, eis que a retirada do bem, por se tratar de veículo essencial a sua atividade, poderá acarretar lesão grave e de difícil reparação.

6 – é imprescindível a concessão de efeito suspensivo, pois os arts. 6º, § 4º e 49, § 3º da Lei 11.101/05 proíbem de forma inquestionável a prática de quaisquer atos que, durante o prazo de suspensão legal, pretendam retirar da posse da empresa em recuperação judicial quaisquer bens essenciais ao exercício de sua atividade, ainda que sejam estes objetos de obrigações eventualmente não submetidas ao processo de recuperação judicial, pois fundamental para a manutenção da atividade empresarial e em face da ausência de possibilidade de aquisição de novo veículo para reposição.

Requer, desta feita, o conhecimento do presente com a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo para revogar a ordem de busca e apreensão e manter a recorrente na posse do bem.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (p. 133/139).

Intimado para apresentar resposta, o agravado deixou transcorrer o prazo sem manifestação (p. 143).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

TRR Nipobras Chapadão Gaúcho LTDA - Em Recuperação Judicial, em recuperação judicial, nos autos de busca e apreensão, de nº 0800743-33.2017.8.12.0046, em que contende com Itaú Unibanco S.A., oferece recurso de Agravo de Instrumento.

Conforme relatado, a parte recorrente insurge-se contra a decisão que deferiu a busca e apreensão (p. 50/51).

Pois bem, nos termos do art. 49, § 3º[1], da Lei n. 11.101/05, o credor que se encontrar como proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, não terá seu crédito submetido aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo seus direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS RESULTANTES DE ARRENDAMENTO

1 Art. 49. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

> *MERCANTIL E COM GARANTIA FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO À RECUPERAÇÃO.* ***1. Interpretando o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, a jurisprudência entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.*** *2. Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1181533/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 10/12/2013). Destacado.
>
> *AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO LIMINAR EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO DE CÉDULAS DE CRÉDITO GARANTIDAS POR AVAL E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSIBILIDADE. INCLUSÃO DOS COOBRIGADOS NO POLO PASSIVO. PERTINÊNCIA. NÃO SUBMISSÃO AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 1. A cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito, possuindo a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005). Não ocorrência, na hipótese, de peculiaridade apta a recomendar o afastamento circunstancial da regra. (...). 3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg nº CC 124.489/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 09/10/2013, DJe 21/11/2013)

Existe, no entanto, uma flexibilização à regra, quando se tratar de venda ou retirada do estabelecimento do devedor de bens essenciais à atividade empresarial, desde que tal situação ocorra no prazo de suspensão a que se refere o § 4º, do art. 6º, da referida Lei.

Nesse sentido:

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL. ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. BEM NA POSSE DO DEVEDOR. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO.* ***1. Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal n. 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05. 2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomenda excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados. 3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante " bem necessário à atividade produtiva do réu" (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 02/12/2002). 4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente avaliação própria dessa instância ordinária. (...).*** (CC 110.392/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 22/03/2011). Destacado.

Por oportuno, colaciono julgados reiterados deste Tribunal:

> *EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE –*

ARRENDAMENTO MERCANTIL – DECISÃO QUE REVOGOU A DETERMINAÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE VEÍCULO EM VIRTUDE DE A EMPRESA DEVEDORA SE ENCONTRAR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RESPEITO AO PRAZO DE SUSPENSÃO DE 180 DIAS ESTABELECIDO PELA LEI DE FALÊNCIAS – ESSENCIALIDADE DO BEM PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DA EMPRESA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Em se tratando de contrato de arrendamento mercantil, nos termos do que preceitua o artigo 49, § 3º, da Lei 11.101/05, não é permitido, no prazo de suspensão de 180 dias, estabelecido no § 4º do art. 6º daquela Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial. (...). (TJMS, AI de n. 0024486-25.2012.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, j. 29/05/2012). Destacado.

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ARRENDAMENTO MERCANTIL – DECISÃO QUE REVOGOU A DETERMINAÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE VEÍCULO EM VIRTUDE DE A EMPRESA DEVEDORA SE ENCONTRAR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – RESPEITO AO PRAZO DE SUSPENSÃO DE 180 DIAS ESTABELECIDO PELA LEI DE FALÊNCIAS – ESSENCIALIDADE DO BEM PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DA EMPRESA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Em se tratando de contrato de arrendamento mercantil, nos termos do que preceitua o artigo 49, § 3º da lei de falências, não é permitido, no prazo de suspensão de 180 dias estabelecido no § 4º do art. 6º daquela Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial. Isto porque, nos termos do que dispõe o art. 47 da Lei 11.101/2005, a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Recurso improvido. (TJMS, Ag. de n. 2012.003549-5, Des. Rel. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j. 17/04/2012).

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LEASING – DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO MANDADO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE, INDEPENDENTEMENTE DE CUMPRIMENTO – EMPRESA-RÉ EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUSPENSÃO DE TODAS AS AÇÕES CONTRA SI AJUIZADAS – CORRETA A DECISÃO QUE DETERMINOU O RECOLHIMENTO DO MANDADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 49, § 3º C/C ART. 6º, § 4º, DA LEI N. 11.101/2005 – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. ***Na qualidade de arrendadora mercantil, a agravante, em princípio, estaria excluída dos efeitos da recuperação judicial. Contudo, ao caso aplica-se a ressalva final prevista no artigo 49, § 3, da Lei n. 11.101/2005, por destinar-se o bem objeto da apreensão (compactador de solos sobre pneus), ao desenvolvimento da atividade essencial da empresa-agravada.*** *(...).* (TJMS, Ag. Reg. em Ag. de n. 2012.003547-1/0001.00, Des. Rel. Luiz Tadeu Barbosa Silva, 5ª Câmara Cível, j. 15/03/2012). Destacado.

No caso, estão presentes esses requisitos. Isso porque, nos termos do artigo 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da referida Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Trata-se de um bem móvel dado em garantia do tipo Pressolurb, específico para distribuição e venda de combustível, atividade essencial da recorrente, com gravame de alienação fiduciária, de uma dívida

contraída junto ao Itaú Unibanco S/A, ora agravado, conforme se pode observar em consulta ao processo da origem (p. 39-45).

Lado outro, a apreensão do bem alineado fiduciariamente poderá comprometer a superação da crise da empresa em recuperação judicial.

E, como pode ser vislumbrado, o plano de recuperação judicial da empresa foi apresentado e o prazo de suspensão foi prorrogado em decisão proferida pelo Juízo falimentar em 06/11/2017 (p. 129/130), encontrando-se, portanto, dentro do prazo de suspensão de 180 dias.

Diante do exposto, conheço do agravo e dou-lhe provimento ao recurso a fim de revogar a ordem de busca e apreensão e manter a recorrente na posse do bem até o término do prazo de suspensão do Juízo Falimentar.

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. Paulo Alberto de Oliveira

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, 22 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1410931-77.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – JUSTIÇA GRATUITA – INDEFERIDA – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA – ATENDIMENTO MÉDICO PRESTADO PELO SUS – CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E SANTA CASA DE CAMPO GRANDE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – CHAMAMENTO AO PROCESSO DO MUNICÍPIO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Ainda que se trate de entidade que realiza atendimentos pelo SUS, de fato possui plano de saúde próprio (o que indica também rendas diversas das informadas) e, ainda, movimenta mais de 165 milhões de reais mensalmente, razão pela qual inviável deferir os benefícios da justiça gratuita.

Nos termos do art. 18 da Lei 8.080/90, compete ao Município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução.

A Associação Beneficente de Campo Grande (ABCG) - Santa Casa é apenas conveniada ao SUS, de forma que recebe recursos do ente público para atendimento a paciente; contudo, não faz parte nem integra qualquer ente público. Portanto, pelos atos danosos que seu funcionário causar ou que ocorram nas dependências do Hospital, a responsabilidade é do Funcionário e do Hospital Santa Casa, e não do Município de Campo Grande, razão pela qual não se deve incluir o Município no polo passivo da presente demanda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o Relator, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Nélio Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Associação Beneficente de Campo Grande (ABCG) - Santa Casa interpõe agravo de instrumento por não se conformar com a decisão que, nos autos da ação de indenização por danos morais c/c estético ajuizado por Liliane Valetne Ferreira em face da agravante e de Bruno Ponce de Almeida Insfran, indeferiu a justiça gratuita requerida e rejeitou o chamamento ao processo do Município de Campo Grande.

Alega que é entidade filantrópica sem fins lucrativos, passando por sérias dificuldades financeiras com dívidas que ultrapassam a barreira dos R$ 150 milhões, situação que é de conhecimento geral e sofreu intervenção do Município de Campo Grande, fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita.

Aduz que o chamamento ao processo do Município de Campo Grande encontra respaldo na relação contratual e na baliza legal que o instituiu como Gestor Local e pleno do SUS em Campo Grande.

Assevera que o médico que atendeu a agravada na condição de profissional vinculado ao SUS, restringindo-se sua responsabilidade ao oferecimento da estrutura física hospitalar.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 194/196).

Em contraminuta, a agravada manifesta-se pelo desprovimento do agravo (f. 200/207).

VOTO (EM 14/11/2017)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Associação Beneficente de Campo Grande (ABCG) - Santa Casa por não se conformar com a decisão que, nos autos da ação de indenização por danos morais c/c estético ajuizado por Liliane Valente Ferreira em face da agravante e de Bruno Ponce de Almeida Insfran, indeferiu a justiça gratuita requerida e rejeitou o chamamento ao processo do Município de Campo Grande.

Segundo se extrai dos autos, a agravada ingressou com a presente demanda, alegando que erro cometido em procedimento cirúrgico por profissional do hospital conveniado ao SUS e/ou má prestação do serviço, causou-lhe danos de ordem morais e estéticos.

Em contestação, a ré Santa Casa pleiteou a concessão da justiça gratuita e o chamamento do Município de Campo Grande para compor o polo passivo, sendo tais pedidos indeferidos.

Contra essa decisão é aviado o recurso.

A agravante aduz que é entidade filantrópica sem fins lucrativos, passando por sérias dificuldades financeiras com dívidas que ultrapassam a barreira dos R$ 150 milhões, situação que é de conhecimento geral e sofreu intervenção do Município de Campo Grande, fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita.

Com razão.

No caso, a agravante trouxe aos autos prova de sua ausência de condição econômica, cujo balanço patrimonial é deveras negativo (f. 33/128). A dificuldade financeira da entidade beneficente e filatrópica é fato notório e amplamente divulgado pelos meios sociais.

Portanto, a alegação de insuficiência de meios para arcar com as custas do processo e a documentação dos autos remetem ao deferimento do benefício em tela.

Nesse sentido, reproduz-se o seguinte julgado desta 3ª Câmara Cível:

> *"EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - INDEFERIMENTO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - ARTIGO 4º, DA LEI Nº 1.060/1950 - PESSOA JURÍDICA SANTA CASA - ENTIDADE BENEFICENTE SEM FINS LUCRATIVOS - INDEPENDE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.Conforme disposto no artigo 4º da Lei nº 1.060/1950, para fazer jus à concessãodos benefícios da justiçagratuita, necessário se faz que o interessado afirme que não está em condições de arcar com os ônus processuais ou, ainda, firme declaração separada".* (TJMS. Agravo de Instrumento n.

4009692-91.2013.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 08/10/2013, p: 04/12/2013)

Ademais, de acordo com a Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais".*

Assim, deve ser deferida a justiça gratuita.

Continua a agravante afirmando que o chamamento ao processo do Município de Campo Grande encontra respaldo na relação contratual e na baliza legal que o instituiu como Gestor Local e pleno do SUS em Campo Grande. Assevera que o médico que atendeu a agravada na condição de profissional vinculado ao SUS, restringindo-se sua responsabilidade ao oferecimento da estrutura física hospitalar.

Novamente assiste razão a agravante.

O art. 196 da Constituição Federal, estabelece que a saúde é direito de todos e dever da União, Estado, Município e Distrito Federal, sendo o funcionamento do Sistema Único de Saúde de responsabilidade solidária dos entes federados, sendo qualquer deles, em conjunto ou isoladamente, parte legítima para figurar no polo passivo de demanda que objetive a garantia de tal direito.

Esta é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. É DEVER DO ESTADO GARANTIR O DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]3. Este Superior Tribunal de Justiça tem firmada a jurisprudência de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, de modo que qualquer um desses Entes tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso a medicamentos para tratamento de problema de saúde. 4. Agravo Regimental desprovido".* (AgRg nº Ag 1231616/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015)

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUPLEMENTO ALIMENTAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. [...] 2. O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento".* (AgRg nº REsp 1495120/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 02/12/2014, DJe 10/12/2014)

Do exame dos prontuários médicos acostados aos autos, verifica-se que o atendimento médico-hospitalar da agravada/autora foi realizado por meio do SUS, evidenciando a responsabilidade solidária do Município de Campo Grande na demanda, na qualidade de cogestor do SUS, pela suposta má prestação de serviço público por parte de hospital conveniado de acordo com o art. 18, incisos X e XI, da Lei nº 8.080/90,

segundo o qual compete ao ente público municipal o controle, avaliação e fiscalização dos procedimentos dos serviços de saúde.

Eis o teor:

> *"Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:*
>
> *[..].*
>
> *X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;*
>
> *XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;"*

Nesse cenário, não resta dúvida que o Município de Campo Grande é responsável solidário e parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que se pretendendo indenização por suposto erro cometido por profissional do hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde e/ou má prestação do serviço, encontrando-se presente a hipótese de chamamento ao processo prevista no art. 130, III, do Código de Processo Civil:

> *"Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu:*
>
> *[...]*
>
> *III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum".*

A respeito, colhe-se o entendimento desta Corte:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – HOSPITAL PRIVADO – ATENDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – LEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – HIPÓTESE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO. O Município, na qualidade de cogestor do SUS, responde de forma solidária pela má prestação de serviço público por parte de hospital privado conveniado ao SUS.* ***Ante a responsabilidade solidária do ente público, presente a hipótese de chamamento ao processo, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil.*** *Recurso provido."* - destaquei (TJMS. Agravo de Instrumento nº 1411787-75.2016.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 14/12/2016, p: 15/12/2016)
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR ERRO MÉDICO - PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL - AFASTADA - MÉRITO -* ***NECESSIDADE DE CHAMAMENTO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE PARA INTEGRAR A LIDE - ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO EM ATENDIMENTO REALIZADO PELO SUS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR EVENTUAIS DANOS CAUSADOS AO PACIENTE*** *- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."* – destaquei (TJMS. Agravo de Instrumento nº 4005512-32.2013.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 12/09/2013, p: 10/12/2013)

Destarte, sendo o atendimento objeto da lide realizado pelo SUS, necessário o chamamento do Município de Campo Grande para integrar a presente demanda.

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para deferir a agravante os benefícios da justiça gratuita e determinar o chamamento ao processo do Município de Campo Grande.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Peço vênia ao Eminente Relator para divergir de seu Voto.

Entendo que deve ser negado provimento ao Recurso, pois a Santa Casa de Campo Grande é apenas conveniada ao SUS, de forma que recebe recursos do ente público para atendimento a pacientes; não faz parte, não integra qualquer ente público. Assim, pelos atos danosos que seu funcionário causar ou que ocorram nas dependências do Hospital, a responsabilidade é do Funcionário e do Hospital Santa Casa, e não do Município de Campo Grande, razão pela qual não se deve incluir o Município no polo passivo da presente demanda.

Caso contrário, ainda que o Município de Campo Grande tenha gestão plena do SUS, em caso de dano, haveria que se chamar os 03 entes públicos (União, Estado e Município), pois tratar-se-ia de verba do SUS.

Ademais, não merece prosperar o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita à Entidade Filantrópica, ainda que tenha fins lucrativos, quando aufere receita, não demonstra de forma clara a necessidade de sua concessão e, ainda, contrata patronos particulares para sua defesa. Vejamos do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> *Ementa AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA CONTRA HOSPITAL BENEFICENTE. Gratuidade judiciária. Pessoa jurídica. Sociedade filantrópica sem fins lucrativos. Inadmissibilidade. Pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita indeferido na origem. Entidade filantrópica que aufere receita. Contratação de defensor particular. Não comprovação da insuficiência de recursos. Decisão mantida. Recurso não provido. (AI 21994137220148260000 SP 2199413-72.2014.8.26.0000. 13ª Câmara de Direito Público. DP 17/12/2014. DJ 03/12/2014. Rel. Djalma Lofrano Filho.)*

Reputo relevante transcrever trechos da decisão do magistrado *a quo*:

> *"(...) Em primeiro lugar, o pedido de deferimento dos benefícios da Justiça Gratuita em favor da Santa Casa no comporta deferimento. Ainda que se trate de entidade que realiza atendimentos pelo SUS, de fato possui plano de saúde próprio (o que indica também rendas diversas das informadas) e, ainda, movimenta mais de 165 milhões de Reais mensalmente, conforme balancete analítico mensal apresentado por ela nas f. 132-163.*
>
> *Diante disto, não vislumbro ser ela pessoa jurídica hipossuficiente financeiramente, razão pela qual, indefiro o pedido de Justiça Gratuita.*

Por tais razões, voto pelo improvimento do presente agravo de instrumento.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator dar e, o 1º vogal, negar provimento ao recurso.

VOTO (EM 28/11/2017)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Pedi vista para melhor análise dos autos, e verificando os pormenores do caso peço vênia para divergir parcialmente do ilustre Relator.

A Carta Política de 1988 encampa em seu art. 5º, inciso XXXV o princípio da inafastabilidade da jurisdição, cujo fim é garantir, da forma mais ampla possível, o acesso de todos à justiça.

Como medida possível de viabilizar tal preceito assegura-se a assistência jurídica integral e gratuita, prestada pelo Estado, aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, CF).

O beneplácito em questão é disciplinado pela Lei nº 1.060/50 e pelo Código de Processo Civil em seu no Capítulo II, Seção IV, sendo que este em seu art. 98 define os requisitos que ensejam a sua concessão, *in verbis*:

> *"A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei*."

Por uma simples interpretação literal da norma acima denota-se que tanto a pessoa física como a jurídica podem usufruir do privilégio. No entanto, neste caso o que define o deferimento ou não é a incapacidade ou capacidade de pagar as despesas processuais e honorários advocatícios, sendo indiferente o fato da entidade ter ou não fins lucrativos, o polo processual por ela ocupado e sua forma de ingresso no processo.

Nesta linha, diferentemente das pessoas físicas em que há a presunção da "insuficiência de recursos" quando alegada, as pessoas jurídicas que almejam a benesse devem comprovar essa condição.

À propósito, esse é o entendimento assente na súmula nº 481 do Superior Tribunal de Justiça, que não foi cancelada pelo CPC de 2015: "*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*.".

Depreende-se do exposto que a gratuidade da justiça deve ser atribuída à pessoa física ou jurídica que se encontram em estado de hipossuficiência econômica, desprovida de bens e receitas, sendo a mera dificuldade financeira insuficiente para o deferimento, considerando que em casos assim a lei autoriza o parcelamento dos custos, a redução do percentual de despesas processuais ou o recolhimento ao final (art. 98, §§ 5º, 6º, do CPC).

Tratando-se o estado de hipossuficiência exigido pela lei de critério subjetivo, cabe ao magistrado no caso concreto utilizar-se do princípio da razoabilidade e da ponderação, sendo razoável considerar não apenas o lucro percebido, mas também os gastos e dividendos necessários para manutenção da pessoa jurídica.

Aos autos foram colacionados a declaração de hipossuficiência (f. 32); o relatório de contas a pagar por data de emissão referente ao período de 01.01.1999 até 01.04.2015 (f. 65 – 76); o relatório balancete analítico mensal com competência referente à setembro de 2013 (f. 33 – 64); balanço patrimonial de 2015 e 2016 (f. 121 – 128) e o relatório balancete analítico mensal com competência referente à janeiro de 2017 (f. 77 – 120).

Insta considerar que apesar da agravante não possuir fins lucrativos, recebe verbas para prestar serviços por meio do SUS, ou dos convênios de planos de saúde, bem como dos procedimentos particulares realizados.

Outrossim, a notória crise financeira alegada pela entidade recorrente com fundamento no art. 374 do CPC, não subsiste para fins de concessão da justiça gratuita, pois embora a imprensa relata problemas de gestão, que não demonstram de forma cabal a impossibilidade de arcar com as despesas judiciais.

Não bastasse isso, o relatório de contas a pagar por data de emissão referente ao período de 01.01.1999 até 01.04.2015 (f. 65 – 76) e o balancete analítico mensal com competência referente à setembro de 2013 (f. 33 – 64) não evidenciam a situação financeira atual por referirem-se a valores de desatualizados que advém de 1999 até 2015.

No que concerne ao relatório ao balanço patrimonial de 2015 e 2016 (f. 121 – 128) e o relatório balancete analítico mensal com competência referente à janeiro de 2017 (f. 77 – 120), o documento embora seja atual e demonstre diversas dívidas, não aponta a incapacidade financeira de arcar com as custas e despesas processuais.

Conforme consta da análise do processo, apesar do seu empenho, a agravante não exerceu satisfatoriamente seu ônus de provar a necessidade do benefício em questão, já que os documentos juntados são insuficientes para alicerçar o pedido, pois não tem o condão de esclarecer de forma hialina que encontra-se atualmente em situação econômica financeira precária e que o pagamento das despesas processuais irá comprometer o sua existência.

Sendo assim, justificado está o indeferimento do benefício postulado, que deve ser reservado àqueles que comprovarem a efetiva insuficiência de recursos, nos termos do art. 98 do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 5º, inciso LXXIV, da Lei Maior, sob pena de inviabilizar o próprio judiciário, com a usurpação do próprio instituto.

Aliás, por esse ângulo trago arestos do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. SÚMULA N. 481/STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. "Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais" (Súmula 481/STJ). 2. No caso, o Tribunal de origem, analisando os fatos e as provas dos autos, entendeu que a recorrente não comprovou sua incapacidade de custear as despesas processuais. Rever essa conclusão demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite no âmbito desta Corte, a teor da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento.* (AgInt nº REsp 1385668/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDO, NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. TRIBUNAL A QUO QUE CONCLUIU PELA NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE DA ENTIDADE FILANTRÓPICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 481/STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NESTA CORTE. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *I. De acordo com a orientação jurisprudencial predominante no STJ, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração*

de pobreza.

II. Tal orientação restou sedimentada na Súmula 481/STJ, que assim dispõe: "faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais". Precedentes (STJ, AgRg nº REsp 1.465.921/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe de 20/10/2014; STJ, AgRg nº AREsp 504.575/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 11/06/2014; STJ, AgRg nº AREsp 338.466/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 10/09/2013; STJ, AgRg nº REsp 1.362.020/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 18/03/2013).

III. O Tribunal de origem decidiu a causa em consonância com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal, pelo que incide, na espécie, a Súmula 83/STJ, enunciado sumular aplicável quando fundado o Recurso Especial nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg nº AREsp 539.995/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 17/06/2015)

Por fim, cabe ressaltar que a questão relativa à assistência judiciária não preclui, portanto pode ser revista a qualquer tempo e deferida nos casos em que a parte comprovar sua efetiva necessidade.

Assim, peço vênia para discordar parcialmente do ilustre Relator quanto ao pedido de justiça gratuita, pois tenho que deve ser indeferido, devendo a agravante recolher as custas processuais em 5 (cinco) dias, sob pena de deserção. Quanto ao chamamento ao processo acompanho o voto condutor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o relator, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal.

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, 28 de novembro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Conflito de Competência nº 1604066-54.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Nélio Stábile

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – MATRÍCULA EM CEINF – EDUCAÇÃO – GARANTIA CONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO IRREGULAR OU DE RISCO A INTERESSE TÍPICO DA INFÂNCIA OU DA JUVENTUDE – INTERESSE DA FAZENDA PÚBLICA – CONFLITO PROCEDENTE.

Compete ao juízo da Fazenda Pública processar e julgar mandado de segurança em que se discute matrícula de infante em CEINF próximo da residência do impetrante, por ser questão que não encontra amparo no artigo 148 *caput* e parágrafo único do ECA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, vencido o Relator, julgar procedente o conflito, nos termos do voto do 1º Vogal.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Nélio Stábile – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Juíza da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, sob o argumento de que a competência da vara especializada (Infância, Juventude e Idoso) refere-se a matéria que envolva criança ou adolescente em situação de risco.

Alega que, presentes as hipóteses do artigo 98 do ECA, ou seja, quando há necessidade de aplicação de medidas de proteção em favor da criança e do adolescente por violação dos seus direitos (parágrafo único do artigo 148), o juízo da infância e da juventude será competente.

Aduz que a competência da Vara Especializada (Infância, Juventude e Idoso) refere-se à matéria que envolva criança ou adolescente em situação de risco.

Relata que a pretensão formulada busca o direito constitucional à educação garantido a qualquer pessoa que viva em território brasileiro, pouco importando sua faixa etária, ou seja, o que se discute é o direito à educação, obrigação inerente ao Estado.

Explica que o julgado constante na decisão do juízo suscitado (f. 28-31) refere-se aos Juízos da Comarca de Três Lagoas, cuja competência é regulada pelo artigo 8º da Resolução nº 221/94/TJMS, o que não é o caso.

Argumenta que a competência para conhecer e julgar a matéria objeto desta ação há muito se encontra consolidada no TJMS no sentido de ser competente os Juízos da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, tanto que até a presente data não havia discussão acerca de sua competência.

Sustenta que no caso dos autos, o impetrante busca compelir o Município, por sua Secretária Municipal de Educação, a inseri-lo em CEINF mais próximo de sua residência, de modo que a competência é de uma das Varas da Fazenda Pública e Registros Públicos.

Reverbera que o impetrante não se enquadra nas situações disciplinadas nos incisos do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que está sob a responsabilidade de sua mãe e recebe dela assistência que necessita, além de não haver conflito familiar ou outra questão que coloque a criança em situação de risco nem sequer ocorre discordância dos genitores em relação a um dos aspectos decorrentes do poder familiar.

O Juízo suscitado prestou informações às f. 58/61.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela improcedência do pedido.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Juíza da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande em face do Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, sob o argumento de que a competência da vara especializada (Infância, Juventude e Idoso) refere-se a matéria que envolva criança ou adolescente em situação de risco.

Alega que, presentes as hipóteses do artigo 98 do ECA, ou seja, quando há necessidade de aplicação de medidas de proteção em favor da criança e do adolescente por violação dos seus direitos (parágrafo único do artigo 148), o juízo da infância e da juventude será competente.

Aduz que a competência da Vara Especializada (Infância, Juventude e Idoso) refere-se à matéria que envolva criança ou adolescente em situação de risco.

Relata que a pretensão formulada busca o direito constitucional à educação garantido a qualquer pessoa que viva em território brasileiro, pouco importando sua faixa etária, ou seja, o que se discute é o direito à educação, obrigação inerente ao Estado.

Explica que o julgado constante na decisão do juízo suscitado (f. 28-31) refere-se aos Juízos da Comarca de Três Lagoas, cuja competência é regulada pelo artigo 8º da Resolução nº 221/94/TJMS, o que não é o caso.

Argumenta que a competência para conhecer e julgar a matéria objeto desta ação há muito se encontra consolidada no TJMS no sentido de ser competente os Juízos da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande, tanto que até a presente data não havia discussão acerca de sua competência.

Sustenta que no caso dos autos, o impetrante busca compelir o Município, por sua Secretária Municipal de Educação, a inseri-lo em CEINF mais próximo de sua residência, de modo que a competência é de uma das Varas da Fazenda Pública e Registros Públicos.

Reverbera que o impetrante não se enquadra nas situações disciplinadas nos incisos do art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que está sob a responsabilidade de sua mãe e recebe dela assistência que necessita, além de não haver conflito familiar ou outra questão que coloque a criança em situação de risco nem sequer ocorre discordância dos genitores em relação a um dos aspectos decorrentes do poder familiar.

O Juízo suscitado prestou informações às f. 58/61.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela improcedência do pedido.

A controvérsia existente nos autos cinge-se em saber qual juízo é competente para processar e julgar as ações em que o menor busca compelir o Município - através de sua Secretária Municipal de Educação - a inseri-lo em CEINF mais próximo de sua residência, se a Vara da Infância, Juventude e Idoso ou uma das Varas da Fazenda Pública.

Assim estabelecem os arts. 98, 101 e 148, todos do ECA:

> *"Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:*
>
> *I - **por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;***
>
> *II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;*
>
> *III - em razão de sua conduta.*
>
> *(...)*
>
> ***Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:***
>
> ***(...)***
>
> ***III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino Fundamental;"***
>
> *(...)*
>
> *Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:*
>
> *I - conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;*
>
> *II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;*
>
> *III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;*
>
> ***IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente,** observado o disposto no art. 209;*
>
> *V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;*

> *VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;*
>
> *VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.*
>
> ***Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:(...) –*** *destaquei*
>
> *(...)*
>
> *Art. 208.* ***Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:***
>
> ***I - do ensino obrigatório;***
>
> ***(...)***
>
> ***III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;"*** - destaquei

Por sua vez a Resolução 221/94 desta Corte:

> *"Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*
>
> *(...)*
>
> *b) aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:*
>
> *os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos;*
>
> *(...)*
>
> *f) ao da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, processar e julgar feitos:*
>
> *1 - relativos à criança e ao adolescente, inclusive dos que têm representante legal, com exceção do contido na alínea seguinte;*
>
> *2 - que se relacionem com o processamento e julgamento das medidas de proteção ao idoso previstas nos artigos 43 a 45 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, exceto as inseridas no âmbito das competências da Vara dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos;"*

Conforme se denota do art. 98 do ECA, as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado.

O art. 101, III, do ECA, por sua vez, preceitua que verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar a matrícula e frequência obrigatórias do infante em estabelecimento oficial de ensino Fundamental.

E no caso dos autos, constata-se a omissão do Estado/Município no tocante à matrícula do infante em CEINF mais próximo de sua residência, o que, sem dúvida, subsume-se aos artigos acima citados.

A própria juíza suscitante afirmou que, presentes as hipóteses do artigo 98 do ECA, o juízo da infância e da juventude seria competente.

Importante ressaltar que a aplicabilidade do ECA não se restringe somente às matérias que envolvam criança ou adolescente em situação de risco, pelo contrário, O entendimento deste Tribunal de Justiça é de que a atração da competência da Vara da Infância e da Juventude é possível quando restarem configuradas quaisquer das hipóteses de ameaça ou violação aos direitos do menor.

Isso poque, a finalidade da norma é proteger e amparar o infante em qualquer situação, tanto que o inciso III do art. 101 prevê expressamente que a autoridade poderá determinar a matrícula e frequência obrigatórias da criança em estabelecimento oficial de ensino Fundamental.

Noutro vértice o parágrafo único do supracitado artigo expressamente prevê que: *"Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude"*.

E mais, também está expressamente previsto no art. 208 do ECA, que as disposições desse Estatuto também se aplicam nos casos de ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório e de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, como é o caso dos autos.

Não se ignora as disposições da Resolução 221/94 desta Corte quanto ao interesse da Fazenda Pública, porém a mesma legislação preceitua que compete a Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, processar e julgar feitos relativos à criança e ao adolescente, inclusive dos que têm representante legal, como é o caso dos autos.

Assim, de acordo com a Resolução acima, envolvendo interesses da infância e da juventude, compete à Vara Especializada o processamento e julgamento da demanda.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

> *"EMENTA-CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO QUE VISA PROTEGER DIREITOS DA CRIANÇA - COMPETÊNCIA DA VARA INFÂNCIA E JUVENTUDE - AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA - CONFLITO DESACOLHIDO.*
>
> *É competente o Juizado da Infância e da Juventude, para julgar ação que tenha por objeto assegurar o acesso de menor a educação."* (TJMS. Conflito de competência nº 0800265-08.2014.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j: 04/11/2014, p: 05/11/2014)

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"Em conclusão, é evidente que a Vara da Infância, Adolescência e do Idoso da Comarca de Campo Grande detém competência para julgar as ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, que dizem respeito à direitos fundamentais, não havendo que se falar em competência da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande para julgar o Mandado de Segurança nº 0836326-20.2017.8.12.0001, cujo bem tutelado é a educação da infante."*

Pelo exposto, e com o parecer, julgo improcedente o presente conflito.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Peço vênia ao Eminente Relator para divergir de seu Voto.

Entendo que deve ser dado provimento ao Conflito de Competência, declarando a competência do Juízo Suscitado (Vara da Fazenda Pública), pois a Justiça da Infância e Juventude possui competência para julgar apenas os casos em que se discutam direitos que estejam previstos expressa e exclusivamente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ou seja, somente as situações envolvendo situação irregular e de risco grave de violação de direitos típicos da infância ou da juventude, tais como guarda, alimentos, adoção, consoante dispostos nos artigos 98 e 148, do ECA.

Trata-se de demanda envolvendo casos do CEINF; ou seja, não há situação de risco e grave violação de direitos da Infância ou Juventude, razão pela qual é competente o Juízo da Vara da Fazenda Pública, por envolver interesse do ente público.

A Resolução nº 221/94/TJMS, define, em seu artigo 2.º, as seguintes competências:

> *Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:*
>
> *b) aos das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos, processar e julgar:*
>
> *1. os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, suas autarquias ou Fundações de Direito Público, com exceção daqueles de competência das Varas de Execução Fiscal, Cartas Precatórias Cíveis e Direitos Difusos, Coletivos e Individuas Homogêneos*
>
> *2. os mandados de segurança, habeas data e mandado de injunção;*
>
> *3. os feitos relativos a registros públicos, inclusive os procedimentos de dúvida e de averiguação oficiosa de que trata o art. 2º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992;*
>
> *f) ao da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso, processar e julgar feitos:*
>
> *1 - relativos à criança e ao adolescente, inclusive dos que têm representante legal, com exceção do contido na alínea seguinte;*
>
> *2 - que se relacionem com o processamento e julgamento das medidas de proteção ao idoso previstas nos artigos 43 a 45 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, exceto as inseridas no âmbito das competências da Vara dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos;*
>
> *3 - as cartas precatórias extraídas dos feitos concernentes à criança e ao adolescente;*

Constata-se, assim, que a competência das Varas de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta comarca, conforme alínea b, envolve os feitos de interesse das Fazendas Públicas Estadual e Municipal.

Por outro lado, conforme demonstrado pelo Juízo suscitante, a competência da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso refere-se à matéria que envolve criança ou adolescente em situação de risco, nos termos da interpretação sistemática dos artigos 98 e 148, ambos do ECA.

A questão debatida nos autos não envolve criança ou adolescente em situação de risco propriamente dito, não sendo, assim, competência da Justiça da Vara da Infância e da Juventude.

Reputo necessário anotar que, acaso se admitisse a competência da Vara da Infância e da Juventude apenas porque em um dos polos encontra-se um menor, a competência da Vara estaria assentada também para as ações de inventário, de alimentos, de medicamentos, e tantas outras, nos casos em que figurasse menor em dos polos da ação, o que não se concebe, *data venia*.

Por tais razões, voto pelo provimento do presente conflito, declarando-se a competência do Juízo Suscitado para julgar a demanda.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Acompanho voto 1º vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o relator, julgaram procedente o conflito, nos termos do voto do 1º vogal.

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, 28 de novembro de 2017.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1410487-44.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO JUDICIAL CONTRA O QUAL NÃO CABE RECURSO – ADMISSIBILIDADE – MÉRITO – TRANSFERÊNCIA DE FERIADO MUNICIPAL POR DISPOSIÇÃO DE PORTARIA EDITADA PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA ATRIBUÍDA PELO REGIMENTO INTERNO DO TJMS E DE LEI ESTADUAL – DEVER DO CAUSÍDICO DE ACOMPANHAR OS DIAS DE EXPEDIENTE FORENSE – NÃO COMPROVAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DO SISTEMA SAJ EM PERÍODO INTEGRAL, QUE ENSEJASSE A IMPOSSIBILIDADE DE PETICIONAMENTO – ALEGADO DIREITO, NO MANDADO DE SEGURANÇA, DEVE SER AFERÍVEL DE PRONTO, ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

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 e com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator, após o indeferimento do pedido de adiamento.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Estúdio Krugel impetrou este Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra o Juízo da 14ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, para que lhe seja deferido o pedido de produção de prova testemunhal, com a oitiva das pessoas constantes no rol que apresentou em Juízo. Aduz que o Impetrado considerou que ela Impetrante arrolou testemunhas intempestivamente, e determinou a preclusão de seu direito de produzir a prova. Alega que o Despacho proferido pelo Impetrado diz que as testemunhas foram arroladas fora do prazo, no dia 14.06.2017, quando deveriam ter sido arroladas no dia 12.06.2017; no entanto, no dia 12.06.2017 (segunda-feira) o sistema SAJ encontrava-se indisponível, como faz prova o incluso Atestado de Indisponibilidade. Assevera que, como o sistema estava indisponível em 12.06.2017, o término do prazo foi transferido para 14.06.2017 (quarta-feira), já que o dia 13.06.2017 (terça-feira) é declarado feriado do Padroeiro do Município de Campo Grande-MS, a saber, Santo Antônio de Pádua, conforme Lei Municipal nº 3.901/2001. Afirma que, inexplicavelmente, o TJMS expediu a Portaria nº 456/2017, alterando o feriado do dia 13.06.2017 para o dia 14.06.2017, o que não poderia ter sido feito, pois a jurisprudência é pacífica quanto à impossibilidade de limitação de preceito legal por atos infralegais (portarias e instruções normativas). Ressalta que, nada obstante a referida Portaria possuir validade no âmbito do funcionalismo público, é certo que ela não tem o condão de gerar efeitos na atuação privada da

advocacia, que deve ser preservada em sua totalidade. Tece comentários acerca do cabimento de Mandado de Segurança na hipótese, ante a taxatividade do rol previsto no artigo 1.015, do Código de Processo Civil.

Requer a concessão de liminar, para que a produção da prova testemunhal requerida seja deferida. No mérito, requer a confirmação da liminar ou, caso não haja concessão da referida medida, seja determinada a designação de outra audiência de instrução para oitiva das testemunhas arroladas pela ora Impetrante.

O pedido de Liminar foi indeferido a f. 82/86.

Notificado, o Impetrado prestou Informações a f. 93/95.

Em Parecer de f. 100/106 a Procuradoria de Justiça opina pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

I – Primeiramente, anoto que entendo não ser taxativo o rol de hipóteses de cabimento de Agravo de Instrumento, disposto no artigo 1.015, do Código de Processo Civil, o que permitiria à parte o manejo do referido recurso contra a Decisão que indeferiu o pedido de produção de prova testemunhal, por intempestividade, no feito de origem.

Entretanto, como referido entendimento não é unânime no âmbito deste Tribunal de Justiça, hei por bem receber o presente *Mandamus*.

II – Em segundo lugar, ressalto que a Lei nº 12.016/2009, em seu artigo 5º, incisos II e III, estabelece que não cabe impetração de *mandamus* contra ato judicial, seja o ainda passível de recurso, seja o já transitado em julgado.

Entretanto, em algumas hipóteses especiais, existe a possibilidade de manejo do Mandado de Segurança, dentre elas as Decisões contra as quais, por algum fator peculiar, a parte interessada não possa recorrer, que é o que ocorre no presente caso, em que, conforme ressaltado no item anterior, este Tribunal de Justiça entende ser taxativo o rol do artigo 1.015, do Código de Processo Civil, que versa sobre o cabimento do recurso de Agravo de Instrumento, o que impossibilita a parte de interpor o referido recurso.

No mesmo sentido é o posicionamento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. MEDIDA ASSECURATÓRIA. REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS. SEQUESTRO E INDISPONIBILIDADE DE BENS. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA IMPUGNATIVA INADEQUADA. REGRA. EXCEÇÃO. DECISÃO JUDICIAL TERATOLÓGICA OU FLAGRANTEMENTE ILEGAL. INDÍCIOS DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA. DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.*
>
> *1. Não se admite recurso especial, interposto com arrimo na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, quando não demonstrada a divergência jurisprudencial, nos termos exigidos pelo art. 255, § 2º, do RISTJ, nem quando, interposto com espeque na alínea "a" do permissivo constitucional, esteja ausente o prequestionamento da tese aventada.*
>
> *2. Conquanto, a teor do disposto no art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 e na Súmula nº 267 do STF, não caiba mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou*

correição, esse regramento deve ser mitigado quando se estiver diante de decisões judiciais teratológicas ou flagrantemente ilegais, como é o caso dos autos e, aliás, em consonância com a jurisprudência desta Corte, foi a posição adotada pelo Tribunal de origem.

3. O sequestro de bens, previsto nos arts. 125 e 132 do CPP, é medida cautelar excepcional, a afetar o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, que antecipa os efeitos de uma possível condenação - pois visa assegurar que os bens oriundos da prática do delito sejam utilizados para a reparação do dano causado - e, como tal, para o seu deferimento, é necessária a presença cumulativa dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora.

4. In casu, apesar da gravidade do dano ambiental supostamente causado pelos recorridos, não se justifica a constrição, nos moldes indiscriminados requeridos e efetivados pelo Juízo de primeiro grau, se não demonstrado pelo Ministério Público um nexo fático mínimo entre o proveito da ação ilícita praticada e a aquisição dos bens, nos termos do que dispõe o art. 126 do CPP.

5. Agravos regimentais não providos. (STJ. AgRg no REsp nº 1.280.404/MT. Órgão Julgador: 6ª Turma. Relator: Minº Rogério Schietti Cruz. Julgamento: 21.02.2017).

III – Analisando o quanto processado na ação mandamental, concluo que a segurança deve ser denegada.

Isso porque verifico não haver, na impetração, o alegado direito líquido e certo. Só a alegação do direito, sem sua cabal demonstração, não é suficiente para a concessão da segurança.

Não há evidência de direito líquido e certo na medida em que o argumento esposado pela Impetrante, de que Portaria expedida por este E. Tribunal acerca de antecipação de feriado não teria validade, não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Com efeito. O artigo 216, do Código de Processo Civil, é enfático ao estabelecer que feriados são os dias em que não haja expediente forense.

Art. 216. Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos e os dias em que não haja expediente forense.

O fato de haver lei do município de Campo Grande estabelecendo que o dia 13 de junho é feriado municipal não derroga a disposição contida na Lei Estadual nº 1.511/1994, que, em seu artigo 268, dispõe:

Art. 268. É considerado feriado na Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul o período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 6 de janeiro, inclusive os domingos, os dias de festa nacional e ainda os que forem especialmente decretados.

O referido artigo de lei estadual estabelece apenas que os dias de festa nacional, o recesso forense, os domingos, e os dias em que forem especialmente decretados são considerados feriados para efeitos forenses. Não há qualquer disposição acerca de feriado municipal, seja ele instituído por lei ou não.

Aliás, em havendo tal disposição em lei municipal, esta não tem o condão de derrogar o que estabelecido em lei estadual, uma vez que lei municipal não possui poder normatizante suficiente para regular atividade de organização judiciária, cuja atribuição cabe mesmo à lei estadual.

Como na hipótese a Portaria nº 456, de 11 de abril de 2017, da lavra do Exmo. Sr. Desembargador Presidente deste Tribunal, no uso de sua atribuição conferida pelo artigo 151, XXV, "*a*", item 4, do Regimento Interno do TJMS, transferiu o feriado do dia 13.06 para o dia 14.06; e declarou, em seu artigo 2º, que haveria

expediente normal no dia 13.06.2017, a norma é válida e possui eficácia, sendo que o vencimento do prazo em questão, que ocorreria no dia 12.06.2017 (e só não se venceu nesta data por problemas no sistema SAJ – Certidão a f.65), foi prorrogado para o dia útil forense subsequente, a saber, o dia 13.06.2017.

Não há se falar, também, em distinção entre eficácia da transferência do feriado para o Poder Judiciário e seus membros e servidores apenas, e eficácia para a advocacia. Isso porque o expediente forense ocorreu normalmente, seja em relação a quem for, com a fluência normal de todos os prazos e atos processuais pertinentes. Como é sabido, é dever do advogado que representa a parte acompanhar tanto as publicações relativas a seus processos, como as que se referem a feriados, recessos e dias de expediente forense, sendo de se ressaltar que a Portaria nº 456, que regula a transferência do feriado em questão, data de 11 de abril de 2017, ou seja, de mais de dois meses antes do feriado transferido, tempo suficiente para a ciência de todos os interessados.

Anoto, ainda, que a alegação de que no dia 13.06.2017 (data para a qual se transferiu o último dia para apresentação do rol de testemunhas pela Impetrante) o sistema SAJ estaria indisponível pela manhã não faz exsurgir a liquidez do alegado direito na hipótese. Primeiro, porque não há qualquer Certidão nesse sentido, a qual, se existisse, deveria estar instruindo o feito, já que não é permitida a dilação probatória no *mandamus*. E, segundo, porque ainda que tenha havido referida indisponibilidade no período da manhã, o fato é que a parte teve todo o período da tarde e, também, parte do período noturno (até às 24:00hs do horário local) para fazer o peticionamento.

Em não restando comprovado tal peticionamento, não há evidência, tênue que seja, de requisito suficiente para a concessão da segurança pleiteada.

IV – Ante o exposto, com fundamento nos artigos 5°, LXIX, da Constituição da República, e 1º, da Lei n° 12.016/2009, denego a segurança reclamada por Estúdio Krugel neste mandado de segurança que impetrou contra o Juízo da 14ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande.

Custas pelo Impetrante. Todavia, suspendo a exigibilidade do respectivo pagamento, na forma do artigo 98, §3º, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em honorários, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator, após o indeferimento do pedido de adiamento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

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

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800332-61.2013.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM – PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO – AÇÃO AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO INCISO II, DO § 5º DO ART. 206, DO CÓDIGO CIVIL – AUSÊNCIA DE PROVA DE PARCELAMENTO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

É de cinco anos o prazo para a cobrança de honorários de profissional liberal, conforme previsão do inciso II, do § 5º do art. 206, do Código Civil.

O termo inicial do prazo prescricional para a ação de cobrança é a data da celebração do contrato intermediado, se ausente prova do parcelamento da comissão de corretagem.

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, 24 de janeiro de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ramão Paradeiro e Hordones Jose Alves interpuseram recurso de Apelação em face da sentença (f. 196-199) proferida em 3 de agosto de 2017 por Vinicius Pedrosa Santos Juiz da 1ª Vara da Comarca de Bela Vista, que na ação ordinária de cobrança de comissão e corretagem proposta em desfavor de Valdir Godoy Pereira e Maria Veríssima Lino Braga Pereira, reconheceu a prescrição e julgou extinto o processo com fulcro no artigo 487, II, CPC.

Em razões recursais (f. 213-223), alegam que consta nos autos provas testemunhais da existência de acordo verbal pactuado com o senhor Valdir para o pagamento da comissão de forma parcelada.

Afirmam que o recebimento da comissão pela corretagem ia ser feito proporcionalmente a cada parcela da compra/venda ao longo dos seis anos, conforme no contrato e Escritura Pública de Compra e Venda juntados as f. 14-18 e 65-70.

Ressaltam que os vencimentos da compra/venda tiveram início da primeira parcela no período de 07/02/2008 até 07/03/2008 e as demais em igual período nos anos subsequentes de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

Sustentam que diante do parcelamento da comissão proporcional à compra/venda, nos termos do contrato e Escritura Pública, fica caracterizado o trato sucessivo, renovando-se o prazo prescricional a cada mês, tendo como termo inicial a data de vencimento da última parcela em 07/03/2013.

Requerem a reforma da sentença.

Os apelados não apresentaram contrarrazões de apelação (f. 226).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ramão Paradeiro, objetivando a reforma da sentença proferida em 03.08.2017 pelo Juiz da 1ª Vara de Bela Vista que, na ação de cobrança de comissão de corretagem proposta pelos recorrentes desfavor de Valdir Godoy Pereira, reconheceu a ocorrência de prescrição.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 208-209:

> *"Posto isso, reconheço a prescrição e julgo extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, CPC.*
>
> *Condeno os demandantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios devidos aos patronos da demandada, ora fixados em 15% sobre o valor da causa, com a ressalva de que os litigantes são beneficiários da assistência judiciária.*
>
> *As obrigações decorrentes da sucumbência devidas pela demandante, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC, "ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário".*
>
> *Se este provimento for objeto de recurso, deverá o cartório observar, de ofício e independentemente de nova conclusão, as disposições gerais dos recursos contidas no art. 994 e ss. do CPC, notadamente o § 5º do art. 1.003 de que o lapso temporal para responder é de quinze dias, excetuados os embargos de declaração e ressalvados os prazos em dobro1. Após, remetam-se os autos ao TJMS, com os nossos cordiais cumprimentos.*
>
> *Publique-se. Intimem-se.*
>
> *Transitado em julgado, arquive-se".*

Das razões recursais

Em razões recursais (f. 213-223), alegam que consta nos autos provas testemunhais da existência de acordo verbal pactuado com o senhor Valdir para o pagamento da comissão de forma parcelada.

Afirmam que o recebimento da comissão pela corretagem ia ser feito proporcionalmente a cada parcela da compra/venda ao longo dos seis anos, conforme no contrato e Escritura Pública de Compra e Venda juntados as f. 14-18 e 65-70.

Ressaltam que os vencimentos da compra/venda tiveram início da primeira parcela no período de 07/02/2008 até 07/03/2008 e as demais em igual período nos anos subsequentes de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

Sustentam que diante do parcelamento da comissão proporcional à compra/venda, nos termos do contrato e Escritura Pública, fica caracterizado o trato sucessivo, renovando-se o prazo prescricional a cada mês, tendo como termo inicial a data de vencimento da última parcela em 07/03/2013.

Requerem a reforma da sentença, a fim de que os pedidos sejam julgados procedentes.

Breve relato dos fatos

Hordones José Alves e Ramão Paradeiro propuseram ação ordinária de cobrança de comissão e corretagem em face de Waldir Godoy Pereira e sua esposa Maria Veríssima Lino Braga Pereira, alegando em síntese que trabalharam como corretores mediando a venda de bem imóvel de propriedade do do requerido, cujo valor fixado era de R$1.350.000,00 (um milhão trezentos e cinquenta mil reais).

Afirmaram que após o serviço de divulgação do referido imóvel, conseguiram vendê-lo em 08 de fevereiro de 2007.

Entretanto, os requeridos se negam a pagar o valor firmado referente a comissão no importe de 5%, tendo pago apenas a importância de R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Foram colhidos os depoimentos de três testemunhas (f. 39).

Em contestação (f. 41-51), os requeridos arguiram preliminarmente pela falta de interesse de agir, impossibilidade jurídica e prescrição, alegando que jamais contrataram qualquer tipo de intermediação com os requerentes, além de o contrato de compra e venda realizado pelos demandantes não ter sido finalizado.

No mérito, afirma não possuir nos autos, documentos que comprovem a existência de contrato firmado entre os demandantes e demandados.

Impugnação à contestação f. 113-126.

Por fim, sobreveio a sentença objeto do recurso.

Da prescrição

O prazo prescricional para o ajuizamento de ação de cobrança de honorários do corretor de imóveis é de cinco anos, conforme se infere do inciso II, do § 5º, do art. 206, do Código Civil:

> *"Art. 206. (...)*
>
> *§ 5º Em cinco anos: (...)*
>
> *II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato".*

Entretanto, de acordo com o inciso II, do artigo 99 do CC, a prescrição da ação de cobrança não corre enquanto não vencido o prazo para o adimplemento da obrigação.

Veja-se:

"Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: (...)

II - não estando vencido o prazo".

Conforme documento de f. 14-18, o contrato de compra e venda firmado entre Valdir Godoy Pereira, Maria Veríssima Lino Braga Pereira (vendedores requeridos) e Juliano César Adams e Cinthia Reis Barbosa Adams (compradores) foi firmado em 08.02.2007.

Conforme a cláusula III do contrato, o imóvel seria pago de forma parcelada.

Confira-se:

> *"Cláusula III – O preço total, certo e ajustado, para a presente transação, é de R$ 1.350.000,00 (um milhão trezentos e cinquenta mil reais), a serem pagos da seguinte forma:*
>
> *A – R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), neste ato, a título de sinal e princípio de pagamento, através do cheque lâmina número 850963, sacado contra o Banco do Brasil S/A, agência nº 0211-9, de emissão do Comprador Varão, dando os Vendedores a mais ampla e irrevogável quitação, a qual, porém, fica condicionada a efetiva compensação e consequente pagamento do cheque supra descrito;*
>
> *B – R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), que serão pagos, em moeda corrente nacional até o dia 07 de abril do corrente ano.*
>
> *C – R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), que para todos os fins e efeitos de direito, é neste ato transformado em 20.558,28@ (vinte mil quinhentas e oitenta e oito arrobas e vinte e oito centésimos de arroba) de carne de boi gordo rastreado, a serem pagas em 06 (seis) parcelas de 3.431,38@ (três mil quatrocentas e trinta e uma arrobas e trinta e oito centésimos de arroba, sendo a primeira do dia 07 (sete) de fevereiro, até o dia 07 (sete) de março do ano de 2.008 (dois mil e oito) e as demais, do dia 07 (sete) de fevereiro ao dia 07 (sete) de março dos anos subsequentes de 2.009, 2.010, 2.011, 2.012 e 2.013.*
>
> *Parágrafo único – Assim, mediante a conversão estabelecida no parágrafo anterior, fica convencionado entre as partes que o valor de cada parcela, será calculada com base na média do valor da arroba do boi gordo rastreado, preço à vista, arroba cheia, divulgada pelo Correio do Estado, no dia 07 (sete) de fevereiro de cada ano, e no dia anterior ao do efetivo pagamento.*
>
> *Parágrafo quinto – Fica eleito como local do pagamento o domicílio dos vendedores, razão pela qual os compradores se comprometem a pagar o preço contratado na Rua Getúlio Vargas, número 640, na cidade de Caracol-MS, CEP nº 79.270-000, ou em outro local previamente designado pelos primeiros".*

Ocorre que o pagamento da remuneração referente ao contrato de corretagem, via de regra, não está condicionada ao recebimento, pelo vendedor, do preço do imóvel intermediado.

De acordo com dispositivo do Código Civil, a remuneração é devida ao corretor em razão do resultado da intermediação, e não do pagamento do valor.

Veja-se:

> *"Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes".*

Assim, era necessária a comprovação de que o contrato celebrado entre requerentes e requeridos previa o pagamento parcelado da comissão de corretagem.

Entretanto, as testemunhas ouvidas em juízo nada esclareceram acerca da forma de pagamento da comissão de corretagem.

Veja-se (f. 39):

> *Juliano César Adams*
>
> *[Sr. Juliano, bom dia, tudo bem? O senhor tem algum interesse em beneficiar uma das partes, ou interesse nesse processo diretamente?] Não. [Dada a palavra ao advogado da parte requerida.] [Doutor eu estou contraditando a testemunha, em virtude dele ter sido primeiro comprador e não ter dado certo, foi rescindido o contrato com o requerido e venderam para outro. Tanto é, que consta na certidão cartorária esse caso, por isso faço a contradita dele]. [Registrada a contradita, apesar do indireto interesse da testemunha na realização da transação que lhe beneficiava, não vislumbro que tal circunstância comprometa a rigidez de seu depoimento, portanto o senhor resta advertido e compromissado com o dever legal de dizer a verdade, tudo bem?] Tudo bem. [O senhor tem conhecimento dessa lide que envolve aqui presentes nesse processo?] Tenho. [Qual seu conhecimento em relação aos fatos?] O conhecimento que eu tenho é que, uma parte, um fala que recebeu...Aliás, uma parte fala que não recebeu né, e a outra parte, vai atrás de seus direitos em relação ao pagamento. [Sr. Juliano, qual foi a transação que o senhor teve, qual foi a negociação e depois pelo o que o doutor mencionou a rescisão do seu contrato?] A princípio, eu estava com interesse de comprar uma área aí através do Ramão, Ramão Paradeiro né, me apresentou o Dudu, e o Dudu me mostrou essa área. Então surgiu o interesse de compra. [O Dudu seria?] O Hordones. Aí surgiu o interesse de compra, fizemos a negociação: eu, o Dudu e o Senhor Valdir. A maior parte da negociação foi feita dentro do cartório de Bela Vista, aí finalizamos a negociação, tomei posse da terra, e no momento em que eu vi que não iria conseguir pagar, eu procurei o senhor Valdir, tentei entrar em um acordo. Fizemos o acordo, passei a terra para outro comprador, da nossa parte a gente acertou tudo e eu saí fora do negócio. [O senhor tinha ajustado alguma correção de corretagem?] Não, comigo não. [Teria ficado por conta do vendedor?] É, por conta do vendedor, tanto é que quando eu vendi a fazenda, que já era minha, tinha escritura no meu nome e passei para outro, a minha parte de correção com o corretor que apresentou o novo comprador, ficou por minha conta, eu paguei tudo. [Entendi, dada a palavra ao advogado da parte requerente, Dra. Tereza]. [Então, eu gostaria de saber do Sr. Juliano, se ele tem conhecimento se houve algum pagamento do Sr. Valdir para o Sr. Ramão e o Dudu, se ele tem conhecimento?] É, em uma das minhas vindas, o Dudu passou um cheque para mim entregar para o Ramão mas, valores assim eu não lembro, eu só levei o cheque para o Ramão que era parte da comissão. [Dra.?]. [Então assim, resta comprovado então, o senhor não tem dúvida, vamos dizer assim, que os intermediadores na sua compra foram o Ramão Paradeiro e o Hordones?] Foi, primeiramente o Ramão, depois através do Dudu. [Dada a palavra a parte requerida]. [Se ele tem conhecimento se o Dudu, é corretor credenciado?] Não, não tenho. [Ele também alegou, a testemunha, que deu um cheque do Sr. Dudu para passar ao Sr. Ramão. Se ele lembra o valor desse cheque, quanto era esse cheque, e porque ele deu esse cheque] Não, eu lembrei que ele me deu um cheque falando que era parte referente, não sei se era proporcional ou não mas, era para mim entregar ao Ramão. [Quem que deu esse cheque doutor, ele não respondeu]. [Quem lhe deu esse cheque?] O Dudu. [E o valor de quanto?] Aí eu não lembro, eu peguei o cheque, dobrei e entreguei só. [Só o que o senhor tenha conhecimento Sr. Juliano]. [Doutor ele também alegou que ele negociou com terceiro, através de escritura que estava no nome dele. Ele falou isso, mas segundo consta, ele tinha um contrato de compra e venda, não uma escritura no nome dele]. [Só uma pergunta doutor, o senhor chegou a fazer uma*

escritura pública ou um contrato particular de compra e venda?] É nós tínhamos contrato particular de compra e venda, e a escritura foi feita mas vinculada aos pagamentos, então conforme eu ia pagando, iria liberando a escritura, tanto é, que foram dividida em várias matrículas a escritura. Então, conforme eu ia pagando, porque o prazo era longo né, iam liberando as matrículas. [Doutor, para finalizar, ele não se recorda do valor. Então porque o Dudu passou o cheque, vamos dizer que o Dudu fosse corretor em uma hipótese, ele passou o cheque dele para passar ao Sr.Hordones, eu não entendi isso]. [O senhor sabe nos explicar?] Eu na época, pelo o que o Dudu me passou, foi que o Sr. Valdir tinha passado, não sei se o senhor Valdir passou esse cheque ou ele na consciência dele achando que deveria passar ao Ramão alguma parte do dinheiro. Eu sei só que ele me entregou um cheque em mãos e eu entreguei para o Ramão. [Doutor, quando foi realizada essa negociação?] Da compra e venda? [É, do contrato de compra e venda.] Ah, tem a data no contrato de compra e venda, eu não me recordo de cabeça. [Satisfeito]. [Nada mais, encerrado o termo de depoimento de Juliano César Adams].

Lirço Ferreira Leite

[Termo de depoimento da testemunha Lirço Ferreira Leite. Sr. Lirço, o senhor tem algum parentesco ou amizade íntima ou interesse de beneficiar ou prejudicar uma das partes envolvidas nesse processo?] Parentesco, o Valdir é meu parente mesmo sabe, mas o Dudu não, é conhecido meu. [Mas de grau distante pelo o que o senhor refere?] Não muito, mas é distante, terceiro grau já. [Tá ok. Dada a palavra ao advogado da parte requerida]. [Se a testemunha foi testemunha do Sr. Valdir e do Sr. Dudu, na pasta política, na aposta de um pleito político que (não compreendido)...] [Servido de testemunha em um outro pleito.] [Na aposta de um pleito político, e se o Dudu perdeu essa aposta.] [O senhor serviu de testemunha para os autores em um outro processo?] Servi sim senhor. [E se foi testemunha de uma aposta de pleito político.] Exatamente, isso aí. [E quem perdeu a aposta?] Quem perdeu foi o Dudu. [O senhor mantém a contradita doutor?] [Não mantenho.] [O senhor fica advertido Sr. Lirço então, do compromisso de dizer a verdade, sob as penas da lei tá bem?] Tudo. [Dra. Tereza, senhora pode perguntar diretamente.] [Sr. Lirço, o senhor tem conhecimento da negociação da fazenda que foi vendida do Sr. Vladir para o Sr. Julianos Adams?] Tenho sim senhora. [Essa intermediação da venda da fazenda, o senhor tem conhecimento de quem realizou, quem intermediou, quem foi o corretor que informou?] Sim senhora. Foi o José Hordones e o tal de Ramão. [O senhor sabe dizer se havia um pacto de cobrança de comissão de corretagem entre o Dudu e o Sr. Ramão para com o senhor Valdir?] Sabia sim senhora, porque tinha a corretagem deles né. [E o senhor sabe dizer se essa corretagem foi paga ou não?] Pelo o que eu ouvir dizer, diz que não foi pago né. [Dada a palavra a parte requerida.] [Se ele tem conhecimento disso aí, o Sr. Ramão e o Sr. Valdir se conhecem?] Eu acredito que sim né. [O senhor acredita ou..] Eu acredito que sim né, eles venderam juntos a fazenda. [Ele sabe se o Sr. Dudu e o Sr. Ramão foram na fazenda, o senhor viu isso?] Sabia sim senhor. [O senhor chegou a presenciar se eles chegaram a ir na fazenda?] Não, mas eu sabia, sempre estou conversando com o Dudu, ele mexe com essa ramo aí sabe. [Isso tudo através de conversas né?] [Informações prestadas pelo Sr. Hordones?] Isso. [Doutor, na hipótese desta aposta. Essa aposta referia-se a uma dívida dessa comissão?] [Tinha alguma coisa a ver Sr. Lirço?] De que doutor? [Essa aposta que o senhor teria testemunhado tem alguma relação com essa fazenda, com a compra e venda dessa fazenda?] Olha doutor, me parece que tem a ver com uma parcela que o Dudu teria a receber naquele dia né, é isso aí que eu sei. [Entendi.] Só isso aí que eu presenciei, testemunhei isso aí. [Ele vem ser parente de terceiro ou segundo grau do Sr. Valdir] Do Sr. Valdir acho que é terceiro grau se eu não me engano. [Qual é a relação de parentesco dos senhores?] O meu pai era irmão da mãe dele. [É segundo grau doutor, então tenho que contraditar]. [Nada mais, encerrado o termo de depoimento do Sr. Lirço Ferreira Leite].

Ramão Rubson Roda

[Ramão Rubson Roda. Depoimento de testemunha advertida e compromissada. Sr. Ramão, como referido o senhor não tem parentesco, amizade íntima ou interesse de beneficiar uma das partes?] Não senhor. [O senhor vai ficar comprometido em dizer a verdade então tá bem?] Sim senhor. [Sr. Ramão, eu só gostaria de saber do senhor com relação, se o senhor acompanhou a alegada negociação que teria sido intermediada pelo Sr. Ramão e o senhor Hordones, o senhor acompanhou alguma coisa?] Não senhor. [O senhor não tem conhecimento com relação a isso?] Só que eu trabalhei com o Juliano só. [E qual era a sua função trabalhando como Sr. Juliano?] O meu setor? [isso.] Serviço Geral. [E o senhor chegou a trabalhar nessa propriedade que hoje está em questão?] Trabalhei. [Até quando o senhor trabalhou na propriedade?] Um ano e seis meses lá. [E nesse um ano e seis meses o senhor sabe quanto o Sr. Juliano pagou na propriedade ou porque se desfez o negócio?] Conforme o pagamento não tem o (não compreendido), porque ele vendeu porque não teria condição de pagar. [Entendi, e que ano o senhor saiu de lá o senhor lembra?] Agora eu não estou lembrado senhor. [Faz mais de um ano?] Faz uns três anos. [Três anos aproximadamente.] É. [Nós estamos em 2013, o senhor tem ideia se foi por volta de 2010?] Por aí. [Dada a palavra a advogada da parte requerente.] [Eu gostaria de saber Sr. Ramão, se o senhor tem conhecimento que o Sr. Juliano seu ex patrão, comprou essa fazenda do Sr. Valdir?] Comprou, comprou dele. [Certo, o senhor tem conhecimento de quem intermediou essa negociação, quem fez o trabalho de corretor nessa época, o senhor tem conhecimento?] O Dudu e o senhor Ramão né. [O senhor sabe se existia um percentual de corretagem que o senhor Valdir deveria pagar para esses corretores, o senhor tem conhecimento?] Não senhora. [O senhor diz que trabalho para o Sr. Juliano nessa fazenda, então, o senhor pode dizer quando ele comprou essa fazenda, o senhor foi para lá?] Quando comprou, eu fui para lá. [Tá. O senhor foi para lá e saiu de lá faz mais ou menos três anos?] É por aí, faz uns três anos. [É só isso. [Dada a palavra ao advogado da parte requerida.] [Se a testemunha tem conhecimento se o Dudu é corretor.] É corretor. [Credenciado?] É credenciado. [E o Sr. Ramão também?] Sr. Ramão também. [Ele diz que não lembra, se ele sabe quando foi vendida essa propriedade.] Eu não tenho ideia. [Se ele trabalhou antes para o Sr. Valdir.] Eu não trabalhei para o Sr. Valdir, trabalhei para o Sr. Juliano só. [Quando ele foi trabalhar com o cidadão lá, foi em 2007?] Deve ser por aí mesmo. [O senhor pode só nos confirmar senhor Ramão, o senhor tem certeza se foi em 2007 ou 2010?] Acho que foi em 2007 mesmo. [Nada mais. Encerrado o termo de depoimento de Ramão Rubson Roda].

Portanto, não há prova de que o pagamento da comissão de corretagem foi pactuado de forma parcelada.

Desse modo, o termo inicial do prazo prescricional é o dia da celebração do contrato: 08.02.2007 (f. 14-18).

Considerando que a ação foi ajuizada em 22.04.2013, sete anos, dois meses e quatorze dias após a celebração do contrato de compra e venda, conclui-se que a pretensão de cobrança está prescrita.

Dispositivo

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Hordones Jose Alves e Ramão Paradeiro.

Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base nos §§ 2º e 11, do CPC[1].

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. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2018.

***

1 § 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos
I - o grau de zelo do profissional;
II - o lugar de prestação do serviço
III - a natureza e a importância da causa;
IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
(...) § 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.

1ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1412284-55.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – LICENÇA PRÊMIO POR ASSIDUIDADE – PRETENSÃO À CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO ANTERIORMENTE À POSSE NO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA FINS DE OBTENÇÃO DA VANTAGEM – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – DESCABIDA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA – ORDEM DENEGADA.

Prevendo a legislação de regência a concessão de licença prêmio por assiduidade apenas aos membros da Defensoria Pública, após cinco anos ininterruptos de serviço público, não há como pretender computar tempo de serviço público pretérito prestado em cargo diverso para obtenção da vantagem que deve ser concedida exclusivamente aos Defensores Públicos.

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, denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer. Ausente por férias o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Helkis Clark Ghizzi impetra mandado de segurança contra ato do Defensor Público-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul que indeferiu o pedido de cômputo do tempo de serviço público prestado anteriormente à posse no cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Narra ter requerido administrativamente a concessão de licença prêmio por assiduidade, afirmando ter prestado serviço público no período de 27/08/1990 a 11/12/1994 (em regime estatutário), na Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, e no período de 12/12/1994 a 19/04/1994 (em regime celetista), na Fundação Manoel Pedro Pimentel – FUNAP (São Paulo), tempo de serviço já averbado na sua ficha funcional, conforme portaria "D" nº 321/2007, de 26/10/2007, publicada no DOE 7.803, de 31/10/2007.

Afirma que o indeferimento do pedido viola o seu direito líquido e certo à concessão de licença prêmio por assiduidade, nos termos do art. 114 c/c 124 da Lei Complementar Estadual nº 111/2005 (Lei Orgânica da Defensoria Pública).

Refere que a interpretação literal do dispositivo assegura a concessão da licença prêmio por assiduidade ao membro da Defensoria Pública que comprovar possuir cinco anos ininterruptos de serviço público, e não no exercício do cargo de Defensor Público.

Aduz que o indeferimento do benefício legal ao impetrante viola os princípios constitucionais da legalidade estrita e da igualdade.

Menciona que no Estado de São Paulo, onde coexistem diversos regimes de contratação, sedimentou-se o entendimento na Procuradoria-Geral do Estado da garantia do direito aos servidores dos diversos regimes (celetista e estatutário).

Requer:

> *"(...) d) seja deferido o Mandado de Segurança, para anular o ato administrativo invectivado,determinando-se ao Impetrado que se submeta ao império da lei e aplique-a, de modo a efetuar a contagem do tempo de serviço público alhures discriminado, prestado pelo Impetrado, para fins de concessão de licença-prêmio por assiduidade;"*

Nas informações, o Estado de Mato Grosso do Sul alega que o tempo de serviço público prestado em outros órgãos públicos, antes da posse no cargo de Defensor Público Estadual, não pode ser contabilizado para fins de concessão de licença-prêmio por assiduidade, com fulcro no art. 124 da Lei Complementar nº 111, de 17.10.2005.

Afirma que a concessão pretendida pela autora viola o princípio da legalidade, da pessoalidade e da moralidade administrativa, nos termos do art. 37 da CF.

Aduz que o art. 124 da Lei Complementar nº 111/2005 não pode ser interpretado de forma meramente literal, mas sim com esteio na CF, de modo que se a previsão de licença prêmio por assiduidade está prevista na lei que organiza a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, não pode englobar tempo de serviço público prestado pelo impetrante quando regido por outras leis.

Requer a denegação da ordem.

O Defensor Público-Geral do Estado informou que a concessão de licença prêmio por assiduidade no âmbito da Defensoria Pública Estadual está prevista no art. 124 e parágrafos da LCE nº 170/13.

Afirma que a administração pública, pelo poder de autotutela que lhe é inerente, pode a qualquer momento rever seus atos, quando eivados de nulidade, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade.

Aponta que, verificado o erro, a Administração Superior, de ofício, anulou decisões anteriores, referentes aos períodos aquisitivos de licenças-prêmio por assiduidade de Defensores, procedendo à correção e à desaverbação de períodos aquisitivos anteriores, de modo que não há falar em violação aos princípios da legalidade e da igualdade.

Diz que a alegação de que a LCE nº 111/2005 não fez qualquer ressalva referente ao serviço público prestado, e assim a administração superior ao interpretá-la restritivamente teria inovado, criando hipótese de exclusão de benefícios e limitação de direitos, não prospera, pois o art. 124 da LCE nº 111/05 não pode ser interpretado de forma meramente literal, como pretende o impetrante, mas sim com esteio da CF.

Aduz que o vínculo do impetrante com a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul teve início por ocasião de sua posse, não cabendo a este órgão a responsabilidade pelo reconhecimento e pelo

pagamento de eventual direito (licença prêmio) que, caso existisse, deveria ser pleiteado junto ao órgão a que prestou serviço.

Assevera que a pretensão do impetrante foi indeferida para cômputo de períodos anteriores à posse no cargo de Defensor Público pela violação aos princípios da legalidade, da impessoalidade e, precipuamente, da moralidade administrativa, nos termos do art. 37 da CF.

Aponta precedente do STJ no sentido da impossibilidade do cômputo de períodos anteriores para a concessão de licença prêmio por assiduidade, bem como precedente desta Corte (MS nº 1408259-96.2017.8.12.0000) denegando a ordem em caso análogo ao dos presentes autos.

Pugna pela denegação da ordem.

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela denegação da ordem (f. 144-152).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Helkis Clark Ghizzi impetra mandado de segurança contra ato do Defensor Público-Geral do Estado do Mato Grosso do Sul que indeferiu o pedido de cômputo do tempo de serviço público prestado pelo impetrante anteriormente à posse no cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul, para fins de concessão de licença prêmio por assiduidade, com fulcro no art. 124 da Lei Complementar Estadual nº 111/2005.

O impetrante tomou posse no cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul em 20/04/2004, já lhe tendo sido concedidas duas licenças prêmio por assiduidade, relativamente aos quinquênios aquisitivos de 20/04/2004 a 17/04/2009 (f. 21), e de 18/04/09 a 17/04/14 (f. 22), com fundamento no inciso VI do art. 114 e no art. 124, ambos da Lei Complementar Estadual nº 111/2005, que organiza a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e estabelece a competência e estrutura dos seus órgãos, a organização e estatuto da respectiva carreira.

Confira-se:

> *"Art. 114. Conceder-se-á licença:*
>
> *(...)*
>
> *VI – prêmio por assiduidade."*

> *"Art. 124. Ao membro da Defensoria Pública é assegurado o direito de gozar licença-prêmio por assiduidade de três meses, após cinco anos ininterruptos de serviço público.*
>
> *§ 1º A licença não gozada, por absoluta necessidade de serviço será contada em dobro para fins de disponibilidade.*
>
> *§ 2º A licença-prêmio por assiduidade não pode ser gozada por período inferior a trinta dias."*

Não obstante isso, em 26.04.2017, o impetrante requereu administrativamente, para fins de concessão da licença prêmio por assiduidade prevista no art. 124 da Lei Complementar Estadual nº 111/2005, o cômputo do tempo de serviço público que prestou na Fundação Manoel Pedro Pimental (FUNAP), no período de 27/08/1990 a 11/12/1994, e na Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, no período de 12/12/1994 a 19/04/2004, anteriormente à sua posse no cargo de Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul, pois tais períodos já se encontram registrado em sua ficha funcional para efeitos de aposentadoria (f.).

Tal pedido foi indeferido pela autoridade apontada como coatora, nos seguintes termos (f. 42-44):

> *"Trata-se de processo em que o Defensor Público Estadual Helkis Clark Ghizzi requer a concessão de licença-prêmio por assiduidade, computando-se para tanto o tempo de serviço público anterior prestado junto à Fundação Professor Manoel Pedro Pimentel - FUNAP, no cargo de Advogado concursado, como também pelo exercício do cargo de Agente de Segurança Penitenciário, junto à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.*
>
> *Ante a pretensão do Requerente em ter computado, para fins de concessão da licença-prêmio por assiduidade, o tempo de serviço prestado junto à Fundação Professor Manoel Pedro Pimentel - FUNAP e, outrossim, junto à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, foram realizadas pesquisas nas legislações vigentes, verificando-se que não há previsão legal para a concessão do benefício da licença-prêmio neste interstício.*
>
> *Não havendo previsão legal para a concessão da licença-prêmio no período que se pretende somar, impossível o cômputo, para a obtenção do período aquisitivo, conforme pretendido pelo Requerente.*
>
> *Ainda que o artigo 124 da nossa Lei Complementar Estadual nº 111, de 17 de outubro de 2005, disponha acerca da concessão da licença-prêmio após cinco anos de serviço público ininterrupto, a Administração Pública não pode interpretar referido dispositivo de forma meramente literal, mas sim com esteio na Constituição Federal.*
>
> *A interpretação literal direciona para o deferimento do pedido, já que o Requerente efetivamente possui tempo de serviço público ininterrupto em outro Órgão.*
>
> *Contudo, em atenção aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública (art. 37 da CF), o pedido é improcedente.*
>
> *A negativa se deve em razão do Requerente, no tempo que exerceu o cargo de Advogado junto à Fundação Professor Manoel Pedro Pimentel - FUNAP, não fazer jus ao benefício pleiteado. Ora, se a Lei não previa a concessão do benefício para aquele período, impossível ao administrador público somar este tempo para a concessão de um direito a que não fazia jus. Estar-se-ia criando benefícios, concedendo direitos, em prejuízo à Administração Pública, fato que é vedado ao administrador, por ferir o princípio da moralidade pública.*
>
> *Ainda, caso o Requerente tivesse direito ao benefício da licença-prêmio no período em que exerceu suas atividades junto à Fundação Professor Manoel Pedro Pimentel - FUNAP, ou junto à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, tal benefício deveria ser gozado junto àquelas Instituições ou, na sua impossibilidade, convertido em pecúnia, quando do ato de exoneração, não cabendo esse ônus à Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, conforme consta da resposta ao ofício OF.GAB. DPGE Nº 287/2017, datado de 16 de maio de 2017, pela Diretora Executiva da Fundação*

Professor Manoel Pl r Pimentel - FUNAP e pela Diretora do Núcleo de Pessoal da Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (f. 16/17 e 22/25).

Saliente-se que a averbação do tempo de serviço prestado junto à Fundação Professor Manoel Pedro Pimentel - FUNAP, como também na Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, foi realizada tão somente para fins de aposentadoria e desempate na antiguidade, e não para concessão do benefício da licença prêmio por assiduidade.

Pelo exposto, indefiro o pedido de retificação dos atos que concederam a primeira e a segunda licença-prêmio por assiduidade ao Requerente, por não fazer jus ao benefício, não sendo possível o cômputo dos referidos períodos contidos na Portaria "P" RHDP n 358, de 22 de dezembro de 2006.

À Secretaria de Gestão de Pessoal da Instituição para as providências necessárias para anotação e arquivamento desta decisão."

Ciente do indeferimento do pedido, em 24.07.2017 (f. 47), o autor impetrou o presente mandado de segurança alegando que o ato coator viola o disposto no art. 124 da Lei Complementar Estadual nº 111/2005, ao argumento de que a administração interpretou restritivamente a norma, ao entender que somente pode ser computado como tempo de serviço público, para fins de concessão de licença prêmio por assiduidade, aquele prestado no exercício do cargo de Defensor Público Estadual.

Pois bem.

A atuação da Administração Pública é cingida ao princípio da legalidade estrita, devendo obediência aos preceitos legais, sendo-lhe defeso proceder interpretação extensiva ou restritiva, onde a lei assim não o determinar.

Na espécie, diversamente do alegado pelo impetrante, a norma é clara ao prever que ao membro da Defensoria Pública é assegurado o direito de gozar licença-prêmio por assiduidade de três meses, após cinco anos ininterruptos de serviço público, ou seja, no exercício do cargo de Defensor Público.

Interpretação diversa não atende ao objetivo da norma, pois se para gozar a licença prêmio por assiduidade tem de ser membro da Defensoria Pública, evidente que somente a partir da posse e exercício no cargo é que poderá ser contabilizado o prazo quinquenal, para fins de concessão da vantagem, cujo objetivo é premiar o Defensor Público assíduo.

Some-se a isso que o dispositivo legal utiliza a expressão "após", precedentemente a "cinco anos ininterruptos de serviço público", a qual remete a tempo futuro e não pretérito de serviço público.

Tanto é assim que ao impetrante, como membro da Defensoria Pública, já foram concedidas duas licenças prêmio por assiduidade, por ter completado dois quinquênios ininterruptos de serviço público no exercício do cargo de Defensor Público.

Ressalto que a autorização de averbação do tempo de serviço público prestado pelo impetrante em outros órgãos, para fins de aposentadoria (f. 20), não autoriza o cômputo de tal período para efeito de concessão de licença prêmio por assiduidade, pois não era Defensor Público e, portanto, não estava sob a égide da Lei Complementar Estadual nº 111/2005 (Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul), aplicável somente aos membros da Defensoria Pública.

Por fim, registro que caso a intenção do legislador fosse considerar o tempo anterior à posse, para fins de obtenção da licença-prêmio por assiduidade, assim teria declarado expressamente.

Nesse sentido, cito precedente recente desta Corte em julgamento de caso análogo:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE – DEFENSORES PÚBLICOS ESTADUAIS – IMPOSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À POSSE – REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – INVIABILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA NORMA.*
>
> *01. Conforme regime jurídico administrativo, o intérprete não deve estender a abrangência da norma que concede vantagem ao servidor público, sob risco de violação ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal). Precedente do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *02. O art. 124 da Lei Orgânica da Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul prevê o direito à licença-prêmio por assiduidade de três meses, em favor daqueles que completarem cinco anos de serviço público, ou seja, no exercício do cargo de Defensor Público. Impossibilidade de se considerar o tempo anterior à posse, para fins de obtenção da vantagem, diante da ausência de declaração expressa neste sentido pelo legislador.*
>
> *Segurança denegada.* (Mandado de Segurança nº 1408259-96.2017.8.12.0000, 3ª Seção Cível, Rel. Des. Vilson Bertelli, julgado em 18/09/2017).

Posto isso, com o parecer, denego a segurança.

Custas pelo impetrante e sem honorários, porque incabíveis na espécie (art. 25 da Lei nº 12.016/09 e Súmulas 105/STJ e 512/STF).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem, nos termos do voto do relator. decisão com o parecer. ausente por férias o Des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2018.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0808882-77.2015.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – COLISÃO EM CRUZAMENTO – SINALIZAÇÃO SEMAFÓRICA DESLIGADA – DEVER DE CUIDADO – PREFERÊNCIA DE QUEM TRAFEGA PELA DIREITA – CULPA EXCLUSIVA DA REQUERENTE. REVELIA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO DA AUTORA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O condutor que trafega pela direita no cruzamento não sinalizado tem direito de preferência, conforme dispõe artigo 29, inciso III, alínea c, do Código de Trânsito Brasileiro.

A revelia não implica na procedência do pedido, persistindo à autora o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e sendo possível às demandadas a comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

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, 14 de março de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ana Paula Fonseca dos Santos interpôs Apelação em face da sentença (f. 114-121) proferida em 23.10.2017 por Rubens Witzel Filho, Juiz da 8ª Vara Cível da comarca de Dourados que, na ação de indenização por danos morais e materiais proposta pela recorrente em desfavor de Adriana Bertoleti Bezerra de Menezes de Marco e Brenda Bertoletti de Marco, julgou improcedentes os pedidos.

Em razões recursais (f. 124-135), sustenta que as requeridas devem suportar os efeitos da revelia, reputando-se verdadeiros os fatos narrados na inicial.

Destaca que o acidente foi causado por culpa exclusiva das requeridas, porque transitava por via preferencial, por ser a de maior fluxo, de modo que não tinha a obrigação de reduzir a velocidade ao se aproximar de cruzamento.

Expõe que, conforme boletim de ocorrência, já havia iniciado a travessia da via e passado a primeira pista de rolamento quando a requerida deu início à travessia, sem cautela.

Argumenta que sofreu danos morais e materiais em razão do acidente de trânsito.

Alega que, no máximo, seria possível chegar-se à conclusão de que ambos os envolvidos tiveram culpa no acidente, por violação ao dever de cautela.

Requer:

> *"o conhecimento e processamento deste apelo para que no mérito seja dado total provimento para que seja reconhecida a culpa exclusiva da recorrida, com a consequente condenação nos danos morais pleiteados na exordial. Entretanto, não sendo este o entendimento, por estrita cautela, sucessivamente, requer a reforma no julgado como reconhecimento da culpa concorrente das recorridas e a consequente fixação do dano moral em proporcionalidade ao valor pretendido na exordial".*

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ana Paula Fonseca dos Santos, objetivando a reforma da sentença proferida em 23.10.2017 pelo Juiz da 8ª Vara Cível da comarca de Dourados que, na ação de indenização por danos morais e materiais proposta pela recorrente em desfavor de Adriana Bertoleti Bezerra de Menezes de Marco e Brenda Bertoletti de Marco, julgou improcedentes os pedidos.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 114-121:

> *"Diante o exposto, e pelo do que mais dos autos consta, julgo improcedente os pedidos iniciais, nos termos do artigo 487, inciso I do CPC, por não ter sido a requerida a causadora do acidente automobilístico, não tendo praticado, portanto, qualquer ato ilícito capaz de atrair a responsabilidade civil, nos termos da fundamentação.*
>
> *Condeno a autora em custas e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do CPC, artigo 85, § 2º, combinado com o artigo 98, § 2º, ficando sua exigibilidade suspensa nos termos do § 3º deste último dispositivo legal.*
>
> *P.R.I.".*

Das razões recursais

Em razões recursais (f. 124-135), sustenta que as requeridas não apresentaram a defesa no prazo legal, de modo que devem suportar os efeitos da revelia, reputando-se verdadeiros os fatos narrados na inicial.

Destaca que o acidente foi causado por culpa exclusiva da requerida Brenda, porque a requerente transitava por via preferencial e não tinha a obrigação de reduzir a velocidade ao se aproximar do cruzamento.

Expõe que, conforme consta no boletim de ocorrência, já havia iniciado a travessia da via e passado a primeira pista de rolamento quando a requerida deu início à travessia, sem cautela.

Argumenta que sofreu danos morais e materiais em razão do acidente de trânsito.

Alega que, no máximo, seria possível chegar-se à conclusão de que ambos os envolvidos tiveram culpa no acidente, por violação ao dever de cautela.

Requer:

> *"o conhecimento e processamento deste APELO para que no mérito seja dado total provimento para que seja reconhecida a culpa exclusiva da recorrida, com a consequente condenação nos danos morais pleiteados na exordial. Entretanto, não sendo este o entendimento, por estrita cautela, sucessivamente, requer a reforma no julgado como reconhecimento da culpa concorrente das recorridas e a consequente fixação do dano moral em proporcionalidade ao valor pretendido na exordial".*

Breve relato da demanda

Ana Paula Fonseca dos Santos ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais em face de Brenda Bertoletti de Marco e de Adriana Bertoleti Bezerra de Menezes de Marco, ao argumento de que em 16.08.2015, em torno das 18:30, transitava em seu veículo Fiesta placa HSR-8558 pela Avenida Weimar Gonçalves Torres quando a requerida Brenda, transitando pela Rua Floriano Peixoto, no veículo Ônix, placa OOO-0311, de propriedade da requerida Adriana, invadiu a via preferencial e colidiu em seu automóvel.

Informou que seu carro tinha como passageiros Douglas Fonseca Alves (11 anos), Felipe Fonseca Alves (05 anos) e Gabriel Matos da Silva (07 anos).

Expôs que o semáforo estava desligado e que o acidente foi causado por culpa exclusiva da requerida Brenda, que não teve o cuidado necessário para atravessar a via.

Destacou que foi combinado com a requerida Adriana que esta acionaria o seu seguro para o pagamento do conserto do veículo da autora, entretanto, manteve-se inerte.

Expôs que necessita do veículo para dirigir-se ao seu trabalho, no Hospital Universitário.

Requereu:

> *"I- A condenação da Ré na restituição dos prejuízos sofridos pela REQUERENTE na exata quantia de R$ 41.254,00, corrigidos monetariamente e acrescidos dos juros legais desde a data do acidente até a data do efetivo pagamento;*
>
> *II- A condenação da requerida pelos danos morais suportados, em valor a ser arbitrado pelo Douto Juízo, sugerindo como condenação mínima o valor de R$ 5.000,00".*

Em contestação (f. 65-69), as requeridas alegaram a culpa concorrente da autora, porque não parou no cruzamento, que estava desprovido de sinalização semafórica.

Afirmaram que a autora foi quem abalroou o veículo conduzido pela demandada Brenda.

Pleitearam:

> *"a) Preliminarmente, a culpa no máximo concorrente/recíproca e não exclusivamente das requeridas.*
>
> *b) Caso Vossa Excelência entenda ser procedente o pedido da autora, que seja minorada a quantia relativa aos danos patrimoniais de R$ 14.815,00, pelo anteriormente exposto".*

Impugnação à contestação à f. 81-86.

Foi ouvida uma testemunha em audiência (f. 109).

Após a apresentação de memoriais (f. 110-112), foi proferida a sentença objeto do recurso.

Mérito

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/2002:

> *"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].

Por sua vez, o proprietário, é civilmente responsável pelos danos causados pelo veículo, ainda que em poder de terceiros, seja com base na responsabilidade pelo fato da coisa[2], seja pela responsabilidade de fato de outrem[3] (pais, tutores, curadores e empregadores). Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTE DE MORTE EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE RECURSAL – REJEITADA – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR DO CONDUTOR – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO – CULPA COMPROVADA DO CONDUTOR DO CAMINHÃO QUE ATROPELOU E ARRASTOU A VÍTIMA POR 15 KM – RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS E PENSÃO MENSAL – CABIMENTO – PRESUNÇÃO DA DEPENDÊNCIA FINANCEIRA DA MÃE DA VÍTIMA – FAMÍLIA DE BAIXA RENDA – DANOS MORAIS DEVIDOS – FIXAÇÃO DO QUANTUM – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ – INOCORRÊNCIA – PEDIDO DE DISPENSA DA CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – IMPOSSIBILIDADE – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – RECURSOS DESPROVIDOS. 1. O princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de motivar o recurso, expondo as razões hábeis à reforma da decisão recorrida, frente ao que nela foi decidido, o que restou devidamente observado no caso dos autos 2. Consoante a jurisprudência pátria, é irrelevante a prova de dependência econômica, pois tratando-se de família de baixa renda, há presunção relativa de dependência econômica entre seus membros, sendo devido o pagamento de pensão, como dano material, não havendo de se falar em falta de interesse de agir. 3. O empregador responderá por ato de seu empregado, que vier a causar prejuízo a outrem, quando restar evidenciado que o ato lesivo tenha sido praticado*

1 art. 927... Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2 Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.
Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.
Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

3 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

no exercício da função que competia a este ou em razão dela. 4. Ao proprietário do veículo incumbe a responsabilidade solidária pelos danos causados a terceiros pelo condutor, ante seu dever de guarda, seja pela culpa ineligendo?ou culpa?in vigilando, considerando que um automóvel é sabidamente perigoso, daí sua legitimidade para figurar no polo passivo. 5. A dor sofrida pela perda de um ente familiar, em razão de acidente automobilístico, é de ordem intrínseca e passível de indenização por danos morais. 6. O quantum indenizatório, mormente em se tratando de dano moral decorrente de morte trágica e antecipada de filho deve ser fixado de forma razoável pelo julgador, atendidas as circunstâncias do caso, a fim de compensar ao menos em parte o dano causado. 7. A sucumbência foi mínima em relação ao pedido inicial, perdendo a autora apenas em relação a valores". (TJMS. Apelação nº 0043724-32.2009.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 31/10/2017, p: 10/11/2017)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. VIOLAÇÃO ART. 535 DO CPC/1973. ART. 131 DO CPC/1973. AÇÃO MOVIDA CONTRA A LOCADORA DO VEÍCULO (PROPRIETÁRIA) E A LOCATÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÚMULA 492 DO STF.

1. Não há violação ao artigo 535, II do CPC/1973, quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. Nos termos do art. 131 do CPC/1973, deve o acórdão tratar de forma clara e suficiente a controvérsia apresentada, lançando fundamentação jurídica sólida para o desfecho da lide, não havendo que se falar em contrariedade ao dispositivo, o fato de a decisão não se alinhar à pretensão do recorrente.

3. Em acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros.

*4. Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. (REsp 577902/DF, Rel. Ministro Antônio De Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/06/2006, DJ 28/08/2006) 5. Há responsabilidade solidária da locadora de veículo pelos prejuízos causados pelo locatário, nos termos da Súmula 492 do STF, pouco importando cláusula consignada no contrato de locação de obrigatoriedade de seguro. 6. Recursos especiais não providos. (*REsp 1354332/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 21/09/2016)

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbe ao requerente, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao requerido, quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, consoante o disposto no art. 333, inciso I, do CPC[4].

4 "Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; **II** - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

Sobre o ônus da prova Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco[5] ensinam que:

> *"A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium* e não *secudum propriam suam conscientiam* – e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).
>
> *O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conseder-se-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, a prova dos pressupostos da exceção)."*

Pois bem.

O Boletim de Ocorrência assim descreve o acidente (f. 28):

> *"Por volta das 18h30m desta data a guarnição da viatura prefixo 10.2191 foi acionada pelo CIOPS/3º BPM para atender a uma ocorrência de acidente de trânsito com vítima no endereço acima citado. No local segundo declaração dos envolvidos: O veículo V-1Ford Fiesta Placas HSR-8558 de Dourados-MS conduzido pela Srª Ana Paula Fonseca dos Santos, transitava pela Avenida Weimar Gonçalves Torres no sentido Leste – Oeste; e que no cruzamento com a Rua Floriano Peixoto veio a colidir com o veículo V-2 Chevrolet Ônix placas OOO-0311 de Dourados-MS, conduzido pela Srª Brenda Bertoletti de Marco e que transitava pela Rua Floriano Peixoto no sentido Norte-Sul. O veículo V-1Ford Fiesta Placas HSR-8558 de Dourados-MS conduzido pela Srª Ana Paula Fonseca dos Santos conduzia como passageiro as crianças Douglas Fonseca Alves, Felipe Fonseca Alves e Gabriel de Matos da Silva. Compareceram no local uma guarnição do Corpo de Bombeiros e uma equipe do SAMU que socorreram a Srª Ana Paula dos Santos e as crianças Douglas Fonseca Alves, Felipe Fonseca Alves e Gabriel de Matos da Silva, os quais foram transportados para atendimento médico na rede pública de saúde deste Município. Foi constatado no local a existência de sinalização semafórica, porém o semáforo estava desligado no momento do acidente. Cada condutor contratou o guincho para realizar o transporte de seu veículo, que ficaram sem condições mecânicas de transitar. Foi confeccionado croqui do local do acidente que segue em anexo. Foi encaminhado cópia deste boletim para a Delegacia de Pronto atendimento Comunitário para providências legais cabíveis".*

De acordo com a requerente, a via pela qual trafegava – Avenida Weimar Gonçalves Torres – é preferencial, o que não foi impugnado pelas requeridas.

Assim, no primeiro momento, é possível concluir que a culpa pelo acidente é da requerida Brenda, que adentrou a via principal pela qual transitava a requerente, pois a invasão da via preferencial induz à presunção de culpa do motorista que a adentra.

Veja-se:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS*

5 Teoria Geral do Pocesso, 17ª Edição, Ed. Malheiros, 2001, p. 350.

> *E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – AUTOR QUE TEVE SEU TRAJETO INTERROMPIDO PELO VEÍCULO DO REQUERIDO – INVASÃO À PREFERENCIAL – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – DANOS MORAIS DEVIDOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. Verificado que o veículo conduzido pelo agente do requerido invadiu a preferencial do autor, vindo a colidir com este, causando-lhe ferimentos e danos materiais, impõe-se o dever de indenizar. Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso Conhecido e não provido. Sentença mantida. (TJMS. Apelação nº 0802162-17.2013.8.12.0018, Paranaíba, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 27/02/2018, p: 27/02/2018)*

Entretanto, tal presunção não é absoluta, conforme discorrem Farias *et al*[6]:

> *"Definir culpas, posteriormente aos fatos, nos acidentes de trânsito, é – salvo em casos evidentes – tarefa difícil. Nem sempre os danos ocorreram como eles parecem ter ocorrido. É possível, por exemplo, que em determinada colisão as circunstâncias – se levianamente observadas – indiquem que determinado motorista 'furou' o sinal vermelho quando na verdade foi o outro que fez. Nas colisões de madrugada, por exemplo, isso é particularmente difícil de ser provado, mercê da ausência de testemunhas. (...)*
>
> *Certas presunções, criadas culturalmente, como a que afirma que quem colide na traseira do outro veículo é culpado, devem ser vistas com reserva. Pode ser uma orientação geral válida, mas que comporta exceções e cuidados. Se o veículo da frente freia brusca e absurdamente, ou faz conversão, ou muda de faixa sem sinalizar, por exemplo, é possível que este, e não aquele, seja o responsável pela colisão. É certo que o veículo que vai atrás de outro deve guardar distância razoável, diante do óbvio fato de que não tem a mesma visão do veículo que vai à frente nem poderá freiar diante dos imprevistos que acontecem (Código de Trânsito, art. 29, II). O motorista prudente é o motorista que não dirige apenas para si, mas, de certo modo, conta com as falhas dos outros e tenta evitá-las.*
>
> *Conforme já aludimos anteriormente, questão árdua, na responsabilidade civil no trânsito, é a probatória. O problema testemunhal mostra-se, muitas vezes, impreciso, e em outras tem interesse direto ou indireto na demanda. O boletim de ocorrência frequentemente é elaborado por policiais que não estavam no local quando os fatos aconteceram, só chegaram depois, e nem sempre conseguem reproduzir com precisão razoável o que aconteceu. Só podemos, aliás, falar em presunção juris tantum de veracidade a respeito dos fatos que o agente público -o policial, no caso – presenciou e assim atestou. Não em relação aos fatos que ouviu de terceiros, posteriormente ao ocorrido. Há, em relação a esses, apenas a presunção de que tais informações foram prestadas, não que elas são verdadeiras".*

Analisando o depoimento da testemunha Larissa Sena Franco, que presenciou o acidente, chega-se à conclusão de que, embora a requerente trafegasse pela via principal (Avenida Weimar Gonçalves), não teve o cuidado necessário exigido pela circunstância, pois os semáforos das vias em que trafegavam a autora e a requerida Brenda estavam desligados.

Pela descrição da dinâmica do acidente feita pela testemunha, tem-se que:

6 FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga e ROSENVALD, Nelson Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015. P. 1.235.

- a testemunha Larissa trafegava pela mesma via em que trafegava a autora (Avenida Weimar Gonçalves), mas no sentido contrário pelo qual transitava a requerente;

- o semáforo da via principal estava desligado apenas no sentido por que seguia a autora e ligado no sentido pelo qual seguia a testemunha;

- quando a requerida Brenda iniciou a travessia, o semáforo estava fechado na Avenida Weimar Gonçalves, no sentido em que trafegava a testemunha.

Veja-se o teor do mencionado depoimento (f. 109):

> *"[A senhora acompanhou o acidente, viu como é que ocorreu?] Sim. [A senhora pode me explicar então como é que ocorreu?] Eu estava vindo pela Weimar sentido bairro-centro, a Brenda estava vindo na Floriano Peixoto sentido bairro-centro e a outra pessoa estaria vindo do centro ao bairro. [Em que rua?] Na Weimar. É, eu estava desse lado do sinaleiro e ela do outro né. O meu sinaleiro estava funcionando normal, a gente estava esperando abrir, no caso os dois não estavam né, mas o meu estava, a gente estava esperando abrir normal e a Brenda estava vindo, passando. Ela já estava no meio da pista quando a gente viu a batida assim, bateu e jogou ela pro sentido do monumento que tem. A gente tava desse lado esquerdo né, ela bateu desse lado daquele monumento, parou no meio fio, derrubou o monumento, bateu assim, acho que na parte da frente do carro dela, aí a gente já desceu pra ajudar, eu e meu namorado, a gente que tirou ela do carro, ela saiu até pelo lado do passageiro, eu que peguei os documentos dela pra fazer o Boletim de Ocorrência, daí ela tava ligando pra mãe dela, eu falei com a mãe dela pra ela vir, porque elas moram não muito longe dali. [Então o semáforo não estava funcionando, é isso?] Não, os dois não estavam funcionando, nem o da Floriano Peixoto, nem o da Weimar do lado que ela vinha. [Ela tinha passado já?] Já, já tinha passado um pouco. A Brenda já tinha avançado um pouquinho já. Não em alta velocidade, na velocidade normal, ela tava atravessando normal quando o carro foi atingido. [Ela vinha sentido centro-bairro?] Atravessando, é, sentido centro-bairro, isso. Bateu na minha frente assim, como se ela fosse passar na minha frente. Eu tava parada, esperando o sinal, porque o meu sinal tava funcionando. No caso da Weimar do outro lado e o da Floriano não. Só que ela já vinha atravessando já".*

Portanto, verifico, que a demandante descumpriu, além do dever de cuidado, necessário nos cruzamentos, o direito de preferência da requerida Brenda, que trafegava pela direita em cruzamento não sinalizado, a teor do que dispõe a alínea "c", do inciso III, do art. 29, do Código de Trânsito Brasileiro.

Veja-se:

> *"Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...)*
>
> *III - quando veículos, transitando por fluxos que se cruzem, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem: (...)*
>
> *c) nos demais casos, o que vier pela direita do condutor".*
>
> *Nesse sentido:*
>
> *"EMENTA–RECURSODEAPELAÇÃO–INDENIZAÇÃOPORDANOSMATERIAIS CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE TRÂNSITO – CULPA CONCORRENTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – AFASTAMENTO POR TEMPO CONSIDERÁVEL DAS ATIVIDADES NORMAIS EM RAZÃO DAS LESÕES SOFRIDAS – DANO MORAL COMPROVADO – VALOR*

> *DA COMPENSAÇÃO – RAZOABILIDADE – FIXAÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE – CONDUTOR E PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – JUROS DE MORA – DATA DE INCIDÊNCIA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. O condutor que trafega pela direita no cruzamento não sinalizado tem direito de preferência, conforme dispõe artigo 29, inciso III, alínea c, do Código de Trânsito Brasileiro. 2. O condutor apontado como causador do acidente tem o ônus de provar a alegação de culpa concorrente, por se tratar de fato modificativo de direito do autor. 3. O motorista e o proprietário do veículo causador de acidente de trânsito respondem por danos morais quando a vítima, em razão das lesões sofridas, fica afastada de suas atividades habituais e incapacitada para exercer atividade laboral. 4. Desnecessário modificar o valor da compensação por danos morais quando a condenação fixada na sentença se revela justa e coerente para satisfazer a autora e punir a empresa ré da conduta ilícita por ela praticada. 5. O proprietário do veículo registrado nos cadastros do DETRAN responde solidariamente com o condutor por danos causados em acidente de trânsito. 6. Nas obrigações decorrentes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde a prática do ato. 7. Nos termos do artigo 86 do Código de Processo Civil, se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas. Recurso da autora parcialmente provido e recurso do chamado ao processo não provido".* (TJMS. Apelação nº 0002322-22.2010.8.12.0005, Aquidauana, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 31/10/2017, p: 31/10/2017)

Conforme afirmou a testemunha, a requerida Brenda já "tinha passado um pouco" da via, que, conforme croqui juntado à f. 25, é composta por três pistas de rolamento em cada sentido.

Analisando o referido croqui, nota-se que Brenda já havia atravessado duas das três pistas, sendo que a colisão ocorreu na terceira pista.

Assim, não é crível que a autora não tivesse condições de avistar o veículo da requerida, que vinha à sua direita e já havia adentrado a avenida.

Tanto é assim que a requerente colidiu na lateral dianteira do carro guiado pela requerida Brenda, e não o contrário.

Por outro lado, embora a requerida Brenda também tivesse o dever de cuidado para a condução de seu veículo automotor, milita a seu favor o fato de que o semáforo da avenida Weimar Gonçalves, no sentido bairro-centro, estava funcionando e fechado para quem por ela transitava, o que poderia ser constatado se a requerente tivesse se atentado a todo o fluxo da via.

Ressalte-se que, embora a requerente/apelante alegue que devem ser aplicados os efeitos da revelia às requeridas, em razão da apresentação intempestiva da contestação (f. 64), é certo que a revelia, por si só, não implica na procedência dos pedidos da requerente, pois ainda assim persiste o ônus da autora de comprovar os fatos constitutivos de seu direito e a possibilidade de as requeridas comprovarem fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – REVELIA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE RELATIVA – SÚMULA 231, DO STF – ÔNUS DA PROVA DO RÉU – DÉBITO COMPROVADO – INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DEVIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO DESPROVIDO. A revelia induz a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, no entanto, a presunção é relativa e não acarreta a procedência dos pedidos iniciais, nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar fatos fictamente comprovados, ou seja, não dispensa a presença de elementos suficientes para o convencimento do juiz. O réu revel*

preserva o seu direito à produção de provas, podendo se desincumbir do ônus de provar que as alegações feitas pelo autor não são verdadeiras, desde que compareça no processo antes do término da fase instrutória, o que ocorreu no caso em apreço. Recurso conhecido e desprovido". (TJMS. Apelação nº 0817443-93.2015.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 15/12/2017, p: 18/12/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE APOSENTADORIA. OCORRÊNCIA DA REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS PROPORCIONAIS AO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. MOLÉSTIA INCAPACITANTE NÃO PREVISTA NO ROL DE DOENÇAS GRAVES, CONTAGIOSAS OU INCURÁVEIS. ROL TAXATIVO. ENTENDIMENTO EXARADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE 656860/MT. REPERCUSSÃO GERAL. ADICIONAL DE 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) PREVISTO NO ART. 45, DA LEI Nº 8.213/91. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIROS PARA OS ATOS COTIDIANOS. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Ocorrendo a revelia, a presunção da veracidade dos fatos alegados pelo autor é relativa, podendo ser infirmada pelo conjunto probatório e outros elementos de convicção contidos no feito, não ensejando a procedência imediata dos pedidos abarcados na exordial. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no julgamento do RE nº 656.860/MT, com repercussão geral, no sentido de que lei ordinária deve estabelecer quais são as doenças consideradas graves, incuráveis ou contagiosas para efeito de aposentadoria por invalidez permanente, constante no art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal. O comando normativo contendo a lista das referidas moléstias é taxativo. Para fazer jus ao percentual de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45, da Lei nº 8.213/91, o aposentado deverá comprovar a necessidade de assistência de terceiros para todas as atividades diárias, em período integral". (TJMS. Apelação nº 0801330-09.2016.8.12.0008, Corumbá, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 07/11/2017, p: 13/11/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA. CONTRATO VERBAL DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – REVELIA DO REQUERIDO – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO DA DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM RAZÃO DO PEDIDO DE JULGAMENTO ANTECIPADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A revelia produz presunção relativa de veracidade dos fatos narrados na inicial. Entretanto, não conduz à procedência da ação quando ausente provas mínimas do fato constitutivo do direito do autor. Embora o art. 470 do CPC possibilite ao magistrado a produção probatória de ofício, a determinação era descabida na presente ação, em razão do pedido de julgamento antecipado, formulado pelo autor". (TJMS. Apelação nº 0800151-20.2014.8.12.0005, Dois Irmãos do Buriti, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 07/06/2017, p: 09/06/2017)

Conforme aduzido acima, o depoimento colhido nos autos é suficiente para demonstrar que o acidente não se deu por culpa da requerida Brenda, mas por culpa exclusiva da requerente, de modo que não há falar em dever de indenizar.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço o recurso de apelação interposto por Ana Paula Fonseca dos Santos, mas nego-lhe provimento.

Majoro os honorários em favor das apeladas para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base nos §§ 2º e 11, do CPC[7].

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, 14 de março de 2018.

***

7 § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
I - o grau de zelo do profissional;
II - o lugar de prestação do serviço;
III - a natureza e a importância da causa;
IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
(...)
§ 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.

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402100-40.2017.8.12.0000 - Aquidauana
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PENHORA DE RENDIMENTOS – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA – MITIGAÇÃO PELO CPC/15 E PELA JURISPRUDÊNCIA – EXCEPCIONALIDADE – PROTEÇÃO À SUBSISTÊNCIA DIGNA DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA –AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES NO CASO CONCRETO.

Discute-se no presente recurso a possibilidade de reconhecimento da impenhorabilidade do salário da devedora-agravante.

Nos termos do art. 833, do CPC/15, são impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o disposto no § 2º, do mesmo dispositivo, o qual prevê a possibilidade de penhora para o pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a cinquenta (50) salários-mínimos mensais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito estava consolidada no sentido de que os vencimentos são absolutamente impenhoráveis, salvo para o pagamento de prestação alimentícia.

Na evolução jurisprudencial, surgiram, entretanto, hipóteses em que já se admitia a mitigação do caráter de impenhorabilidade absoluta atribuído ao salário, podendo-se citar três situações nas quais a jurisprudência já admitia, para além da hipótese de débito alimentar, a penhora de rendimentos do devedor: a) possibilidade de penhora da sobra salarial, assim considerada a remuneração que não seja a última percebida – ou seja, a do último mês vencido –, e desde que respeitado o patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda; b) exceção, no caso concreto, em razão de peculiaridades excepcionais, a permitir penhora de valor módico, no importe de dez por cento (10%) sobre os vencimentos, mas desde que não se afete a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família; c) contratos bancários com pactuação expressa de desconto por consignação, hipótese em que a penhora deverá observar o limite de trinta por cento (30%) da remuneração.

A jurisprudência mais recente da 3ª Turma do STJ, entretanto, acompanhando a tônica do CPC/15, que deixou de tratar como absoluta a impenhorabilidade dos rendimentos do devedor (vide *caput* e § 2º, do art. 833), passou a admitir, em caráter excepcional, também a penhora de parte da remuneração do devedor para a satisfação de crédito não alimentar, mas desde que preservado o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família.

Hipótese, entretanto, que não permite a conclusão acerca da possibilidade de penhora de trinta por cento (30%) no salário da devedora, sem que isso importe em prejuízo à sua subsistência digna e a de sua família.

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 Relator.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Noély Batista Monteiro de Lima contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana-MS.

Ação: Execução de Título Extrajudicial proposta por Fundação dos Economiários Federais - Funcef contra a agravante, visando ao recebimento do valor de R$ 14.352,64 (f. 14-18).

Decisão Interlocutória Agravada: indeferiu a impugnação à penhora on-line realizada via Sistema Bacenjud, mantendo o bloqueio sobre trinta por cento (30%) das verbas salariais que foram localizados na conta corrente do devedor-agravante (f. 61-62).

Agravo de Instrumento: interposto por Noély Batista Monteiro de Lima, sustentando, em sede liminar, a concessão de efeito suspensivo, a fim de obstar os efeitos da decisão recorrida, tendo em vista tratar-se de verba salarial, e, no mérito recursal, requereu a reforma da decisão agravada "deferindo a agravante o desbloqueio total de seu salário, no valor de R$ 961,04 (novecentos e sessenta e um reais e quatro centavos), decretando consequentemente a impenhorabilidade do mesmo" (f. 1-10).

Despacho Liminar do Relator: ante a inexistência de risco imediato de lesão grave de difícil ou impossível reparação, determinou tão somente a intimação da agravada para apresentação de contrarrazões (f. 84-87).

Contrarrazões: em síntese, refuta os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 89-82).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a impenhorabilidade dos rendimentos da agravante.

1 – Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 13/02/2017 (f. 61), tendo a respectiva intimação ocorrido em 20/02/2017 (f. 63), enquanto que o presente recurso foi interposto em 09/03/2017 (f. 03).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.070, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, todos do Código de Processo Civil/2015.

2 – Impenhorabilidade da verba salarial

Sustenta a agravante que deve ser feito o " desbloqueio total de seu salário, no valor de R$ 961,04 (...) decretando consequentemente a impenhorabilidade do mesmo".

A decisão agravada consignou o seguinte:

> *"De se inferir que não se pode mais falar em impenhorabilidade absoluta do salário, a mesma só pode ter lugar no limite do necessário à preservação da dignidade da pessoa humana do devedor, tendo como parâmetro a realidade social, porquanto ao credor deve ser assegurado receber o que foi-lhe reconhecido como um direito seu.*
>
> *Assim, entendo que deve ser admitida a penhora de 30% (trinta por cento) dos valores referentes ao salário da executada." (f. 61).*

O art. 833, inc. IV, do CPC/2015 (com correspondência no art. 649, do CPC/73), assim estabelece a respeito da penhora de rendimentos do devedor:

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

O § 2º do mencionado dispositivo, porém, traz duas exceções legais à impenhorabilidade, assim estabelecendo:

> *"O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º.".*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito estava consolidada no sentido de que, nos termos do art. 649, inc. IV, do CPC/1973, os vencimentos são impenhoráveis, salvo para pagamento de prestação alimentícia (REsp 770.797/RS, Rel. Minº Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em

29/11/2006; REsp 904.774/DF, Rel. Minº Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/11/2011; EDcl no REsp 1.284.388/MT, Rel. Minº Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 30/04/2014; AgRg no AREsp 478.328/SE, Rel. Minº Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 19/02/2015; AgRg no AREsp 632.356/RS, Rel. Minº Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13/03/2015; AgRg no AREsp 634.032/MG, Rel. Minº Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 31/08/2015; DJ 18/12/2006, p. 377; AgInt no AREsp 1.065.656/RJ, Rel. Minº Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 25/08/2017).

Na evolução jurisprudencial, surgiram, entretanto, hipóteses em que já se admitia a mitigação do caráter de impenhorabilidade absoluta atribuído ao salário, podendo-se citar três situações nas quais a jurisprudência já admitia, para além da hipótese de débito alimentar, a penhora de rendimentos do devedor, destacando-se as seguintes:

a) possibilidade de penhora da *sobra salarial*, assim considerada a remuneração que não seja a última percebida – ou seja, a do último mês vencido –, e desde que respeitado o patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda (REsp 1.340.120/SP, Rel. Minº Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, , DJe 19/12/2014; EREsp 1.330.567/RS, Rel. Minº Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 19/12/2014; AgRg nº REsp 1.492.174/PR, Rel. Minº Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 02/08/2016);

b) exceção, no caso concreto, em razão de peculiaridades excepcionais, a permitir penhora de valor módico, no importe de dez por cento (10%) sobre os vencimentos, mas desde que não se afete a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família (*v.g.*, REsp 1.285.970/SP, Rel. Minº Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 08/09/2014; AgRg nº REsp 1.497.214/DF, Rel. Minº Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 09/05/2016);

c) contratos bancários com pactuação expressa de desconto por consignação, hipótese em que a penhora deverá observar o limite de trinta por cento (30%) da remuneração (AgInt no REsp 1.573.573/RJ, Rel. Minº Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 23/08/2016; AgRg nº AREsp 677.476/DF, Rel. Minº Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 29/05/2015; EDcl no REsp 1.284.388/MT, Rel. Minº Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 30/04/2014).

A jurisprudência mais recente da 3ª Turma do STJ, entretanto, acompanhando a tônica do CPC/15, que deixou de tratar como absoluta a impenhorabilidade dos rendimentos do devedor (vide *caput* e § 2º, do art. 833), passou a admitir, em caráter excepcional, também a penhora de parte da remuneração do devedor para a satisfação de crédito não alimentar, mas desde que preservado o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família (*v.g.*, REsp 1.394.985/MG, Rel. Minº Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 22/06/2017; REsp 1.673.067/DF, Rel. Minº Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017; REsp 1.658.069/GO, Rel. Minº Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 20/11/2017).

Na espécie, entretanto, a devedora-agravante aufere renda de R$ 1.813,82 (f. 65), e não existe comprovação de que a penhora de trinta por cento (30%) do salário da devedora não lhe causará prejuízo a sua subsistência digna e/ou de sua família.

Assim, como essa constrição somente pode ocorrer de forma excepcional, em havendo dúvida a respeito do risco de possível violação à dignidade do devedor, e sobretudo porque não se tem na espécie uma remuneração que, por si só, permita inferir a possibilidade de penhora parcial de sua remuneração, mais prudente que, neste momento, seja indeferida a penhora do salário, sem prejuízo de nova análise mais profunda nesse sentido pelo Juízo *a quo* em outra oportunidade, à luz de novos elementos fáticos-probatórios, que permitam concluir que a penhora de 30% da remuneração não prejudica o sustento da devedora-agravante e/ou de sua família.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Noély Batista Monteiro de Lima e dou-lhe provimento, para determinar o levantamento da penhora realizada sobre seus vencimentos.

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. 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, 30 de janeiro de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0823377-95.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – *HABEAS DATA* – REQUERIMENTO PRÉVIO EXTRAJUDICIAL – AUSÊNCIA DE REPOSTA EM DEZ DIAS – RECUSA TÁCITA – INTERESSE DE AGIR DA PARTE IMPETRANTE – SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES UTILIZADAS PARA A ATRIBUIÇÃO DA NOTA (*CREDIT SCORE*) E SUAS RESPECTIVAS FONTES – DEVER DE INFORMAR – PRECEDENTE DO STJ.

Controvérsia centrada na discussão: a) se há interesse de agir do impetrante ante a demonstração da recusa no fornecimento de informações da impetrante constantes em banco de dados do impetrado, e b) se a tutela jurisdicional requerida é inexequível.

É assegurado ao consumidor o fornecimento das informações relativas à fonte de dados e critérios utilizados para o cálculo do *credit scoring*, mediante prova de prévio requerimento administrativo, nos termos do artigo 8°, parágrafo único, da Lei nº 9.507, de 12/11/1997.

Não havendo resposta à solicitação de informações por parte da autoridade impetrada no prazo de dez dias, configura-se a recusa tácita, caracterizando, assim, o interesse de agir do impetrante no manejo do *Habeas Data.*

No caso específico do "credit scoring", devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011. O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital, não afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos" (REsp 1419697/RS, Rel. Minº Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014).

Apelação conhecida e não provida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de março de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de Apelação interposta por Serasa S/A contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de *Habeas Data* impetrado por Ozias Pereira da Silva contra Serasa S/A aduzindo que está com o nome inscrito no cadastro mantido pela impetrada, porém não recebeu nenhuma comunicação prévia, razão pela qual impetrou a presente ação constitucional para que apresentasse as informações requeridas anteriormente por meio de notificação extrajudicial.

Requereu, assim, a condenação da requerida a apresentar o envio da notificação prévia e os dados necessários para a identificação; todas as inscrições e os critérios adotados para a pontuação do risco (f. 01-08).

Sentença: concedeu a ordem, com fundamento no art. 13, inc. I, da Lei nº 9.507, de 12/11/1997, determinando ao impetrado o fornecimento das informações solicitadas pelo impetrante (fontes dos dados considerados - histórico de crédito, bem como as informações pessoais valoradas para se obter a pontuação pelo sistema *Scoring*), de forma clara e precisa, no prazo de 15 dias contados da intimação da sentença feita por meio de carta com aviso de recebimento (art. 14 da mencionada lei). Sem custas e honorários (f. 102-104).

Embargos de declaração: opostos pelo autor, alegando omissão na sentença quanto à ausência de fixação de honorários advocatícios (f. 107-109), os quais foram rejeitados sob o fundamento de que não há omissão, pois não cabe a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência no rito processual do *habeas data* (f. 118-119).

Apelação: interposta por Serasa S/A, sustentando: a) a falta de interesse de agir ante a não observância das condições estabelecidas no Resp nº 1.304.736, não importando que se trate de precedente relacionado à ação cautelar de exibição de documento, pois as ações têm o mesmo objeto; b) a impossibilidade do cumprimento da obrigação, uma vez que a pontuação (*score*) não é armazenada após a consulta pelo cliente (f. 110-115).

Contrarrazões: não houve manifestação do apelado (f. 135).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: opina pelo conhecimento e não provimento do recurso de apelação (f. 150-159).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) se há interesse de agir do autor em obter as informações solicitadas ao requerido, e b) se a obrigação imposta ao requerido é exequível.

1 – Interesse de agir

Sustenta o apelante-requerido que não há interesse de agir do apelado-autor, pois "*é necessário que ele demonstre a recusa administrativa no fornecimento de dados requisitados, bem como a negativa de crédito em decorrência da pontuação no serviço credit score",* conforme estabelecido em precedente do Superior Tribunal de Justiça (Resp Repetitivo nº 1.304.736).

Aduz que *"muito embora tenham denominações diferentes, a ação cautelar de exibição de documentos e este habeas data têm exatamente o mesmo objeto: a exibição de documentos referentes ao serviço de score de crédito prestado pela SERASA e por tantos outros bureaus de crédito*" (f. 113).

O Juiz *a quo* afastou o argumento do requerido sob o fundamento de que *"o precedente firmado no julgamento do REsp 1304736/RS tem aplicação específica ao caso ali tratado e que envolve ação cautelar de exibição de documento. O habeas data tem objeto diverso: o acesso constitucionalmente garantido às informações que dizem respeito ao postulante e que constam de banco de dados de entes governamentais ou de natureza pública. Dessarte, por esta via tem o impetrante direito de acesso a informação pessoal pelo simples fato de lhe ser particular, pouco importa se pretende ou não obter empréstimo ou firmar qualquer outra espécie de negócio.*" (f. 104).

No julgamento do Recurso Especial Repetitivo acima mencionado, a 2ª Seção do STJ firmou a seguinte tese:

> *"Em relação ao sistema credit scoring, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema Scoring".*

No voto condutor, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado por unanimidade pelos demais membros do órgão julgador, este ressaltou que "*referida exigência é consentânea com a legislação brasileira no tocante ao habeas data – remédio jurídico que também salvaguarda os direitos do consumidor com relação às suas informações em registros e bancos de dados -, haja vista a determinação de que a petição de introito seja instruída com a prova da recusa (Lei nº 9.507/1997, art. 8º)*" (REsp 1304736/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, julgado em 24/02/2016, p. 22).

No caso em apreço, o impetrante demonstrou que enviou notificação extrajudicial, em 15/04/2016, requisitando as informações do banco de dados da impetrada, tendo sido recebida por esta em 18/04/2016 (f. 19).

No entanto, alega o apelado que não recebeu nenhuma resposta.

Assim, ele só poderia comprovar a recusa ao acesso se tivesse recebido alguma resposta negativa, uma vez que a prova de que não recebeu nada é de difícil – ou quase impossível – produção (prova diabólica).

Portanto, caberia ao impetrado comprovar que enviou ao impetrante a resposta no prazo de dez dias do recebimento da notificação, o que não ocorreu.

Isso porque o impetrado-apelante juntou aos autos apenas uma suposta carta-resposta enviada ao impetrante, sem, contudo, nenhuma comprovação do envio e do recebimento (f. 45). Assim, não comprovada a resposta à requisição do impetrante no prazo de dez dias, resta caracterizada a recusa tácita ao fornecimento das informações solicitadas pelo impetrante ao órgão de cadastro de inadimplentes.

Nesse sentido, esta 2ª Câmara Cível decidiu recentemente em caso semelhante, como se extrai do trecho do voto do relator Des. Vilson Bertelli:

> *"2.2.1. Da ausência de interesse de agir*
>
> *Alega estar ausente o interesse de agir, porque não há prova da recusa administrativa das informações almejadas, contrariando o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/97.*

> *Afirma ter enviado resposta ao impetrante no dia seguinte ao recebimento da notificação extrajudicial, informando-o sobre os documentos necessários ao atendimento de seu requerimento administrativo. No entanto, o documento colacionado em p. 80 sequer possui registro da entrega ao destinatário, razão pela qual não prova a alegação." (Apelação nº 0822996-87.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Vilson Bertelli, j. 24/05/2017).*

Portanto, na espécie, como restou comprovada a recusa tácita do impetrado em fornecer as informações, há o interesse de agir do impetrante em utilizar do *Habeas Data,* devendo ser mantida a sentença neste ponto.

2 – Inexequibilidade do pedido

Afirma ainda o apelante que *"o score é gerado pontualmente, no momento da contratação, não sendo guardado nenhum registro após isso. Tanto é assim que uma consulta realizada poucas horas depois, quando será reativada novamente toda a fórmula matemática, poderá resultar em uma pontuação distinta da anterior.*"

O Juiz *a quo* salientou na sentença que "*quanto ao pedido de acesso às informações e fontes utilizadas pela Serasa para conferir uma pontuação referente ao credit scoring, o art. 5º, IV, da Lei nº 12.414/2011 assegura ao consumidor o direito de conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial. Disso decorre ser direito subjetivo do consumidor o esclarecimento sobre as fontes dos dados considerados no cálculo, bem como as informações pessoais valoradas*, *o que não abrange a metodologia utilizada na pontuação, que está protegida por sigilo*" (f. 103).

Segundo precedente qualificado (julgado sob o rito dos recursos repetitivos) do Superior Tribunal de Justiça, "*no caso específico do "credit scoring", devem ser fornecidas ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no CDC e na Lei nº 12.414/2011. O fato de se tratar de uma metodologia de cálculo do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, que busca informações em cadastros e bancos de dados disponíveis no mercado digital, não afasta o dever de cumprimento desses deveres básicos*" (REsp 1419697/RS, Rel. Minº Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014).

O Ministro, em seu elucidativo voto, explica que "*o chamado "credit scoring", ou simplesmente "credscore", é um sistema de pontuação do risco de concessão de crédito a determinado consumidor" e que "trata-se de um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, com atribuição de uma nota ao consumidor avaliado conforme a natureza da operação a ser realizada*."

Assim, "*algumas empresas desenvolveram fórmulas matemáticas para avaliação do risco de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, atribuindo uma nota ao consumidor*".

Conclui o Ministro que "*essas informações, quando solicitadas, devem ser prestadas ao consumidor avaliado, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados (histórico de crédito), para que ele possa exercer um controle acerca da veracidade dos dados existentes sobre a sua pessoa, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance no mercado. Devem ser prestadas também as informações pessoais do consumidor avaliado que foram consideradas para que ele possa exercer o seu direito de controle acerca das informações excessivas ou sensíveis, que foram expressamente vedadas pelo art. 3º, § 3º, I e II, da própria Lei nº 12.414/2011*".

Nesse sentido, não há como se falar em ausência de possibilidade de se cumprir o comando judicial que determinou à apelante o "*fornecimento das informações solicitadas pelo impetrante (fontes dos dados considerados - histórico de crédito, bem como as informações pessoais valoradas para se obter a pontuação pelo sistema Scoring), de forma clara e precisa, no prazo de 15 dias contados da intimação da sentença*" (f. 104), uma vez que é um dever legal o seu fornecimento, como demonstrado acima no precedente citado.

Portanto, mantenho a sentença.

Diante do exposto, com o parecer, conheço o recurso interposto por Serasa S/A mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 07 de março de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1400068-62.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INIBITÓRIA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – TEMPLOS QUE CULTUAM RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS E AMERÍNDIAS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE-MS – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DO DIREITO – INDEFERIMENTO.

Controvérsia centrada na discussão acerca do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, a fim de ser conferida imunidade tributária às propriedades/templos que cultuam religiões afro-brasileiras e ameríndias no Município de Campo Grande-MS.

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, ou de risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, seria temerário, pelo menos em sede liminar, se conceder imunidade tributária de forma ampla e irrestrita a todo patrimônio, rendas e serviços, ligados ou não, à finalidade essencial dos templos que cultuam religiões afro-brasileiras e ameríndias no Município de Campo Grande-MS, haja vista a pretensão, inclusive, de se afastar a exigência normativa local, que impõe a apresentação, para a concessão da benesse, de: a) estatuto da constituição da instituição ou entidade; b) ata de posse da Diretoria, e c) CNPJ (art. 2º, Decreto Municipal n° 9.782/2006).

Embora seja possível, em tese, se conferir interpretação conforme a tal dispositivo legal, consoante se pleiteia na inicial; é certo que, ao fazê-lo, seria necessária a imposição, pelo menos, de requisitos mínimos para a concessão da imunidade, para se evitar que qualquer propriedade, sobretudo as que não tenham vínculo algum com a entidade religiosa, possam se valer de uma circunstância de precariedade normativa, para auferir indevido benefício tributário. Ausente, portanto, a plausibilidade do direito invocado.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Inibitória com Pedido de Tutela Antecipada proposta pelo Ministério Público Estadual contra o Município de Campo Grande-MS, objetivando imunidade tributária de Imposto Predial e Territorial Urbano sobre imóveis onde são realizados cultos religiosos afro-brasileiros e ameríndios, e que o Município se abstenha de exigir os documentos mencionados nos itens I, II e III do art. 2º, do Decreto nº 9.782/2006.

Requereu, assim: a) a concessão da tutela inibitória, para que o réu se abstenha de exigir dos templos que cultuam religiões de matrizes afro-brasileiras e ameríndias os documentos mencionados nos itens I, II, e III do art. 2º do Decreto 9.782/2006 e no, mérito, b) a confirmação da tutela antecipada e c) a imunidade tributária do IPTU sobre templos religiosos que cultuam religiões de matrizes afro-brasileiras e ameríndias. (f. 25-40).

Decisão Interlocutória: indeferiu o pedido de tutela antecipada, em razão de "*o pedido de extensão da imunidade tributária de forma ampla e irrestrita a todo o patrimônio, rendas e serviços ligados, ou não à finalidade essencial dos templos, é demasiadamente genérico e não encontra respaldo no dispositivo constitucional*" (f. 143-145).

Agravo de Instrumento: interposto pelo Ministério Público Estadual, sustentando que: a) "*no caso das religiões afro-brasileiras, por vezes, a residência do pai de santo serve, também, como local do culto (...) Uma vez que é a essência dessas religiões que o pai de santo resida nesses locais*", e b) a exigência de documentos como estatuto de constituição da instituição, ata de posse da diretoria e CNPJ são absolutamente "*impertinentes e alheios a realidade desses templos*".

Requereu, em sede liminar, a concessão de efeito suspensivo ao Agravo, para *"ordenar que o Município de Campo Grande (MS), para fins de reconhecimento da imunidade tributária garantida pela Constituição Federal aos templos de qualquer culto, se abstenha de exigir dos templos que cultuam religiões de matrizes afro-brasileiras e ameríndias os documentos mencionados nos itens I, II, e III do art. 2º do Decreto 9.782/2006, sob pena de multa cominatória diária em valor a ser fixado"* e, no mérito, *"seja dado provimento ao recurso, para confirmar-se em definitivo a liminar pleiteada"* (f. 01-25).

Despacho de Relator: ante a inexistência de risco imediato de lesão grave de difícil ou impossível reparação, determinou tão somente a intimação do agravado para apresentação de Contrarrazões (f. 199-202).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 209-215).

VOTO (EM 14/03/2018)

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

Controvérsia centrada na discussão acerca do preenchimento, ou não, dos requisitos legais para o deferimento de tutela provisória de natureza antecipada, a fim de ser conferida imunidade tributária às propriedades/templos que cultuam religiões afro-brasileiras e ameríndias no Município de Campo Grande-MS.

1 – Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 16/12/2016 (f. 119-121, na origem), tendo a respectiva intimação pessoal do órgão ministerial ocorrido na mesma data, enquanto que o presente recurso foi interposto em 09/01/2017 (f. 01-24).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/2015, razão pela qual são aplicáveis, desde logo, à espécie suas regras sobre o cabimento e a admissibilidade, bem ainda todas que dizem respeito ao procedimento recursal e respectivo julgamento (art. 1.046, CPC/15), respeitados, entretanto, eventuais atos processuais praticados e/ou situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14, CPC/15).

Nos termos do art. 1.070, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto nos artigos 1.015, inc. I, 1.016 e 1.017, todos do Código de Processo Civil/2015.

2 – Antecipação de tutela

O art. 300, do CPC/2015, prevê que a tutela de urgência, espécie de tutela provisória (art. 294, CPC/15), será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser de natureza cautelar ou antecipada.

Em sede recursal, a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que apreciou, na origem, pedido de tutela provisória de urgência, devolve ao Tribunal a apreciação desses requisitos (art. 299, parágrafo único, CPC/15), a fim de ser deferida, ou não, a medida liminar pleiteada.

Na espécie, como bem delineou a decisão agravada, seria mesmo temerário, pelo menos em sede liminar, se conceder imunidade tributária de forma ampla e irrestrita a todo patrimônio, rendas e serviços, ligados ou não, à finalidade essencial dos templos que cultuam religiões afro-brasileiras e ameríndias no Município de Campo Grande-MS, haja vista a pretensão, inclusive, de se afastar a exigência normativa local, que impõe a apresentação, para a concessão da benesse, de: a) estatuto da constituição da instituição ou entidade; b) ata de posse da Diretoria, e c) CNPJ (art. 2º, Decreto Municipal nº 9.782/2006).

Embora seja possível, em tese, se conferir interpretação conforme, a tal dispositivo legal, consoante se pleiteia na inicial, é certo que, ao fazê-lo, seria necessária a imposição, pelo menos, de requisitos mínimos para a concessão da imunidade, para se evitar que qualquer propriedade, sobretudo as que não tenham vínculo algum com a entidade religiosa, possam se valer de uma circunstância de precariedade normativa, para auferir indevido benefício tributário.

Nesse sentido, chama atenção, inclusive, a afirmação contida no parecer ministerial, no sentido de que "*os imóveis apontados pelo Agravante não compreendem o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades religiosa em questão, não podem eles serem abrangidos pela imunidade tributária prevista na Constituição Federal*." (f. 221).

Assim, à vista do momento processual em que submetida a apreciação da questão, bem como da insegurança jurídica que se pode criar com o estabelecimento, em caráter precário, de requisitos mínimos para a concessão da imunidade pretendida, não há como se afirmar que exista, no presente momento, plausibilidade jurídica suficiente ao deferimento do pedido de antecipação de tutela.

Além disso, não se afigura presente urgência tamanha, a justificar que se resolva a lide em sede liminar, embora de forma precária, pois, em eventual procedência do pedido inicial, os valores cobrados indevidamente poderão ser naturalmente restituídos na forma da legislação de regência.

Por isso, correta a decisão agravada, ao indeferir o pedido de antecipação de tutela.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual mas nego-lhe provimento.

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

VOTO (EM 21/03/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (2º Vogal)

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público Estadual, nos autos de inibitora, de nº 0843193-63.2016.8.12.0001, em que contende com o Município de Campo Grande, oferece recurso de apelação.

O i. Relator nega provimento ao recurso, considerando seria temerário, pelo menos em sede liminar, conceder imunidade tributária de forma ampla e irrestrita a todo patrimônio, rendas e serviços, ligados ou não, à finalidade essencial dos templos que cultuam religiões afro-brasileiras e ameríndias no Município de Campo Grande-MS, haja vista a pretensão, inclusive, de se afastar a exigência normativa local, que impõe a apresentação, para a concessão da benesse, de: a) estatuto da constituição da instituição ou entidade; *b*) ata de posse da Diretoria, e c) CNPJ (art. 2º, Decreto Municipal n° 9.782/2006).

Pois bem, a imunidade de templos reside na Constituição Federal, nos seguintes termos:

> *Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)*
>
> *VI - instituir impostos sobre:*
>
> *a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*
>
> *b) templos de qualquer culto; (...)*
>
> *§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

O Código Tributário Nacional por seu turno assim descreve:

> *Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;*
>
> *II - cobrar imposto sobre o patrimônio e a renda com base em lei posterior à data inicial do exercício financeiro a que corresponda;*

> *III - estabelecer limitações ao tráfego, no território nacional, de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais;*
>
> *IV - cobrar imposto sobre:*
>
> *a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros;*
> *b) templos de qualquer culto;*

Para alguns julgados da Corte Suprema, embora a questão da imunidade seja de competência constitucional a comprovação da finalidade do imóvel recai sobre matéria infraconstitucional. Vejamos:

> *Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. 3. Imunidade tributária. Templos de qualquer culto. Controversa a comprovação da finalidade do imóvel. Matéria infraconstitucional. 4. Requisitos para imunidade do art. 150, VI, b, da Constituição Federal. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 279. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.* (ARE 918697 AgR, Relator(a): Minº Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, Processo Eletrônico DJe-108 DIVULG 23-05-2017 PUBLIC 24-05-2017)

> *Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. ART. 150, VI, C, DA CF. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 14 DO CTNº MATÉRIA DE FATO. ATO QUE RECONHECE ESSE ATENDIMENTO. NATUREZA. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, quanto ao preenchimento dos requisitos legais necessários ao reconhecimento da imunidade no período em questão, bem como à natureza do ato que atesta esse atendimento, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF, e, ainda, a interpretação da legislação infraconstitucional, o que ensejaria ofensa reflexa à Constituição. II – Agravo regimental a que se nega provimento.* (ARE 694140 AgR, Relator(a): Minº Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, Processo Eletrônico DJe-250 DIVULG 17-12-2013 PUBLIC 18-12-2013)

Ainda assim, podemos colher alguns julgados do STF indicando a jurisprudência das Cortes Superiores de que milita presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa seriam destinados às finalidades essenciais da instituição (art. 150, § 4º da Constituição), sendo ônus do ente federativo provar eventual desvio de finalidade. Recurso desprovido.

Nessa senda:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. TEMPLO DE QUALQUER CULTO. DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCINAL E INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. INCIDÊNCIA. 1. A imunidade do IPTU deferida aos templos de qualquer culto, quando controversa a comprovação da finalidade do imóvel, não enseja o cabimento de recurso extraordinário, por demandar a análise da legislação infraconstitucional, bem como, a incursão no acervo fáticoprobatório dos autos. Precedentes: AI 595.479-AgR, Rel. Minº Ayres Britto, Primeira Turma, DJe 6/8/2010, e AI 651.138-AgR, Rel. Minº Eros Grau, Segunda Turma, DJe 17/8/2007. 2. O recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 3. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo*

> *infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: "Direito Tributário. Imunidade de templos religiosos (art. 150, VI, "b" da Constituição Federal). Agravo interno contra decisão que reconheceu a imunidade do imóvel da demandante. Irregularidade da representação que pode ser sanada a qualquer tempo, ratificando-se os atos anteriormente praticados, segundo jurisprudência pacífica do STJ e TJRJ.* ***Imunidade tributária que deve ser reconhecida. De acordo com a jurisprudência mais recente do STF e STJ, milita presunção relativa de que os imóveis da entidade religiosa seriam destinados às finalidades essenciais da instituição (art. 150, § 4º da Constituição), sendo ônus do ente federativo provar eventual desvio de finalidade. Recurso desprovido.*** *5. Agravo regimental desprovido.* (STF; ARE 841212 AgR, Relator(a): Minº Luiz Fux, Primeira Turma, Public 09-12-2014).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE FUNDAÇÃO PÚBLICA. IPTU.* ***DESTINAÇÃO DO IMÓVEL. PRETENSÃO CUJO ACOLHIMENTO DEMANDARIA REEXAME DE FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO.*** *SÚMULA 279/STF. PRECEDENTES. A jurisprudência da Corte vem consolidando o entendimento de que não cabe ao ente imune demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais.* ***Ao contrário, cabe à Administração tributária demonstrar a eventual tredestinação do bem gravado pela imunidade. Esta inversão circunstancial do ônus da prova justifica-se pelo fato da imunidade não ser concedida por ato do Fisco. Trata-se de uma garantia que se reveste do caráter de regra supressiva da competência tributária, cujos efeitos decorrem diretamente da Constituição Federal.*** *Nos termos dos precedentes assentados por este colegiado, o debate relativo à ausência de comprovação da destinação do imóvel para fins de imunidade demanda o reexame de fatos e provas. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STF, ARE 796191 AgR/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, Public 09/03/2015) Destacados

Portanto, cumpre à Administração tributária demonstrar a eventual predestinação do bem gravado pela imunidade, sendo esta inversão circunstancial do ônus da prova justificada pelo fato da imunidade não ser concedida por ato do Fisco e sim de de uma garantia que se reveste do caráter de regra supressiva da competência tributária, cujos efeitos decorrem diretamente da Constituição Federal.

Voltando-se para Superior Tribunal de Justiça, temos os seguintes julgados que reafirmam este posicionamento:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ITBI. ENTIDADE RELIGIOSA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 333, II, DO CPC. ÔNUS DA PROVA. 1. Sendo a recorrida entidade religiosa, há presunção relativa de que o terreno adquirido para construção do templo gerador do débito é revertido para suas finalidades essenciais.* ***Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que o terreno em comento estaria desvinculado da destinação institucional. 2. Agravo Regimental não provido".*** (STJ; AgRg nº AREsp 417.964/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 15/04/2014).
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ITBI. ENTIDADE RELIGIOSA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 333, INCISO II, DO CPC. ÔNUS DA PROVA. 1. Tratando-se a recorrida de entidade religiosa, há presunção relativa de que o terreno adquirido para construção do templo gerador do débito é revertido para as suas finalidades essenciais.* ***Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que***

> ***o terreno em comento estaria desvinculado da destinação institucional.*** *2. Precedentes: AgRg nº AREsp 380.953/ES, Rel. Minº Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.11.2013; AgRg nº AREsp 239.268/MG, Rel. Minº Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.12.2012; AgRg no Ag 849285/MG, Rel. Minº Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17.5.2007; AgRg nº REsp 1215119/RJ, Rel. Minº Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.4.2011. 3. Agravo regimental não provido.* (STJ; AgRg nº AREsp 444.193/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014). Destacados

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 724, estabelecendo que *"ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades"*.

Deste modo, a exigência normativa local, que impõe a apresentação, para a concessão da benesse, de: a) estatuto da constituição da instituição ou entidade; b) ata de posse da Diretoria; e c) CNPJ (art. 2º, Decreto Municipal nº 9.782/2006), deve ser ponderada com vista que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 373, inciso II, do CPC, apresentar prova de que os imóveis em comento estariam desvinculados da destinação institucional.

O Ofício da Federação dos Cultos AfroBrasileiros e Ameríndios do Estado de Mato Grosso do Sul (p. 28-40 – autos de origem), destaca a relação de filiados com mais de 80 (oitenta) templos que cultuam religiões afro-brasileiras e ameríndias, com os boletos de cobrança do IPTU (p. 41-49 – autos de origem), alguns, inclusive, dando conta de que haveria débitos de IPTU inscrito em dívida ativa e em fase de execução fiscal, submetendo o imóvel onde os cultos religiosos são realizados à penhora/depósito/avaliação e venda em hasta pública quando não adjudicação pelo próprio exequente, já que dívidas de IPTU não permite sequer a alegação de bem de família, conforme art. 3º, IV da Lei 8.009/90).

Portanto, por ora, compreendo como presentes os requisitos para concessão da tutela de urgência, a fim de garantir a imunidade na forma apontada acima e a inviolabilidade à liberdade de consciência e de crença, no intuito de assegurar o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5º, inciso VI, da CF).

Assim, entendo como presentes os requisitos de probabilidade do direito e risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

Diante do exposto, peço vênia ao I. Relator para divergir e dar provimento ao recurso de agravo de instrumento, a fim de garantir a imunidade tributária garantida pela Constituição Federal ao templos de qualquer culto, e determinar que o Município de Campo Grande se abstenha de exigir dos filiados constante das páginas 28-40 dos templos que cultuam religiões de matrizes afrobrasileiras e ameríndias os documentos mencionados nos itens I, II e III do art.2º do Decreto 9.782/2006, até o julgamento da demanda, sob pena de multa de R$ 100,00 (cem reais) por dia, limitado a trinta dias, para cada filiado constante no documento da páginas 28-40 – autos de origem.

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

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

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, 21 de março de 2018.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000001-82.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – AFASTADA – PROCESSO LEGISLATIVO – ATO COMPLEXO – NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO PODER EXECUTIVO – MÉRITO – LEI MUNICIPAL DE INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO QUE CRIA DESPESA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – SUBVENÇÃO PELO PODER PÚBLICO DE MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

O município detém legitimidade passiva para figurar no polo passivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, eis que a edição de lei caracteriza ato complexo, o qual, inclusive, depende de sanção pelo Poder Executivo.

É de competência privativa do Chefe do Poder Executivo Municipal a criação de leis que acarretam despesas para a municipalidade, padecendo, portanto, de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, a lei que gera ônus ao orçamento municipal.

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios subvencionar manifestações religiosas, sob pena de violação ao princípio constitucional da laicidade do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, rejeitar a preliminar arguida, no mérito, julgar procedente a ação, nos termos do voto do Relator. Divergiu quanto aos fundamentos da procedência o Des. Dorival Renato Pavan. Ausentes, justificadamente os Desembargadores Divoncir Schreiner Maran e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 8 de novembro de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade em face do Município de Campo Grande buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092/2012, que instituiu na Praça do Rádio Clube a Quinta Gospel no Município de Campo Grande e dá outras providências.

Alega, em síntese, que:

(i) "Referido dispositivo legal padece, primeiramente, de vício de inconstitucionalidade formal, consistente em vício de iniciativa, haja vista que, por se tratar de lei que impõe ônus administrativo e econômico ao ente público, criando despesa pública, trata de matéria que somente poderia ser disciplinada por iniciativa do Chefe do Executivo. Entretanto, como se extrai da documentação acostada aos autos, referida norma foi originada por projeto de lei de iniciativa dos Vereadores Lídio Lopes, Paulo Siufi, Magali Picarelli, Thais Helena, Mário César, Professora Rose, Herculano Borges e Dr. Jamal (Projeto de Lei nº 7.193/2012)" (f. 3);

(ii) "Além disso, referida lei, ao beneficiar com recursos públicos apenas um segmento religioso, discriminando explicitamente todos os demais interessados, acabou ferindo os princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como a liberdade de consciência e de crença que impõe o reconhecimento da igualdade de todos os cultos e credos, conforme adiante será exposto" (f. 3);

(iii) "Convém ressaltar que a Lei Municipal nº 5.092/2012 ocasionou, além do uso de espaço público, a utilização da estrutura administrativa e financeira do Município de Campo Grande, em especial no que toca ao envolvimento da Fundação Municipal de Cultura, que ficou incumbida de organizar e divulgar o evento, contratando e pagando artistas evangélicos, bem como onerando os serviços de apoio à segurança e atendimento à saúde dos participantes, constituindo verdadeira interferência indevida do Poder Legislativo no orçamento do Poder Executivo" (f. 7);

(iv) "A comprovação do ônus imposto ao Poder Público Municipal emana indiscutível das cópias de vários contratos de prestação de serviços celebrados entre a Fundação Municipal de Cultura e artistas de orientação gospel evangélica, a exemplo do contrato formalizado com Rosa de Saron Produções Artísticas Ltda.-ME no importe de R$ 42.256,00 (quarenta e dois mil, duzentos e cinquenta e seis reais), no qual ficou estipulado no item 3.2, da obrigação da contratante, os seguintes ônus impostos ao ente municipal"(f. 7-8);

(v) "Tais preceitos, por inarredável imposição de simetria, foram igualmente contemplados na Constituição de Mato Grosso do Sul, nos termos do seu artigo 67, §1º, inciso II, alínea "d" no que se refere à exclusividade de iniciativa para projetos de lei que interfiram na organização e funcionamento dos órgãos da administração pública bem como no artigo 66, §4º, inciso III no que diz respeito à previsão do Princípio da Separação dos Poderes motivo pelo qual resulta incompatível com a Constituição Estadual a aprovação da Lei Municipal nº 5.092/2012 a partir da iniciativa de um grupo de Vereadores" (f. 9);

(vi) "O legislador Municipal, entretanto, ao editar a Lei Municipal n º 5.092/2012, não se atentou para a regência do aludido princípio constitucional, instituindo subvenção pública que prestigia exclusivamente o público evangélico, provendo-lhe de toda estrutura necessária, inclusive custeando a contratação de artistas que propagam a doutrina gospel evangélica, sem assegurar idêntica oportunidade aos demais segmentos religiosos" (f. 14);

(vii) "A Lei Municipal impugnada, ao oferecer suporte financeiro e apoio administrativo, às custas do Erário, para o atendimento de um grupo religioso específico, sem resguardar idêntico tratamento às demais religiões, afastou-se frontalmente desses preceitos" (f. 15); e

(viii) "Por consequência, cuida-se de norma despida de caráter geral, destinada à subvenção pelo Poder Público de um único segmento religioso, o gospel evangélico, estabelecendo um favorecimento que se revela constitucionalmente inviável, mormente quando se infere dos autos que representantes de outras religiões solicitaram isonomia de tratamento e obtiveram resposta negativa" (f. 18).

Requer "*a) o recebimento desta petição inicial e a ulterior suspensão,* ***em caráter liminar, da eficácia da Lei Municipal nº 5.092/2012, observando-se o procedimento disposto no art. 514 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça"***. (f. 21). (Destaquei).

Acerca da medida liminar, o Município de Campo Grande manifestou-se às f. 355-366, suscitando a "*(...) preliminar de de ilegitimidade passiva e, caso se adentre ao mérito, por não preenchidos os requisitos legais, requerse o indeferimento do pedido cautelar*".

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 372-378, nos termos do art. 10, §1º, da Lei nº 9.868/99, pela concessão da medida.

Às f. 385-390, o Órgão Especial deferiu a cautelar para suspender a norma impugnada, nos termos do voto do relator.

A Câmara dos Vereadores do Município de Campo Grande e o Prefeito Municipal foram notificados para prestar informações e o Procurador-Geral do Município foi devidamente citado para defender o ato impugnado (f. 403).

O Procurador-Geral do Município e o Prefeito Municipal apresentaram informações às f. 413-424, manifestando-se pela constitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092/2012. Já Câmara de Vereadores do Município de Campo Grande deixou transcorrer o prazo sem apresentar manifestação (f. 425).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina "*pela procedência do pedido formulado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, confirmando a liminar deferida e declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092, de 20 de julho de 2012*" (f. 429-436).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade em face do Município de Campo Grande buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092/2012, que instituiu na Praça do Rádio Clube a Quinta Gospel no Município de Campo Grande e dá outras providências.

Alega, em síntese, que:

> *(i) "Referido dispositivo legal padece, primeiramente, de vício de inconstitucionalidade formal, consistente em vício de iniciativa, haja vista que, por se tratar de lei que impõe ônus administrativo e econômico ao ente público, criando despesa pública, trata de matéria que somente poderia ser disciplinada por iniciativa do Chefe do Executivo. Entretanto, como se extrai da documentação acostada aos autos, referida norma foi originada por projeto de lei de iniciativa dos Vereadores Lídio Lopes, Paulo Siufi, Magali Picarelli, Thais Helena, Mário César, Professora Rose, Herculano Borges e Dr. Jamal (Projeto de Lei nº 7.193/2012)" (f. 3);*
>
> *(ii) "Além disso, referida lei, ao beneficiar com recursos públicos apenas um segmento religioso, discriminando explicitamente todos os demais interessados, acabou ferindo os princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como a liberdade de consciência e de crença que impõe o reconhecimento da igualdade de todos os cultos e credos, conforme adiante será exposto" (f. 3);*

(iii) "Convém ressaltar que a Lei Municipal nº 5.092/2012 ocasionou, além do uso de espaço público, a utilização da estrutura administrativa e financeira do Município de Campo Grande, em especial no que toca ao envolvimento da Fundação Municipal de Cultura, que ficou incumbida de organizar e divulgar o evento, contratando e pagando artistas evangélicos, bem como onerando os serviços de apoio à segurança e atendimento à saúde dos participantes, constituindo verdadeira interferência indevida do Poder Legislativo no orçamento do Poder Executivo" (f. 7);

(iv) "A comprovação do ônus imposto ao Poder Público Municipal emana indiscutível das cópias de vários contratos de prestação de serviços celebrados entre a Fundação Municipal de Cultura e artistas de orientação gospel evangélica, a exemplo do contrato formalizado com Rosa de Saron Produções Artísticas Ltda.-ME no importe de R$ 42.256,00 (quarenta e dois mil, duzentos e cinquenta e seis reais), no qual ficou estipulado no item 3.2, da obrigação da contratante, os seguintes ônus impostos ao ente municipal"(f. 7-8);

(v) "Tais preceitos, por inarredável imposição de simetria, foram igualmente contemplados na Constituição de Mato Grosso do Sul, nos termos do seu artigo 67, §1º, inciso II, alínea "d" no que se refere à exclusividade de iniciativa para projetos de lei que interfiram na organização e funcionamento dos órgãos da administração pública bem como no artigo 66, §4º, inciso III no que diz respeito à previsão do Princípio da Separação dos Poderes motivo pelo qual resulta incompatível com a Constituição Estadual a aprovação da Lei Municipal nº 5.092/2012 a partir da iniciativa de um grupo de Vereadores" (f. 9);

(vi) "O legislador Municipal, entretanto, ao editar a Lei Municipal n º 5.092/2012, não se atentou para a regência do aludido princípio constitucional, instituindo subvenção pública que prestigia exclusivamente o público evangélico, provendo-lhe de toda estrutura necessária, inclusive custeando a contratação de artistas que propagam a doutrina gospel evangélica, sem assegurar idêntica oportunidade aos demais segmentos religiosos" (f. 14);

(vii) "A Lei Municipal impugnada, ao oferecer suporte financeiro e apoio administrativo, às custas do Erário, para o atendimento de um grupo religioso específico, sem resguardar idêntico tratamento às demais religiões, afastou-se frontalmente desses preceitos" (f. 15); e

(viii) "Por consequência, cuida-se de norma despida de caráter geral, destinada à subvenção pelo Poder Público de um único segmento religioso, o gospel evangélico, estabelecendo um favorecimento que se revela constitucionalmente inviável, mormente quando se infere dos autos que representantes de outras religiões solicitaram isonomia de tratamento e obtiveram resposta negativa" (f. 18).

Requer, ao final, "*a) o recebimento desta petição inicial e a ulterior suspensão, em caráter liminar, da eficácia da Lei Municipal nº 5.092/2012, observando-se o procedimento disposto no art. 514 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça*". (f. 21).

Acerca da medida liminar, o Município de Campo Grande manifestou-se às f. 355-366, suscitando "*(...) preliminar de ilegitimidade passiva e, caso se adentre ao mérito, por não preenchidos os requisitos legais, requer-se o indeferimento do pedido cautelar*".

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 372-378, nos termos do art. 10, §1º, da Lei nº 9.868/99, pela concessão da medida.

Às f. 385-390, o Órgão Especial deferiu a cautelar para suspender a norma impugnada, nos termos do voto do relator.

A Câmara dos Vereadores do Município de Campo Grande e o Prefeito Municipal foram notificados para prestar informações e o Procurador-Geral do Município foi devidamente citado para defender o ato impugnado (f. 403).

O Procurador-Geral do Município e o Prefeito Municipal apresentaram informações às f. 413-424, manifestando-se pela constitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092/2012. Já a Câmara de Vereadores do Município de Campo Grande deixou transcorrer o prazo sem apresentar manifestação (f. 425).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opina pela "*procedência do pedido formulado na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, confirmando a liminar deferida e declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092, de 20 de julho de 2012*" (f. 429-436).

Preliminar de ilegitimidade passiva.

De pronto, afasto a alegação do Município de Campo Grande de que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual, porquanto o processo legislativo é ato complexo que somente se aperfeiçoa com a sanção do projeto de lei pelo Poder Executivo, com a sua posterior publicação.

Ora, havendo como há a necessária participação do Poder Executivo para a perfectibilização do ato inquirido de inconstitucional, resta inequívoca a legitimidade, no caso, do Município de Campo Grande para integrar a presente demanda.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUCIONAL - LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO - ATO COMPLEXO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - LEI MUNICIPAL CONSTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO - NORMA CONSTITUCIONAL DE REPETIÇÃO - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE CARÁTER TEMPORÁRIO OU EXCEPCIONAL - PROVIMENTO DE CARGOS COM FUNÇÕES BUROCRÁTICAS E PERMANENTES - INCONSTITUCIONALIDADE DO TEXTO LEGAL.*
>
> *1) **É o Município pessoa jurídica legitima para figurar no pólo passivo da ação declaratória de inconstitucionalidade, eis que a edição de uma lei, por se tratar de ato complexo, depende de prévia sanção e publicação que estão afetas ao Executivo Municipal**.*
>
> *2) Compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade onde é impugnada Lei Municipal em face da Constituição Estadual, ainda que o dispositivo fustigado revele-se simplesmente repetição de norma da Carta Maior de obrigatória observância pelo Estado.*
>
> *3) A contratação de pessoal sem concurso público pela Administração, em qualquer de suas esferas, deverá ser precedida de lei prevendo os cargos, do prazo do contrato, de descrição da necessidade temporária de interesse público e da demonstração da excepcionalidade.*
>
> *4) Em face de prescrição contida no texto constitucional a admissão temporária no serviço público sem o devido concurso público somente se dará em situação restrita de excepcional interesse público. Assim, é inconstitucional a norma municipal que estabelece a contratação de pessoal para funções burocráticas ordinárias e permanentes, que somente poderiam ser ocupadas por meio de concurso público.*
>
> *5) Ação direta de inconstitucionalidade procedente.*[1] *(Destaquei)*

1 TJAP. ADI 1506. Rel. Desembargador Gilberto Pinheiro. Julgamento 9.5.2007.

Afasto, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município de Campo Grande.

Mérito.

Trata-se, como relatado, de ação direta de inconstitucionalidade que objetiva extirpar do ordenamento jurídico a Lei Municipal nº 5.092, de 20 de julho de 2012, que instituiu a chamada "Quinta Gospel", a ser realizada na Praça do Rádio Clube, no Município de Campo Grande/MS.

A norma atacada possui a seguinte redação:

> *Institui na Praça do Rádio Clube a Quinta Gospel no Município de Campo Grande e dá outras providências.*
>
> *Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, Nelson Trad Filho, Prefeito Municipal de Campo Grande, Capital do Estado de Mato Grosso do Sul sanciono a seguinte Lei:*
>
> *Art. 1º Fica instituída a Quinta Gospel na Praça do Rádio Clube, no Município de Campo Grande-MS.*
>
> *Art. 2º A quinta gospel será realizada na quinta-feira que antecede a noite da seresta* ***utilizando a mesma estrutura que é utilizada na noite da seresta.***
>
> *Art. 3º O evento deverá ser realizado com artistas nacionais e regionais.*
>
> *Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (Grifei).*

Consigne-se que o processo legislativo que instituiu a lei em comento é lei de iniciativa do Poder Legislativo. Dessa feita, conforme afirmado pelo autor da ação, entendo que a lei atacada padece de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, porquanto é cediço que compete exclusivamente ao Poder Executivo Municipal a proposição de leis que possam gerar ônus administrativo e econômico à municipalidade, criando despesa pública, como no caso da lei ora impugnada.

É o que se retira, aliás, da leitura do art. 67, §1º, II, "d", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, assim redigido:

> *Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição. (Alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 68, de 15.12.2015 - DOMS, de 22.12.2015.)*
>
> *§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:*
>
> *(...)*
>
> *II - disponham sobre:*
>
> *(...)*
>
> *d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública.*

A propósito, confira-se os seguintes precedentes deste Sodalício:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE ESTABELECE A OBRIGATORIEDADE DO MUNICÍPIO EM CONSTRUIR E CONSERVAR PASSEIOS PÚBLICOS - INICIATIVA DA CÂMARA MUNICIPAL - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E LIVRE INICIATIVA – VÍCIO FORMAL - PRECEDENTE ANTERIOR – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Considerando que os dispositivos legais aplicados à matéria atribuem ao prefeito municipal a competência exclusiva para legislar sobre a matéria relacionada a serviços públicos que acarretam redução de arrecadação ou aumento de despesas públicas a serem suportadas pela Administração Pública Municipal, não permite a Câmara Municipal apresentar projeto de lei, sob pena de ocorrer inconstitucionalidade formal.[2]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA À LEI ORGÂNICA Nº 019/2014. ALTERAÇÃO PELO PODER LEGISLATIVO GERANDO AUMENTO DE DESPESAS AO PODER EXECUTIVO. MATÉRIA DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES. PRECEDENTES STF. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCEDENTE.1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade da Emenda nº 019/2014, de iniciativa da Câmara Municipal de Altaneira; que alterou a Lei Orgânica desse Município para atribuir ao Poder Executivo Municipal a responsabilidade de remunerar vereador licenciado para atuar como Secretário Municipal que tenha optado por receber o subsídio da vereança. 2. Foi conferida ao Chefe do Executivo a iniciativa de projetos de lei que guardam relação com a função administrativa típica desse Poder. 3. Com a mudança implementada pelo Poder Legislativo local, criou-se, então, uma situação de aumento de despesa para a Administração Municipal, ensejando uma indevida ingerência do Poder Legislativo na organização e nas despesas do Poder Executivo, infringindo assim o princípio constitucional da separação e harmonia entre os Poderes, entendimento este, amplamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Nesse contexto, resta comprovada a inconstitucionalidade da Emenda nº 019/2014 à Lei Orgânica de Altaneira. Vistos, relatados e discutidos estes autos Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0624046-74.2014.8.06.0000 em que é requerente Joaquim Soares Neto (Prefeito de Altaneira) e requerida a Câmara Municipal de Altaneira.[3]

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI QUE DISPÕE SOBRE ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. PROJETO DE INICIATIVA DE VEREADOR. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. VÍCIO FORMAL DETECTADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES. AUMENTO INDEVIDO DE DESPESA. PROCEDÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

1) A promulgação de lei pela Câmara Municipal oriunda de projeto apresentado por vereador, impondo ao Poder Executivo local a implementação de diversas medidas para garantir a acessibilidade de pessoas com deficiência aos órgão públicos, viola a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para deflagrar processo legislativo sobre organização administrativa, serviços públicos e estruturação das Secretarias e órgãos públicos, incorrendo em inconstitucionalidade por vício formal de iniciativa. Precedentes.

2) Ao extrapolar sua competência legiferante, a Câmara Municipal afronta o princípio da separação entre os Poderes, sedimentado no art. 17 da Constituição deste Estado.

2 TJMS. Direta de Inconstitucionalidade - Nº 1405483-94.2015.8.12.0000. Rel. Desembargador Divoncir Schreiner Maran. Julgamento 11.5.2016.

3 TJCE. ADI 06240467420148060000. Rel. Desembargador Francisco Barbosa Filho. Julgamento 10.11.2016.

> *3) A implantação da obrigação prevista na lei impugnada desacompanhada da indicação dos recursos disponíveis, carecendo de previsão no plano orçamentário municipal, gera indevida despesa ao erário.*
>
> *4) Pedido julgado procedente.*[4]

Além disso, é certo que a norma ora atacada padece ainda de vício de inconstitucionalidade material, porquanto, como afirmado no julgamento da medida cautelar (f. 385-390), a presente Lei fere preceitos expressamente elencados na Constituição Federal, tais como a liberdade religiosa[5], a laicidade do estado[6] e o princípio da isonomia[7].

Como bem ressaltado pelo *Parquet* na manifestação de f. 429-436 "*a lei vergastada destinada à subvenção pelo Poder Público de um único segmento religioso, qual seja, gospel evangélico, é despida de caráter geral, favorecendo um único segmento em detrimento dos demais, o que se revela em evidente violação constitucional, já que atenta contra a inviolabilidade de liberdade de consciência e de crença, previstas no art. 5º, inciso VI, maculando, ainda, a própria laicidade do Estado, prevista no art. 19, inciso I, da Constituição Federal.*"

Sobre a laicidade do Estado leciona Alexandre de Moraes que:

> *A Constituição estabelece ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (CF, art. 19) estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. A República Federativa do Brasil é leiga ou laica, uma vez que há separação total entre Estado e Igreja, inexistindo religião oficial. Observe, porém, que o fato de ser uma Federação leiga não confunde com Estados ateus, pois o Brasil, expressamente, afirma acreditar em Deus, quando no preâmbulo constitucional declara: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."*[8]

Outrossim, em caso análogo ao presente, já decidiu o Órgão Especial desta Corte de Justiça que:

> *EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONCESSÃO DE SUBVENÇÃO SOCIAL PARA IGREJA PROMOVER "MARCHA PARA JESUS" – LEI MUNICIPAL DE CASSILÂNDIA Nº 1.917/2013 – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL – VERIFICADA – VEDAÇÃO IMPOSTA AOS ENTES FEDERADOS EM CONCEDER SUBVENÇÃO À ENTIDADES RELIGIOSAS – ART. 19, I, CF – NULIDADE DA LEI MUNICIPAL – ARGUIÇÃO ACOLHIDA COM O PARECER.* ***O artigo 19, I, da Constituição Federal veda que os entes federados subvencionem entidades religiosas, em razão da separação total entre o Estado e a***

4 TJES. ADI 00208101220148080000. Rel. Desembargador José Paulo Calmon Nogueira da Gama. Julgamento 4.12.2014.

5 VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

6 Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

7 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: (...).

8 Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 6. ed. 2006.

> ***Igreja, por ter o Brasil se consagrado um Estado laico desde a edição do Decreto 119-A de 1890. Deste modo, como os documentos acostados demonstram o caráter religioso do evento "Marcha pra Jesus", a subvenção concedida pelo Município para realização de tal solenidade não possui finalidade social, porque se trata de um evento com propósito religioso, tendo como principal público os evangélicos. Consequentemente, tal ato municipal desrespeita também o princípio da isonomia, já que favorece apena um segmento religioso em detrimento doutros***. *Se a Constituição Federal proíbe os entes federados de concederem subvenção à entidade religiosa e, tendo em vista que o Município de Cassilândia editou ato normativo contrário a esta vedação, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.917 de maio de 2013 e, por conseguinte, sua nulidade.*[9] *(Destaquei)*

Não se trata aqui, como quer fazer crer o Município de Grande na manifestação de f. 413-424, de desrespeitar manifestação religiosa de qualquer crença que seja. Cuida-se, em verdade, de vedar a subvenção, pelo Poder Público, de manifestação de cunho religioso, tal como estabelece o art. 19, I, da Magna Carta, transcrito alhures.

Assim, infere-se que, no caso vertente, há inconstitucionalidade material da Lei Municipal em questão, ou seja, evidente a incompatibilidade de conteúdo entre a lei epigrafada e a Constituição da República.

Na lição de Gilmar Mendes:

> *Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição. A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.*[10]

Portanto, como já afirmado, a ação deve ser julgada procedente, tendo em vista que a norma impugnada padece tanto de inconstitucionalidade formal quanto material.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, julgo procedente o pedido formulado na exordial para declararar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.092/2012, do Município de Campo Grande. Por conseguinte, extingo o feito com resolução de mérito, forte no artigo 487, I, do Código de Processo Civil[11].

Des. Sideni Soncini Pimentel. (1º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Dorival Renato Pavan (2º Vogal)

Acompanho o relator para declarar a inconstitucionalidade da indigitada Lei Municipal nº 5.092/2012 com a única ressalva para afastar a inconstitucionalidade formal, pois, ainda que o projeto de lei tenha sido de iniciativa de alguns vereadores, é certo que foi sancionada pelo Prefeito Municipal à época, Nelson Trad Filho, e não incluída no rol restritivo do artigo 36, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Campo Grande:

> *"Art. 36. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Vereador ou Comissão, ao Prefeito e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta lei.*

9 TJMS. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade - Nº 0801300-79.2013.8.12.0007/50000 – Cassilândia. Rel. Desembargador Divoncir Schreiner Maranº Julgamento 10.8.2016.

10 MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1214.

11 Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

> ***Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que****:*
>
> ***I - fixem ou modifiquem o efetivo da Guarda Municipal;***
>
> ***II - disponham sobre:***
>
> ***a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, ou aumento de sua remuneração;***
>
> ***b) servidores públicos do Município, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;***
>
> ***c) criação, estruturação e extinção das secretarias e órgãos da administração pública municipal****." (g.nº)*

Na hipótese, não vejo como estender a aplicação da referida vedação para além da sua redação expressa, de modo que o aumento de despesa vedado é aquele relativo ao aumento de remuneração de servidores ou criação de cargos, não generalizando para todo e qualquer tipo.

Além do mais, em simetria, a própria Constituição Estadual excepciona o aumento de despesa para o casos relativos aos projetos de lei de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, a propósito o artigo correlato:

> *"**Art. 68. Não será admitido aumento de despesa prevista**:*
>
> *I - **nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvados os casos do art. 166, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal; Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul 29***
>
> *II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e da Defensoria Pública." (g.n.)* Assim, reconheço a inconstitucionalidade, na hipótese dos autos, mas delimitada ao aspecto material, tal como salientado pelo eminente relator.

Des. Vladimir Abreu da Silva. (3º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (4º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (5º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Dorival Moreira dos Santos. (6º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (7º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. João Maria Lós. (8º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (10º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Julizar Barbosa Trindade. (12º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Romero Osme Dias Lopes. (13º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

Des. Carlos Eduardo Contar. (14º Vogal)

Acompanho voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, rejeitaram a preliminar arguida, no mérito, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Divergiu quanto aos fundamentos da procedência o Des. Dorival Renato Pavan ausentes, justificadamente os desembargadores Divoncir Schreiner Maran e Paschoal Carmello Leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 08 de novembro 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 – LIMINAR INDEFERIDA – LEI MUNICIPAL Nº 2.552 DE 3 DE SETEMBRO DE 2014 – BRASILÂNDIA – DEFINIÇÃO DAS CORES OFICIAIS DO MUNICÍPIO – VERDE E BRANCO CONTIDO NA BANDEIRA – PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – LEI FORMAL E MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Para se identificar inconstitucionalidade formal, por ofensa à iniciativa exclusiva ou privativa do Prefeito Municipal, a matéria legislada deve se inserir no âmbito da criação, estruturação e atribuições de secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, ou ainda na criação de cargos, funções ou empregos públicos, assim como na fixação, aumento de remuneração ou mudança no regime jurídico dos servidores municipais, bem como das leis orçamentárias.

Não tendo a lei questionada invadido nenhuma das vedações supramencionadas, limitando-se a definir as cores oficiais para pintura das fachadas dos prédios públicos municipais, sem imposição de prazo, proibindo a utilização de símbolos que possam caracterizar a gestão do governo, de administradores e/ou de partidos políticos, afasta-se a sua inconstitucionalidade, eis que obedecido o princípio da impessoalidade.

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 Des. Sérgio Fernandes Martins. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 13 de dezembro 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 nº 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 nº 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.

Requereu a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da Lei Municipal nº 2552/2014. No mérito, pugna pela procedência da ação, declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2552/2014.

Instruiu com os documentos de f. 6-16; 21-22.

Por maioria, foi indeferido o pedido cautelar.

O município de Brasilândia manifestou-se às f. 48-51, alegando ofensa ao art. 67, § 1º, II, da Constituição Estadual (vício formal de iniciativa), requerendo a procedência da ação.

A câmara municipal de Brasilândia, por sua vez, manifestou-se às f. 54-59, alegando, em resumo, que não há inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 2.552/2014, uma vez que o referido diploma legal visa apenas proibir o uso de cores, logomarcas ou símbolos passíveis de serem associados a partido político ou campanha eleitoral, não havendo que se falar em usurpação de atribuições do chefe do poder executivo municipal, batendo-se, ao final, pela improcedência da ação direta.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 84-90), pela improcedência da ação.

VOTO (EM 22/11/2017)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

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 nº 2.552/2014, 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 nº 2.552/2014 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 procedência da ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.552/2014.

O município de Brasilândia manifestou-se às f. 48-51, alegando ofensa ao art. 67, § 1º, II, da Constituição Estadual (vício formal de iniciativa), requerendo a procedência da ação.

A Câmara Municipal de Brasilândia, por sua vez, manifestou-se às f. 54-59, alegando, em resumo, que não há inconstitucionalidade na Lei Municipal nº 2.552/2014, uma vez que o referido diploma legal visa apenas proibir o uso de cores, logomarcas ou símbolos passíveis de serem associados a partido político

ou campanha eleitoral, não havendo que se falar em usurpação de atribuições do chefe do poder executivo municipal, batendo-se, ao final, pela improcedência da ação direta.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 84-90), pela improcedência da ação.

Para melhor compreensão, reputo pertinente colacionar o inteiro teor da Lei Municipal nº 2552/2014, impugnado por meio desta ação direta.

Lei nº 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 part 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 nº 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"

De conformidade com a inicial, entendo ser caso de inconstitucionalidade formal (vício de iniciativa parlamentar), senão vejamos.

O prefeito do município de Brasilândia assevera que a lei impugnada padece de inconstitucionalidade formal por versar sobre matéria de iniciativa reservada ao chefe do poder executivo, no caso, com relação a estrutura e organização da Administração Pública, nos termos dos arts. 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual.

Eis o art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual, *in verbis:*

"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. (Redação dada pela EC 68, de 15 de dezembro de 2015, publicada no D.O. 9.067, de 16 de dezembro de 2015, página 1; republicada no D.O. nº 9.068, de 17 de dezembro de 2015, página 1; republicada no D.O. 9.071, de 22 de dezembro de 2015, página 1).

§ 1º ***São de iniciativa do Governador do Estado as leis que****:*

I - fixem ou modifiquem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;

II - ***disponham sobre****:*

a) a criação de cargos, de funções ou de empregos públicos na administração direta e autárquica ou sobre o aumento de sua remuneração;

b) os servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;

c) a organização da Procuradoria-Geral do Estado; (redação dada pela EC nº 29, de 30 de junho de 2005, republicada no D.O. nº 6.519, de 5 de julho de 2005, página 1 a 3)

d) a criação, ***a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública****." Grifei.*

Confrontando-se a lei impugnada (de iniciativa parlamentar) com o texto da Constituição Estadual, citado acima, entendo que houve inequívoca invasão na esfera de atribuições do chefe do poder executivo de Brasilândia.

Como é cediço, ao legislativo cabe a função de editar atos normativos de caráter geral e abstrato. Ao Executivo cabe o exercício da função de gestão administrativa, que envolve atos de planejamento, direção, organização e execução.

No caso, entendo que a determinação genérica de utilização das cores da bandeira do município (verde e branca) por ocasião da construção e reforma em órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, bem como nas obras de engenharia e arquiteturas públicas, malfere o disposto no art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul, na medida em que os atos de organização, estrutura e atribuições das Secretarias e órgãos da administração pública compete ao chefe do poder executivo, vale dizer, são matérias de iniciativa reservada do prefeito do município de Brasilândia.

A propósito, a jurisprudência do Tribunais:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE MONSENHOR PAULO – LEI MUNICIPAL DE INICIATIVA DA CÂMARA QUE OBRIGA A UTILIZAÇÃO DAS CORES DA BANDEIRA DO MUNICÍPIO NAS EDIFICAÇÕES VINCULADAS AO SERVIÇO ADMINISTRATIVO – INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HARMONIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES – MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. Ao Chefe do Executivo compete a tarefa de organizar a estrutura administrativa, gerindo patrimônio, bens e serviços municipais, sendo da iniciativa privativa do Chefe do Executivo a matéria legislativa sobre organização e atividade do Poder Executivo. É inconstitucional Lei de iniciativa da Câmara que institui a obrigatoriedade da utilização das cores da Bandeira do Município nas respectivas edificações vinculadas à prestação do serviço administrativo* (TJMG. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 10000140318049000. Órgão Especial. Relator Geraldo Augusto. J. 28.01.2015).

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1.998, DE 28 DE ABRIL DE 2015, DO MUNICÍPIO DE TEODORO SAMPAIO, QUE 'DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE USO DA COR PREDOMINANTE DA BANDEIRA DO MUNICÍPIO, QUANDO DA PINTURA DOS PRÉDIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS'. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA, JÁ QUE CABE PRIVATIVAMENTE AO EXECUTIVO A INICIATIVA DE LEI QUE VERSE SOBRE A GESTÃO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. AÇÃO PROCEDENTE* (TJSP. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2083538-20.2015.8.26.0000. Órgão Especial. Relator Arantes Theodoro. J. 15.08.2015).

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação pelo Prefeito Municipal de Monte Aprazível à Lei nº 3.280/14, de autoria parlamentar, a qual dispõe sobre pintura nas edificações e veículos oficiais pertencentes ao município. 1. Vício de iniciativa, a configurar invasão de competência do chefe do Poder Executivo, a quem cumpre a gestão dos bens públicos, definindo, v.g., a conveniência e oportunidade de se alterar a pintura dos próprios municipais. 2. Violação ao princípio da separação dos poderes, em ofensa aos artigos 5º e 47, II e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo. 3. Julgaram procedente a ação. (*TJSP. Adin nº 2216395-64.2014.8.26.0000, Órgão Especial. Rel. Des. Vanderci Álvares. J. 25.02.2015).

> *Direta de Inconstitucionalidade Lei Municipal n° 2.839, de 23 de março de 2012, do Município de Vera Cruz, de iniciativa parlamentar Norma que 'dispõe sobre a padronização da pintura dos prédios públicos, define a aplicação de cores e dá outras providências' - Usurpação da competência exclusiva do chefe do poder executivo - Vício*

de iniciativa - Ausência, ademais, de previsão orçamentária - Afronta aos artigos 5º, 25, caput, 47, II, c.c. 144, todos da Constituição Estadual - Precedentes do Órgão Especial - Ação Procedente. (TJSP. Adin nº 0069703-04.2012.8.26.0000, Rel. Des. Elliot Akel; J. 17/10/2012).

Assim, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da lei municipal nº 2552/2014 por vício formal de iniciativa parlamentar.

Posto isso, nos termos do art. 487, I, do CPC, contra o parecer, julgo procedente, com efeitos *ex tunc,* a presente ação direta, declarando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.552/2014 do Município de Brasilândia, por vício formal de iniciativa parlamentar, haja vista ter afrontado o art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

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)

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito Municipal de Brasilândia em face da Câmara Municipal de Brasilândia, tendo por objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.552/2014.

A norma impugnada possui a seguinte redação:

Lei nº 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 part 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 nº 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"

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 84-90 manifestou-se pela improcedência da ação.

O relator do presente feito, Desembargador Paschoal Carmello Leandro, votou pela procedência da ação, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma atacada.

Divirjo do relator para julgar improcedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Com efeito, afirma o Prefeito do Município de Brasilândia que a lei impugnada padece de inconstitucionalidade formal por versar sobre matéria de iniciativa reservada ao chefe do poder executivo, no caso, com relação a estrutura e organização da Administração Pública, nos termos dos arts. 67, § 1º, II, "d", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que dispõe que:

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. (Redação dada pela EC 68, de 15

de dezembro de 2015, publicada no D.O. 9.067, de 16 de dezembro de 2015, página 1; republicada no D.O. nº 9.068, de 17 de dezembro de 2015, página 1; republicada no D.O. 9.071, de 22 de dezembro de 2015, página 1).

§ 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.

Ora, a "estrutura" referida na alínea "d", supratranscrita, não diz respeito à estrutura física dos órgãos da Administração Pública, mas sim sua organização, distribuição de pessoal e afins.

Ou seja, o ato normativo de iniciativa do Poder Legislativo que dispõe que os imóveis públicos deverão ser pintados com as cores do Município em nada invade a competência privativa do Chefe do Executivo Municipal para dispor sobre a criação, estrutura e atribuições dos órgãos da administração pública.

Conforme bem ressaltado pelo Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de f. 84-90 "*A Lei impugnada apenas estabelece regras de publicidade para a Administração Pública municipal, objetivando a padronização, coibindo a utilização do uso de cores, logomarcas e símbolos, que possam identificar partido político ou marca pessoal do administrador ou da administração. Desta feita, não se vislumbra inovação da ordem jurídica acerca da criação, extinção ou atribuição de órgãos públicos.*"

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL DE ENÉAS MARQUES – PREFEITO MUNICIPAL COMO LEGITIMADO ATIVO – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – LEI DE INICIATIVA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO – DEFINIÇÃO E UTILIZAÇÃO DE SÍMBOLOS E BRASÕES OFICIAIS EM OBRAS, VEÍCULOS, DOCUMENTOS E DEMAIS OBJETOS DA ADMINISTRAÇÃO – MATÉRIA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA CONCORRENTE RESIDUAL PARA INICIATIVA – INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA NA CRIAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO E GASTOS DE ÓRGÃOS, PESSOAS OU DEPARTAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO DO PODER EXECUTIVO – MERA VONTADE GERAL DO POVO NA PADRONIZAÇÃO DOS ELEMENTOS VISUAIS DA MUNICIPALIDADE – LEGITIMIDADE CONCORRENTE PARA INICIATIVA LEGISLATIVA SOBRE A MATÉRIA – PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – LEI FORMAL E MATERIALMENTE CONSTITUCIONAL – AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. ***Para se identificar inconstitucionalidade formal, por ofensa à iniciativa exclusiva ou privativa do Prefeito Municipal, a matéria legislada deveria se inserir no âmbito da criação, estruturação e atribuições de secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, ou ainda na criação de cargos, funções ou empregos públicos, assim como na fixação, aumento de remuneração ou mudança no regime jurídico dos servidores municipais, bem como das leis orçamentárias. 2. Nenhum desses aspectos é abordado pela Lei em questão, vez que somente define e impõe o uso dos símbolos oficiais do Município nos bens e serviços do mesmo, vedando a aposição de sinais característicos de gestões, administradores ou partidos políticos, primando-se pela impessoalidade****. 3. Matéria inserta no âmbito da competência concorrente residual entre o Prefeito Municipal e a Câmara de Vereadores.*[1] *(Destaquei)*

1 TJMG. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 634.958-8. Rel. Desembargador Prestes Mattar. Julgamento 21.5.2010.

Outrossim, a lei atacada tampouco gera despesas ao Poder Executivo, porquanto não impõe prazo para que os imóveis públicos sejam pintados com as cores do Município de Brasilândia.

Ante o exposto, sem mais delongas, como dito, divirjo do relator para julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Julgamento adiado para sessão do dia 06.12.17 em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Julizar e Romero julgarem procedente a ação, enquanto que o Des. Dérgio julga improcedente. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

VOTO (EM 13/12/2017)

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

Justifico o pedido de vista na necessidade de estudo da questão posta à análise do Colegiado, especialmente à luz dos elementos constantes dos autos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Brasilândia contra a Lei Municipal nº 2.552/2014, 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.

O eminente Relator, Des. Pachoal Carmelo Leandro, julgou procedentes os pedidos, declarando a inconstitucionalidade da norma em comento por vício de iniciativa, já que competiria exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo Municipal a iniciativa de lei versando sobre atribuição, criação, funcionamento e estruturação da administração pública. O eminente Des. Sérgio Fernandes Martins inaugurou divergência, julgando improcedente o pleito.

Bem ponderadas as razões levatadas pelos nobres pares, entendo que a norma impugnada é compatível com a ordem constitucional, na mesma linha de entendimento sufragada pela dissidência (Des. Sérgio Fernandes Martins).

Com efeito, o parâmetro constitucional, que reserva ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de projeto de lei versando sobre *"a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública"* (art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual). São temas alusivos ao regime jurídico, estrutura organizacional dos órgãos da Administração Pública. A expressão não abrange, como bem pontuou a divergência, a estrutura física, os prédios públicos e outros bens imóveis pertencentes ao município.

É nesse sentido a lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

> *"Quis o constituinte que temas relacionados ao regime jurídico de servidores públicos, civis e militares, estivessem subordinados à iniciativa de lei reservada ao Presidente da República. Da mesma forma, deve ter origem no Executivo lei que dispões sobre a existência de órgãos da Administração." (Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., Saraiva, 2008, São Paulo, p. 875-876)*

O tema objeto da presente ADI (reserva de iniciativa em matéria de administração e gerenciamento público) já foi sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE 878911/RG, sob o regime de repercussão geral:

> *"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido." (*ARE 878911 RG, Relator(a): Minº Gilmar Mendes, julgado em 29/09/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Desse julgamento foi extraído o tema 917, com a seguinte redação:

> *"Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II,"a", "c" e "e", da Constituição Federal)."*

Portanto, admite o Supremo Tribunal Federal que o Poder Legislativo tem competência para editar norma criando despesa para a Administração, desde que não se trate da "*estrutura da Administração; da atribuição dos órgãos da Administração; nem do regime jurídico de servidores públicos"*, itens estes reservados à iniciativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição Estadual e art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal.

Na hipótese dos autos, a norma impugnada não versa sobre aqueles temas, mas sobre as cores oficiais do município, 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.

Feitas essas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar a dissidência, inaugurada pelo eminente Des. Sérgio Fernandes Martins, e julgar improcedentes os pedidos veiculados na inicial, em conformidade com o tema 917 dos recursos com repercussão geral do STF.

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

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavanº (6º 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 nº 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 nº 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 part 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 nº 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 nº 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: Minº Marco Aurélio, Julgamento: 01/08/1991, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)[2].

A respeito dos pressupostos da medida cautelar lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[3], *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 (...)".*[4]

Como bem explana o eminente Ministro Teori Albino Zavascki[5],

> *"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.

---

2 ZAVASCKI, Teori Albino in **Antecipação de Tutela**, 7ª edição, 2009, Editora Saraiva, p. 273.

3 In Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional atualizada até 10.4.2006, Editora Revista dos Tribunais, p. 554.

4 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.

5 in op. cit., p. 274, 275 e 277.

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.*
>
> *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 nº 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, na 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. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (14ª Vogal)

Acompanho o voto do Des. Sérgio Fernandes Martins.

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 Des. Sérgio Fernandes Martins. Ausentes, justificadamente, os desembargadores João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

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. 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. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1409546-94.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – MÉRITO – LEILÃO ELETRÔNICO – DESISTÊNCIA DO PRIMEIRO COLOCADO – ARREMATAÇÃO EM FAVOR DO SEGUNDO COLOCADO – POSSIBILIDADE – LANCE SUPERIOR A 60% DO VALOR DA AVALIAÇÃO – PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, CELERIDADE E EFICIÊNCIA – APLICAÇÃO DAS SANÇÕES E PENALIDADES NOS TERMOS DO PROVIMENTO Nº 375 DE 26.8.2016 – INVIABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do recurso, porquanto o parágrafo único do art. 1.015 do Código de Processo Civil dispõe que "*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*."

É possível a homologação de proposta de segundo colocado e arrematação de bem praceado via leilão eletrônico em razão de desistência do primeiro colocado, quando o segundo lance for superior a 60% do valor da avaliação, havendo, como no caso presente, manifesta concordância do segundo colocado em arrematar os bens leiloados.

Inexistindo prejuízo ao exequente, eis que os possíveis interessados em adquirir o imóvel penhorado já tiveram a oportunidade de participar do leilão que definiu a sua venda, desnecessária a realização de novo certame para alienação do bem, por razões de economia processual.

Não há como aplicar em segunda instância as penalidades previstas no Provimento nº 375 de 26.8.2016, tendo em vista que o juiz do processo é quem declarará se a ausência de depósito por parte do arrematante é injustificada ou não, aplicando, se for o caso, as sanções cabíveis.

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 fevereiro de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A.W. Comércio e Serviços Materiais de Informática e Proteção ao Crédito Ltda - ME contra decisão proferida nos autos da Ação de execução em epígrafe.

A empresa agravante alega, em síntese, que:

> *A i. MM Juíza a quo, ao deixar de homologar o lance do segundo colocado, ora Agravante, acabou por contrariar as disposições constantes do próprio Edital do Leilão (f. 1.539/1.542) que previu expressamente a possibilidade de homologação dos lances imediatamente anteriores ao desistente, assim como, as disposições dos arts. 31 e 32 do Provimento nº 375, de 26/08/2016 (f. 5).*
>
> *Consigna-se, ainda, que devem ser afastados os motivos que levaram a i. MM Juíza a quo, em deixar de homologar o lance da Agravante e anular a arrematação, quando entendeu que o encerramento do leilão, impediu a participação e eventual arrematação de outros licitantes. Já que a hipótese levantada, não se coadunam com os documentos, inclusive relatos da Leiloeira*
>
> *Oficial, que atestou que os únicos cadastrados e licitantes no certame foram justamente a Agravante e o interessado (f. 7).*
>
> *A não concessão de efeito suspensivo ao Agravo, como consequencia dos atos de expropriação dos bens e, da não homologação dos lance do segundo colocado, destarte, acarretará prejuízos ao Agravante, ao exequente e ao leiloeiro judicial, caso a mesma não seja deferida ou apreciada imediatamente (f. 9).*

Ao final, requer:

> *"a) receber o presente Agravo de Instrumento, com os documentos que o instruem, a fim de conceder-lhe efeito suspensivo, a luz dos art. 300 c.c 1.019, inciso I do NCPC, com o intuito de amenizar os prejuízos do exequente e demais interessados, com o fito de suspender os atos de cancelamento e designação de novo praceamento dos bens até o julgamento definitivo do presente recurso, ou que, desde já,*
>
> *b) de provimento ao recurso, a fim de reformar a decisão agravada, para homologar o lance do segundo colocado, no caso, o da Agravante, vez que preenchidas as regras do certame, relativamente, ao preço vil e condições de pagamento, tudo em conformidade com o Provimento nº 375/2016 TJMS;*
>
> *c) na tenra hipótese de não homologação do lance da Agravante, o que não se espera, porém, se admite em respeito ao Princípio da Eventualidade, requer, desde já, que sejam aplicadas as sanções e penalidades previstas nos arts. 31 e 32 do Provimento nº 375, de 26/08/2016, ao primeiro colocado desistente;*
>
> *d) a intimação dos agravados e interessados, para responderem aos termos do presente agravo de instrumento, na pessoa dos seus advogados preambularmente qualificados;*
>
> *f) O patrono da agravante declara que anexou os documentos pertinentes e necessários a admissibilidade do agravo, a saber: inicial, procurações, petição que originou a decisão agravada, a própria decisão agravada, auto de arrematação, certidão de publicação (art. 1.017, incisos I e II do CPC/2015), esclarecendo, que deixou de juntar a contestação do agravado/executado, já que nos autos, consta apenas uma manifestação com a juntada de procurações, ocasião em que, no caso de Vossa Excelência, entender indispensável a juntada de eventual documento, que seja o mesmo intimado, na forma do art. 1.017, § 3º c.c o art. 932, § único ambos do CPC, para sanar o vício ou complementar a documentação exigida".*

O recurso foi recebido no efeito suspensivo (f. 124-128).

Devidamente intimado, o agravado Renato Katayama apresentou contraminuta às f. 149-152.

Devidamente intimado, o agravado Gilber Maciel Nogueira- apresentou contraminuta às f. 154-158.

Devidamente intimados, os agravados Elidio josé Del Pino e Elma Construções e Transportadora Ltda deixaram transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f. 169).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A.W. Comércio e Serviços Materiais de Informática e Proteção ao Crédito Ltda – ME contra decisão (f. 96) proferida nos autos da ação de execução em epígrafe.

A decisão vergastada, no que interessa ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos:

> *Uma vez determinada a alienação dos imóveis penhorados nos autos, sobreveio a informação às f. 1.673/1.674, por intermédio do qual a Leiloeira Oficial designada, Sra. Aparecida Fixer, informou que em segunda praça, realizada em 17.07.2017, houve habilitação de dois interessados, os quais indicaram sucessivos lances parcelados, sendo que Gilber Macial Nogueira logrou êxito na disputa mediante oferta de R$ 2.803.409,51, à vista.*
>
> *Sucede que o arrematante, segundo esclarecimentos prestados em correspondência eletrônica da mesma data (f. 1.682), incorreu em suposto equívoco no lance à vista, pois tencionava pagamento parcelado, nos mesmos moldes dos lances anteriores, conforme detalhamentos às f. 1.683/1.684.*
>
> *Pelo que se vê, resta inviável, na espécie, a convalidação da proposta à vista, feita pelo arrematante, em parcelado, pois a oferta integral impossibilitou a participação de outros licitantes. De igual modo, não há falar em homologação da proposta em segundo lugar, conforme postulado às f. 1.743/1.744, na medida em que o encerramento pela oferta à vista pode ter impedido a participação – e eventual arrematação – de outros licitantes.*
>
> *Desse modo, torno sem efeito a arrematação realizada às f. 1.677/1.681 e determino a intimação da leiloeira para renovação dos atos expropriatórios.*

No caso, a ora recorrente requer o provimento do seu recurso *"a fim de reformar a decisão agravada, para homologar o lance do segundo colocado, no caso, o da Agravante, vez que preenchidas as regras do certame, relativamente ao preço vil e condições de pagamento, tudo em conformidade com o Provimento nº 375/2016 – TJMS."*

Analiso, por primeiro, a preliminar de não conhecimento do agravo de instrumento suscitada em contraminuta.

Preliminar de não conhecimento.

Afirma o recorrido Renato Katayama que o art. 1.015 do Código de Processo Civil estabelece hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento, tendo o recorrente utilizado-se da via inadequada para combater a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

O parágrafo único do supracitado art. 1.015 do NCPC prevê que:

> *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. (Grifei)*

Ora, como se vê, o comando normativo supratranscrito estabelece que é cabível nos feitos executórios – como no caso dos autos – o recurso de agravo de instrumento.

Vale dizer, na lição de Nelson Nery Júnior, que:

> *Cumprimento de sentença e execução. Nestes casos, não é viável aguardar a apelação contra a sentença que finaliza esses procedimentos, pois o curso do levantamento e alienação de bens, por exemplo, pode ficar prejudicado, criando o risco de o devedor dilapidar os bens que poderiam servir à satisfação do crédito. Existe, pois, o interesse em que tais procedimentos sejam céleres, além do que já seria esperado em razão da garantia constitucional da duração razoável do processo.*[1]

Destarte, sendo cabível, como visto, a interposição de agravo de instrumento no caso em apreço, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso.

Mérito.

Narra a empresa agravante que participou do praceamento dos imóveis registrados sob as matrículas nº 1902 e 2833, situados no Município de Terenos.

Afirma que somente dois interessados participaram do leilão em comento, sendo um a própria empresa ora recorrente e o outro o usuário do login "Gilber", o qual ofertou o maior lance, no valor de R$ 2.803.409,51 (dois milhões, oitocentos e três mil, quatrocentos e nove reais e cinquenta e um centavos) à vista.

Ocorre que o vencedor alega que equivocou-se ao dar o lance à vista, porquanto, na verdade, pretendia pagar a aquisição do bem leiloado de forma parcelada. Desse modo, o juízo *a quo* tornou sem efeito a arrematação, em razão da inviabilidade da forma de pagamento pretendida e indeferiu o pedido da recorrente – segunda colocada – de homologação do lance dado, sob o argumento de que "*não há falar em homologação da proposta classificada em segundo lugar, conforme postulado às f. 1.743/1.744, na medida em que o encerramento pela oferta à vista pode ter impedido a participação – e eventual arrematação – de outros licitantes*."

Pleiteia a agravante, por conseguinte, a homologação do lance oferecido, visto que foi a segunda colocada no certame supracitado, afirmando ser aplicável ao caso o art. 31, do Provimento nº 375, deste Sodalício[2], pleiteando, por fim, a aplicação de penalidade ao primeiro colocado.

Assiste parcial razão à empresa recorrente.

Dou, portanto, parcial provimento ao recurso.

Da análise dos autos, verifica-se que não há óbice, no caso concreto, que a arrematação do imóvel praceado seja deferida à segunda colocada no certame, a empresa ora agravante.

1 Nery Junior, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2.241.

2 Art. 31. Não sendo efetuados os depósitos, serão comunicados os lances imediatamente anteriores, para que sejam submetidos à apreciação do juiz, na forma do art. 895, §§ 4º e 5º, art. 896, § 2º, art. 897 e art. 898 do CPC, sem prejuízo da invalidação de que trata o art. 903 do Código de Processo Civil.

Com efeito, devido à desistência do primeiro licitante, a leiloeira oficial indicou sua substituição pela segunda colocada, nos mesmos termos da forma de pagamento proposta no Auto de Arrematação, ou seja, no valor de R$ 2.793.409,51, com uma entrada de 25%, mais a comissão da leiloeira no percentual de 5%, e o restante em 30 (trinta) vezes.

No caso, o valor do lance dado pela segunda licitante, ora agravante, está tão só 0,40% abaixo do valor do primeiro lance, isso porque o primeiro lance foi de R$ 2.803,409,51, enquanto o segundo foi dado no valor de R$ 2.793.409,51.

O próprio juízo *a quo,* a propósito, fez menção ao Edital de Leilão colacionado às f. 77-80:

> *Não sendo efetuado o depósito, o gestor comunicará imediatamente o fato ao juízo, informando também os lanços imediatamente anteriores para que sejam submetidos à sua apreciação, sendo que* ***poderá homologar a arrematação ao segundo colocado, mediante sua concordância e desde que o lanço oferecido seja, no mínimo, de valor igual à avaliação, se na primeira data ou, de 60% do valor da avaliação, se na segunda,*** *sem prejuízo da aplicação da sanção prevista no art. 897 do Novo Código de Processo Civil.* (destaquei)

Analisando o presente caso, vislumbro que a segunda colocada, ora agravante, preenche os requisitos alhures mencionados no edital, vez que, além de ter ratifcado a sua intenção de arrematar os bens, pleiteando a homologação de seu lance (f. 1.743-1.744 dos autos principais nº 0016561-92.2000.8.12.0001), o preço por ela ofertado monta em torno de 60% (sessenta por cento) do preço da avaliação.

Desnecessária, assim, a realização de novo certame para alienação dos imóveis, por razões de economia processual.

Da mesma forma, não haverá nenhum prejuízo ao agravado, ora executado, visto que os possíveis pretendentes em adquirir os bens penhorados já tiveram a oportunidade de participar de leilões, tendo o primeiro deles sido realizado sem que nenhum interessado tenha se habilitado e o segundo certame, ora objeto da presente discussão, atraído unicamente as duas propostas ora em debate.

Nesse sentido, eis o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto:

> *AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – LEILÃO ELETRÔNICO – PROVIMENTO 211/2010 DO TJMS – AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO PREÇO PELO ARREMATANTE –* ***ARREMATAÇÃO EM FAVOR DO SEGUNDO COLOCADO. LANCE SUPERIOR A 60% DO VALOR DA AVALIAÇÃO – PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, CELERIDADE E EFICIÊNCIA – DECISÃO MANTIDA.*** *RECURSO DESPROVIDO. 1. O leilão eletrônico tem disciplina específica prevista no artigo 689-A do CPC/73, o qual autoriza a regulamentação por parte dos Tribunais de Justiça, o que, no caso, adveio do Provimento nº 211/2010 do TJMS. 2. Na hipótese, a arrematação ao segundo colocado, diante da ausência de pagamento do preço pelo arrematante vencedor, atendeu aos requisitos estabelecidos na regulamentação local, uma vez que o exequente demonstrou concordância com a arrematação e o valor do lance atendeu ao limite fixado pelo Provimento nº 211/2010 do TJMS (mínimo de 60% do valor da avaliação). 3. A interpretação do Provimento nº 211/2010 do TJMS encontra óbice na Súmula 280 do STF. 4. Em observância aos princípios da celeridade, economia e eficiência processual, deve-se reputar válida a arrematação deferida ao segundo colocado, nos termos da lei local, tendo em vista que a alienação atingiu montante que ultrapassa a caracterização de preço vil, não se verificando efetivo prejuízo. 5. Agravo interno não provido.*[3] (destaquei)

3 STJ - AgInt no REsp: 1317498 MS 2012/0066876-7, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 08/08/2017, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 18/08/2017.

> *ARREMATAÇÃO – ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO NO LEILÃO.* ***É possível que a arrematação do imóvel praceado seja deferida ao segundo colocado no certame, em razão da desistência do primeiro licitante, por ausência de impedimento legal e de prejuízo à executada, já que o valor do lance dado pelo segundo licitante é de menos de 1% abaixo do valor do primeiro lance.*** TRT-3 - AP: 03583200906303003 0358300-63.2009.5.03.0063, Relator: Cesar Machado, Terceira Turma, Data de Publicação: 14/09/2015. (destaquei)

Portanto, não há falar em vedação para que a empresa agravante seja declarada vencedora do leilão de arrematação dos imóveis praceados, eis que restou classificada como segunda colocada no certame, em razão da desistência do primeiro licitante.

A recorrente postula, por fim, que "*sejam aplicadas as sanções e penalidades previstas nos arts. 31 e 32 do Provimento nº 375, de 26/08/2016, ao primeiro colocado desistente*", dispositivos legais estes assim redigidos:

> *Art. 31. Não sendo efetuados os depósitos, serão comunicados os lances imediatamente anteriores, para que sejam submetidos à apreciação do juiz, na forma do art. 895, §§ 4º e 5º, art. 896, § 2º, art. 897 e art. 898 do CPC, sem prejuízo da invalidação de que trata o art. 903 do Código de Processo Civil.*
>
> *Art. 32. O arrematante que injustificadamente deixar de efetuar os depósitos, se assim o declarar o juiz do processo, terá seu nome inscrito no Cadastro de Arrematantes Remissos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul – PJMS e não poderá mais participar das alienações judiciais eletrônicas no PJMS pelo período de um ano, podendo, ainda, ser responsabilizado por tentativa de fraude a leilão público (artigos 335 e 358 do Código Penal) e, também, por possíveis prejuízos financeiros a qualquer das partes envolvidas no leilão, aí incluída a comissão do leiloeiro (art. 23 da LEF).*

O art. 32 acima transcrito, contudo, é claro ao dispor que o juiz do processo é quem declarará se a ausência de depósito por parte do arrematante é injustificada ou não, aplicando, se for o caso, as sanções cabíveis.

Desse modo, este Sodalício carece de competência para aplicar as penalidades requeridas pela recorrente, não merecendo prosperar, neste particular, as razões recursais apresentadas.

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela A.W. Comércio e Serviços Materiais de Informática e Proteção ao Crédito Ltda – ME para homologar o lance ofertado, o qual arrematou os bens ora praceados, declarando-a, assim, vencedora do certame.

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. 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, 20 de fevereiro de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0800707-25.2016.8.12.0046 - Chapadão do Sul
Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – COMPRA DE TERRENO EM LOTEAMENTO – AUSÊNCIA DE INFRAESTRUTURA BÁSICA – PROJETO QUE PREVÊ O TÉRMINO DENTRO DO PRAZO ESTABELECIDO EM LEI – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO DE PRAZO DISTINTO COM A ADMINISTRAÇÃO – DIREITO DE TERCEIRO – INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO DA CONSTRUTORA NESTE PONTO PERANTE O CONSUMIDOR – COMPRADOR QUE ASSUME OS RISCOS ADVINDOS DA AQUISIÇÃO ANTECIPADA – MORA DA REQUERIDA NÃO DEMONSTRADA – DANOS MORAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER REJEITADAS – DANOS MATERIAIS – OFERECIMENTO DE PROJETO ARQUITETÔNICO AOS COMPRADORES – IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO NOS ÓRGÃOS COMPETENTES – RESTITUIÇÃO DA QUANTIA DEVIDA – ALEGAÇÃO DE QUE O BEM SERIA UM BRINDE – IRRELEVÂNCIA – INCIDÊNCIA DAS NORMAS PROTETIVAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A Lei 6.766/79 não veda a comercialização de terrenos antes da finalização das obras de infraestrutura, desde que exista aprovação de cronograma com duração máxima de quatro anos para a conclusão de tais obras, consoante previsão do art. 18, inciso V, da referida legislação.

A cláusula contratual que prevê o prazo de entrega de dois anos, estabelecida entre comprador e loteadora, não se altera pela existência de compromisso diverso entre esta e a Administração Municipal, já que se trata de obrigação distinta, com titular diverso e possibilidade de acordo com a discricionariedade da Administração, desde que observado o prazo máximo previsto em lei.

Não havendo demonstração da mora, sendo certo que o termo final se daria em 29/07/2017 data posterior à própria prolação de sentença que informou a finalização das obras de água, esgoto e energia elétrica, não há que se falar em responsabilidade civil pela demora na conclusão da infraestrutura básica.

A oferta de projeto arquitetônico aos compradores dos lotes vincula contratualmente os fornecedores, nos termos do art. 30, do Código de Defesa do Consumidor, sendo irrelevante a alegação de que se trata de simples brinde para a apuração das responsabilidades daí advindas.

Demonstrado que o projeto arquitetônico fornecido apresenta vícios que impedem seu registro nos órgãos competentes, o adquirente deve ser ressarcido pelo valor equivalente.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º Vogal, após o Relator e o 1º Vogal retificarem seus votos.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Residencial Rio da Prata Empreendimentos Imobiliários Ltda e Casa & Terra Imobiliária e Engenharia Ltda interpuseram recurso de apelação, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, que nos autos 0800707-25.2016.8.12.0046 confirmou o pedido de tutela e ainda condenou-lhes a finalizarem as obras de infraestrutura básica remanescentes, caso ainda não cumprida, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária, caso em que fica majorada para R$ 1.000,00 (um mil reais), até o limite de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Alegam que a sentença violou os art. 32 da lei municipal nº 233/96, art. 33 da nova lei complementar nº 086, de 2016 ambas de chapadão do sul e art. 18 da lei federal nº 6.766/79, pois o prazo para implantação de todas as obras é de até 4 (anos) anos, devendo ser obedecido o cronograma aprovado pela Prefeitura Municipal.

Afirmam que a nova Lei Complementar nº 086, de 04 de maio de 2016 de Chapadão do Sul, determina o prazo de até 2 (dois) anos para conclusão das obras, a contar da data de expedição do alvará de execução. No caso do loteamento em questão, esse prazo de conclusão seria 29/07/2017.

Declaram que não existe ilegalidade da comercialização dos lotes antes da conclusão das obras, haja vista que a prática é adotada em todo o ramo imobiliário, sendo totalmente legal com previsão expressa em todas as leis de parcelamento do solo, em especial a Lei Federal 6.766/79.

Pontuam que o loteamento é regular. Asseveram que não houve dano material e moral a ser indenizado ao recorrido. E com relação ao dano moral, o valor arbitrado é desarrazoado.

Como pedido, requereram a concessão de tutela recursal, no sentido de suspender os efeitos da tutela antecipada confirmada. E, no mérito, dado provimento ao recurso no sentido de declarar que o empreendimento possui até o dia 29/07/2017 para concluir as obras de infraestrutura conforme disposto na Legislação Municipal, reformando a sentença e julgando o processo improcedente e também de acordo com a decisão unanime da 3ª câmara cível, nos autos do agravo de instrumento, nº 1408060-11.2016.8.12.0000.

O recorrido apresentou contrarrazões e pugnou pela manutenção da sentença (f. 620/648).

VOTO (EM 17/10/2017)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Residencial Rio da Prata Empreendimentos Imobiliários Ltda e Casa & Terra Imobiliária e Engenharia Ltda interpuseram recurso de apelação, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, que confirmou o pedido de tutela e ainda condenou-lhes a finalizarem as obras de infraestrutura básica remanescentes, caso ainda não cumprida, no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária, caso em que fica majorada para R$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Conforme relatado, no ano de 2015 fora divulgado o lançamento o loteamento denominado "Residencial Esplanada III", o qual contemplaria infraestrutura completa, com rede de esgoto, iluminação pública, drenagem pluvial, pavimentação asfáltica, rede elétrica e de água.

Cada adquirente seria presenteado com uma planta do imóvel, a ser escolhida entre três modelos disponíveis.

O recorrido teria adquirido, em 10/11/2015, o lote 22, da quadra 017, com endereço na Rua dos Jaçanã, Residencial Esplanada III, por meio de contrato disponibilizado no plantão de vendas localizado no próprio loteamento.

Os recorrentes ofertavam lotes pelo valor máximo de R$ 57.000,00 (cinquenta e sete mil reais), tendo o apelado adquirido seu imóvel pelo valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o que se dera por meio de uma entrada de R$ 3.000,00 (três mil reais), além de 240 prestações mensais, corrigidas anualmente pelo IGP-M, além de 8% de juros, com a possibilidade de escolha de três tipos de projetos arquitetônicos de brinde.

O início da edificação no terreno ocorreria após 120 dias, contados da aquisição, sendo tal prazo utilizado para o término das obras de infraestrutura básica (redes de energia e água). Contudo, passado o referido prazo, não teriam sido realizadas as obras pelas requeridas.

Os recorrentes, por sua vez, informaram que disporiam de 02 anos de prazo para finalizarem as obras de infraestrutura básica do loteamento, passíveis de prorrogação por igual período, além do que as plantas teriam sido oferecidas apenas para estimular as vendas, não passando de um mero ideal de padronização.

Declaram que não existe ilegalidade da comercialização dos lotes antes da conclusão das obras, haja vista que a prática é adotada em todo o ramo imobiliário, sendo totalmente legal com previsão expressa em todas as leis de parcelamento do solo, em especial a Lei Federal 6.766/79.

Pois bem, feita a breve digressão do processo, passo a análise do mérito.

Do excesso de prazo para conclusão da obra.

Os recorrentes declaram que dispunham do prazo de até 2 (dois) anos para conclusão das obras, a contar da data de expedição do alvará de execução.

No caso, esse prazo de conclusão seria 29/07/2017. No entanto, essa informação contradiz com a cláusula décima nona do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e financiamento imobiliário celebrado entre as partes:

> *"O(a) promissário(a) comprador(a), desde já, declara(m) para todos os efeitos legais e contratuais, ter plena ciência de que no loteamento "Residencial Esplanada III", será realizada a seguinte infraestrutura: abertura das ruas, pavimentação asfáltica e/ou bloquete de cimento com meios-fios e sarjetas, demarcação de lotes e quadras, rede de distribuição de água potável, rede de coleta de esgoto (quando aprovado pela concessionaria e exigido drenagem de águas pluviais superficiais ou subterrânea), rede de energia elétrica e iluminação pública no prazo máximo de até 2 (dois) anos meses e entregues aos adquirentes à medida que forem sendo concluídas.*
>
> *Parágrafo Primeiro – O prazo para implantação da infraestrutura no loteamento poderá ser prorrogado por até 2 (dois) anos conforme Lei Federal nº 6766/79, ou ainda em caso de chuvas prolongadas, greve e/ou paralisação dos serviços públicos, racionamento de água e/ou energia elétrica, calamidade pública, atraso na execução de serviços de terceiros, casos fortuitos ou de força maior"*

Assim, conforme o contrato celebrado entre as partes, as empresas agravantes possuíam o prazo de 2 (dois) anos, prorrogável por mais 2 (dois) anos, para concluírem as obras de infraestrutura básica no Loteamento Residencial Esplanada III.

Contudo, verifica-se dos documentos apresentados pelo Município de Chapadão do Sul que as recorremtes se comprometeram com o Ente Público de concluir as instalações indispensáveis para uma infraestrutura básica, em 30 de abril de 2016.

A propósito, restou consignado no Termo de Constatação elaborado pela Secretaria Municipal de Infraestrutura e Projetos da Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul (f. 422):

> *"Empresa Loteadora Residencial Rio da Prata Empreendimentos Imobiliários (Casa & Terra Empreendimentos), devidamente inscrita no CNPJ nº 20.326.845/0001-89, estabelecida na Avenida Onze, 408, Centro, município de Chapadão do Sul – MS.*
>
> *Conforme vistoria in loco realizada em 6 de maio de 2016, no Loteamento Residencial Esplanada III, para verificar quanto às instalações e ligações das redes de água potável e esgoto e rede de energia elétrica:*
>
> *Foi constatado que estes itens foram parcialmente instalados, porém até a data presente não houve ligações na rede, estando assim a empresa em desacordo ao Relatório de Execução, no qual foram emitido relatando que as redes de água e esgoto teria previsão de conclusão em 30 de abril de 2016 e as redes de energia elétrica teria previsão de conclusão em 31 de março de 2016.*
>
> *Conclui-se que, a empresa ao se comprometer em executar e concluir que esta descrito no relatório de execução emitido pela Casa & Terra à esta Prefeitura, e com o deferimento do Prefeito Municipal em 03 de março de 2016, foi possível a liberação de Alvará de Construção aos contribuintes, porém não houve o cumprimento do acordo estipulando prazos para tal conclusão. Assim, não há a possibilidade de se residir neste loteamento, sem as instalações que são indispensáveis para uma infraestrutura básica, prejudicando diretamente aos proprietários dos lotes."*

Vê-se, ainda, que foi encaminhado ofício pela Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul à Empresa Loteadora Residencial Rio da Prata Empreendimentos Imobiliários (Casa & Terra Empreendimentos), onde constou (f. 423-424)

> *"(...).*
>
> *O Poder Público, por meio do Decreto Nº 2476/2015 aprovou o Loteamento Residencial Esplanada III, de propriedade da empresa: Residencial Rio da Prata Empreendimentos Imobiliários LTDA, CNPJ/MF, sob o nº 20.326.845/0001-89.*
>
> *Todavia, o cronograma não está sendo cumprido pela empresa, a qual deixou de realizar a infraestrutura básica (ligação das redes de água potável e esgoto e, ligação da rede de energia elétrica). Relatam os fiscais da Prefeitura que até a presente data a empresa não cumpriu com o determinado no Relatório de Execução.*
>
> *O relatório em questão, Deferido pelo Chefe do Poder Executivo na data de 03 de março de 2016, prevê expressamente que a conclusão da infraestrutura básica (ligação das redes de água, esgoto e energia elétrica) ocorreria nas datas de 31 de março de 2016 e 30 de abril de 2016.*
>
> *O Poder Público não pode se manter inerte quanto aos fatos suscitados.*

> *O presente ofício possui o escopo de cientificar a empresa mencionada para que cumpra fielmente as determinações pactuadas, realizando as obras necessárias com a maior celeridade possível.*
>
> *(...).*
>
> *Conclusão*
>
> ***Assim, solicitamos o cumprimento integral dos termos pactuados considerando o teor do Relatório de Execução protocolado no Ente Público e Deferido pelo Chefe do Poder Executivo, com a consequente apresentação de justificativa, nos termos do art. 109, I, alínea "f" da Lei 8.666/93, no prazo improrrogável de 05 (cinco) dias úteis a partir da data de recebimento da presente***". (grifo no original)

Logo, evidencia-se que as recorrentes não cumpriram a tempo com sua obrigação, tendo até mesmo sido cientificadas pela Prefeitura Municipal de Chapadão do Sul.

Portanto, houve descumprimento contratual, passível de responsabilização.

Da responsabilidade civil.

Os recorrentes insurgem-se ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, no valor de R$ 20.0000,00 (vinte mil reais), suscitando que não estão presentes os requisitos para tanto, bem como não houve dolo ou má-fé de sua parte.

Outrossim, o dano moral é devido pelo ato ilícito, pelo dever de reparação e pelo nexo causal entre ambos.

Houve, efetivamente, defeito na prestação do serviço, o que impõe a aplicação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor com a reparação do dano causado independente de culpa:

> *"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".*

No caso, ocorreu falha na prestação de serviço por parte das apelantes, caracterizando a responsabilidade objetiva pelo dano causado.

Configurou-se, desse modo, ato ilícito referente a defeito na prestação de serviço, em razão do descumprimento da legislação de regência ao comercializarem unidades do loteamento Residencial Esplanada III antes do término das obras de infraestrutura básica, bem como não observaram o prazo de 120 dias acordado junto ao Município e informado à autora, quando da aquisição de seu imóvel.

Assim, a falha das apelantes na prestação de serviço configura-se em ato ilícito ensejador de reparação civil por dano moral, visto que causou lesão na esfera psicológica do apelado.

Quanto à compensação pelo ato ilícito, insurge-se apelante no que se refere à fixação e ao arbitramento da indenização em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sustentando que não é o caso de indenização de dano moral e que o valor é elevado em razão do ilícito praticado.

Pondera que na fixação da quantia, não teriam sido observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo, no caso de manutenção da indenização, ser minorada a importância.

É certo que o valor não possui o condão de reparar a dor, mas de compensar de alguma forma o dano sofrido, minimizando os sofrimentos do beneficiário.

Nesse caso, o valor da indenização não pode ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, e, tampouco, exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Ademais, a liquidação do dano se faz, na espécie, por arbitramento, nos termos do art. 946 do Código Civil, devendo o juiz, através de critérios de prudência e equidade, encontrar valor que sirva de punição ao infrator e, embora não seja o *pretium doloris*, possa outorgar à vítima uma satisfação qualquer, mesmo que de cunho material.

Com efeito, verifica-se que o *quantum* de R$ 20.000,00 (seis mil reais) arbitrado pelo Juízo de primeiro grau está dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação, razão pela qual, mantenho inalterada.

Com relação ao dano material, os recorrentes alegam que o croqui dado como brinde na compra do lote não possuía validade, pois não tinha assinatura de um responsável técnico, sendo oferecido a todos os clientes que mostravam interesse no modelo de casa, que estava sendo apresentado na maquete digital no stand de vendas.

Essa conduta dos recorrentes foi estratégia de venda. E considerando que o apelado teve que arcar com as despesas com o projeto arquitetônico, fica patente a violação do dever de informação previsto no CDC.

Portanto, é devida a indenização a título de dano material, em decorrência de ofensa ao art. 6º, III, do CDC.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Com fundamento no artigo 85, § 11 do Novo Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios, fixados em primeiro grau, para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 31/10/2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Júlio), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda. Sust. Oral Dr. Francisco de Souza Rangel

VOTO (EM 31/10/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1° Vogal)

Após ouvir o voto do Relator, entendo por bem acompanhar em parte de seu entendimento, divergindo apenas no que diz respeito ao valor dos danos morais fixados em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), entendo que o mesmo deve ser reduzido para R$ 10.000,00, explico:

Apesar da empresa requerida não ter cumprido com sua obrigação de construção/fornecimento da estrutura de saneamento básico no prazo de 2 anos, como combinado, o consumidor/autor comprou o terreno pagando uma quantia a vista e o restante num prazo de 240 meses. Assim, como o autor somente pagou 30 parcelas, faltando ainda 210, tenho que a indenização no valor de R$ 20.000,00 mostra-se desarrazoado, devendo ser reduzido para R$ 10.000,00.

Portanto, divergindo o Relator, dou parcial provimento ao presente recurso.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 14/11/2017 em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator negar e o 1º vogal dar parcial provimento ao recurso. Sust. oral Dr. Francisco de Souza Rangel

VOTO (EM 14/11/2017)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2° Vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, c/c danos morais e materiais, ajuizada por José Carlos Viana de Souza em desfavor de Residencial Rio da Prata Empreendimentos Imobiliários Ltda, Casa & Terra Imobiliária e Engenharia Ltda e Município de Chapadão do Sul. O autor informou em sua inicial que adquiriu terreno localizado no loteamento Esplanada III, sendo orientado que só poderia começar a edificação de sua habitação após o prazo de 120 dias depois da aquisição, lapso necessário ao término das obras de infraestrutura básica. Alegou, ainda, que não houve a conclusão das obras no prazo, pugnando pela condenação das requeridas ao término das obras, sob pena de aplicação de multa diária, condenação pelos danos materiais e morais.

Foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para determinar aos requeridos que providenciassem, no prazo de sessenta dias, a instalação da rede de água potável, rede de energia elétrica, esgoto, e rede de escoamento de águas pluviais, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R$ 400,00.

Posteriormente, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes em relação às duas primeiras requeridas, com condenação da obrigação de realização das obras determinadas na antecipação da tutela, no prazo de sessenta dias, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 500.000,00, condenação ao pagamento por danos materiais no valor de R$ 600,00 e danos morais arbitrados em R$ 20.000,00. Os pedidos foram julgados improcedentes com relação ao Município de Chapadão do Sul.

Contra a sentença recorrem as corrés condenadas alegando, em síntese, que não existe ilegalidade na comercialização dos lotes antes da conclusão das obras de infraestrutura, prática adotada em todo o ramo imobiliário. Argumentam que a prática possui amparo na Lei 6.766/99, que prevê o prazo de implantação em até quatro anos, ou, no mínimo, na Lei Complementar Municipal n. 86/2016, que prevê prazo de dois anos para conclusão a partir da expedição do alvará de execução, o que corresponderia à data de 29/07/2017.

O ilustre Relator votou pelo desprovimento do recurso, ao fundamento de que as recorrentes se comprometeram com o Ente Público em concluir as instalações indispensáveis para infraestrutura básica, em 30 de abril de 2016, o que caracterizaria o excesso de prazo, com possibilidade de responsabilização perante o consumidor.

O 1º Vogal, por sua vez, acolheu parcialmente o recurso tão só para determinar a redução do valor dos danos morais arbitrados para a quantia de R$ 10.000,00.

Peço *venia* para discordar.

De se notar, inicialmente, que o fundamento lançado na sentença atacada, de que é ilegal a venda dos terrenos antes da finalização das obras de infraestrutura, não se sustenta. Sem embargos, a Lei 6.766/79, em seu art. 37, se limita a vedar a comercialização de lotes de parcelamentos ainda não registrados. Confira-se:

> *"Art. 37. É vedado vender ou prometer vender parcela de loteamento ou desmembramento não registrado."*

Na mesma esteira, verifica-se que referida lei, entre os diversos requisitos previstos para aprovação do projeto de loteamento – requisito necessário ao efetivo registro no Registro de Imóveis – não prevê a necessidade da entrega imediata das obras de infraestrutura. *Contrario sensu,* a legislação informa que referidas obras podem ser entregues no prazo máximo de quatro anos, mediante apresentação de cronograma a ser apresentado para a Prefeitura Municipal.

Essa é a norma que se extrai do art. 18, V, da citada lei federal, *verbis:*

> *"Art. 18 Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:*
>
> *(...)*
>
> *V – cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras;*

Verifica-se, assim, que não existe, de fato, óbice legal à venda de terrenos em loteamentos registrados cujas obras de infraestrutura não tenham sido finalizadas no prazo legal previsto de 04 anos.

Voltando-se à análise do caso concreto, verifica-se que o contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e financiamento imobiliário prevê, de forma expressa, o prazo para a conclusão das obras, consignando:

> *"Cláusula décima nona – o (a) promissário (a) comprador (a), desde já, declara(m) para todos os efeitos legais e contratuais, ter plena ciência de que no loteamento "Residencial Esplanada III", será realizada a seguinte infraestrutura: abertura das ruas, pavimentação asfáltica e/ou bloquetes de cimento com meios-fios e sarjetas, demarcação de lotes e quadras, rede de distribuição de água potável, rede de coleta de esgoto (quando aprovado pela concessionária e exigido drenagem de águas pluviais superficial ou subterrânea), rede de energia elétrica e iluminação pública no prazo máximo de até 2 (dois) anos meses e entregues aos adquirentes à medida que forem sendo concluídas."*

Assim, este é o prazo contratual exigível pelo adquirente dos lotes de terrenos localizados em tal loteamento. Tal obrigação não pode, de outro tanto, ser alterada pela existência de compromisso com o Ente Público, que prevê a conclusão das instalações indispensáveis para infraestrutura básica em tempo inferior, já que se trata de obrigação distinta, com titular diverso e possibilidade de alteração de acordo com a discricionariedade da Administração, desde que observado o prazo máximo previsto em lei.

Consigne-se, ainda, que, conquanto o requerente informe que a venda dos lotes de deu com a promessa de conclusão das obras no prazo de 120 (cento e vinte) dias, os elementos dos autos permitem extrair conclusão diversa, já que não existem informes publicitários que contenham tal dado. Para além disso, as vendas eram realizadas no próprio loteamento, tendo as testemunhas informado que era visível a inexistência da conclusão das obras. Observada a data da contratação (10/11/2015), verifica-se que só se constataria a mora das requeridas a partir de 10 de novembro do corrente ano. Tal prazo, entretanto, deve

ceder em face da legislação municipal própria, que previu o prazo máximo de dois anos de conclusão das obras, a contar da sua aprovação, pelo que o termo final para a entrega se daria em 29/07/2017.

Não há, portanto, sequer comprovação da mora das requeridas, sendo certo que a sentença, prolatada em 27/04/2017, já informava a finalização das obras de água, esgoto e energia elétrica, restando unicamente a obrigação de finalização da drenagem e pavimentação asfáltica (f. 592).

Por conseguinte, não configurada a violação às normas regentes dos loteamentos urbanos e, bem assim, não constatada a violação contratual, tenho que não se pode falar em responsabilidade civil pela demora na conclusão das obras, já que o autor assumiu o risco do início da empreitada em localidade que não dispunha ainda das obras de infraestrutura necessárias.

Assentada essa premissa, tenho que não há que se falar em dano moral indenizável. Ainda que houvesse atraso na entrega das obras, estando o adquirente ciente da ausência de infraestrutura, tal fato por si só não gera a dor moral passível de indenização, pois não passaria de mero descumprimento contratual.

Sobre os fatos que não caracterizam o dano moral e o dever de indenizar, comenta Antônio Jeová Santos[1]:

> *"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".*

Este Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da matéria:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LEILÃO EXTRAJUDICIAL – IMÓVEIS QUE NÃO ESTAVAM EM CONDIÇÕES DE SE TOMAR POSE – DISTRATO DA ARREMATAÇÃO FORMULADO AMIGAVELMENTE ENTRE AS PARTES – INEXECUÇÃO DO CONTRATO – DANO MORAL AFASTADO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I - O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. Precedentes do STJ. I -* ***Não havendo prova de que o inadimplemento contratual ocasionou à parte lesão além dos dissabores de um negócio frustrado, merece ser afastado o dano moral fixado em sentença****. Sentença parcialmente reformada. II - Por consequência do julgamento, impõe-se retificar a sentença na parte em que estipulou os ônus sucumbenciais, para, diante da sucumbência recíproca, redistribuir entre os sucumbentes o dever de pagamento tanto das despesas processuais quanto da verba honorária, admitida a compensação conforme Súmula 306 do STJ."* (Apelação Cível 0052057-02.2011.8.12.0001 Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível. J. 13/05/2014) destaquei.

E ainda, segundo o STJ, 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 tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

1 **Dano moral indenizável.** 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

Nesse sentido:

> *"CIVIL – DANO MORAL. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os dissabores de um negócio frustrado. Recurso especial não conhecido." (*REsp 201.414/PA, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20/06/2000, DJ 05/02/2001, p. 100)

Oportuna ainda a lição de Arnaldo Rizzardo[2] 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 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."*

Incabível, pois, a indenização por danos morais.

Na mesma esteira, não constatada a mora, tenho que deve ser afastada a condenação à obrigação de fazer, sendo incabível a utilização de *astreintes* para compelir o requerido a cumprir com obrigação em prazo não previsto em lei ou no contrato.

Mantenho assim unicamente a condenação em relação à restituição do valor referente ao projeto arquitetônico (planta do imóvel). Sem embargos, em que pese a alegação de que o oferecimento de tal bem seria simples brinde, que não obriga os clientes a construírem de acordo com o projeto, não afasta a responsabilidade do fornecedor quando tal bem não se presta ao fim almejado – ante a impossibilidade de registro da planta nos órgãos competentes – vez que as facilidades oferecidas ao consumidor possuem como intuito aumentar o apelo de venda do produto oferecido pelo requerido que, portanto, fica responsável também pela qualidade de tal bem.

Diante do exposto, peço *venia* aos ilustres pares para, dando provimento parcial ao recurso de apelação, afastar a condenação por danos morais e condenação à obrigação de fazer, mantendo unicamente a condenação referente à indenização pelo valor da planta do imóvel. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, ante o acolhimento mínimo dos pedidos do autor, ficando o pagamento de tais verbas suspenso, na forma do art. 98, §3º, do Código de Processo Civil.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Retifico o meu voto para acompanhar o voto do 2° Vogal.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1° Vogal)

Retifico o meu voto para acompanhar o voto do 2° Vogal.

2 In **Responsabilidade Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 246.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 2º Vogal, após o relator e o 1º Vogal retificarem seus votos.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 14 de novembro de 2017.

***

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação nº 0002305-27.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO CIVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA, NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA MORTE DO PATRONO – AFASTADAS – MÉRITO – REQUISITOS NECESSÁRIOS À CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS (CONDUTA ILÍCITA, DANO, NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ELES E CULPA) – ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO À INFORMAÇÃO EM MATÉRIA JORNALÍSTICA – VEICULAÇÃO DE FOTOGRAFIAS DO CADAVER EM DECOMPOSIÇÃO – REQUISITOS PRESENTES – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Afasta-se a arguição de ilegitimidade passiva apresentada apenas em sede recursal, ao argumento de que seria a pessoa jurídica e não seu sócio, a responsável pela ofensa decorrente de matéria jornalística. A uma porque não demonstrada sequer a existência do vínculo da suposta pessoa jurídica com a empresa de jornalismo, que pode, inclusive, funcionar com empresário individual.

Rejeita-se, também, a arguição de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, se a prova (testemunhal) preterida revela-se desnecessária para a solução da lide.

Não prospera alegação de nulidade do processo em decorrência do falecimento do patrono de uma das partes, se não houve qualquer prejuízo a esta.

São requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil por danos morais a conduta ilícita, o dano, o nexo de causalidade entre eles e a culpa.

O exercício abusivo do direito à informação, quando da atividade jornalística, decorrente da divulgação de imagens de cadáver, em estado avançado de decomposição e sem tarjas ou frisos, caracteriza conduta lesiva apta a gerar sofrimento aos entes queridos da vítima, caracterizando dano moral *in re ipsa*. Tal conduta, de cunho sensacionalista, motivada por razões mesquinhas de aumento de leitores e, portanto, dos lucros, é suficiente para a caracterização da responsabilidade civil.

O *quantum* indenizatório deve ser arbitrado segundo grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato, além da condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. A despeito da gravidade da conduta e da extensão dos danos, necessária a redução do valor da indenização diante da ausência de elementos indicativos da capacidade econômica dos ofensores, pequenos empresários da atividade jornalística do interior do estado, sob pena de tornar impossível a reparação. Redução para R$ 15.000,00 para cada ofensor, parâmetro considerado suportável mesmo para pequenos empresários e compatível com precedentes desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Greice Batista da Silva ME (SidrolandiaNews), Rosana Schultz ME (O Correio News) e Fernando de Brito (BritoNews) interpuseram respectivos recursos de apelação em face da sentença (f. 148-154) de procedência proferida pelo juízo singelo no bojo da ação de reparação por danos morais que lhes move Marcos Antônio Rodrigues, em decorrência da veiculação de imagens do cadáver da sua filha nos respectivos *websites* veiculados pelos recorrentes.

Greice Batista da Silva ME (SidrolandiaNews) sustenta em suas razões recursais (f. 160/171) a necessidade de reforma da decisão recorrida, tendo em vista que estão ausentes os requisitos essenciais para caracterização da responsabilidade civil, já que não praticou ato ilícito e ausente a prova do alegado dano e, sucessivamente, aponta ser exorbitante o valor indenizatório arbitrado, requerendo sua redução.

Por sua vez, Fernando de Brito (BritoNews) suscita em seu recurso de apelação (f. 177/240) preliminares de ilegitimidade passiva e de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, postulando a extinção do processo ou a decretação de nulidade da sentença e, no mérito, requer sua reforma sob o argumento da inexistência do dano alegado. Sucessivamente, requer a redução do *quantum* indenizatório arbitrado, prequestionando a aplicação dos incisos IV, IX e XIV do art. 5º e art. 220, ambos da CF/88, bem como os arts. 186, 187 e 188 e § único do art. 944, todos do CC/02.

Rosana Schultz ME (O Correio News) também apela (f. 308/328), arguindo preliminar de nulidade dos atos processuais praticados em decorrência da não suspensão do processo após o falecimento de seu causídico, requerendo seu reconhecimento e declaração. No mérito, postula a reforma da sentença alegando ausência de ato ilícito e do dano moral e, sucessivamente, pela minoração da indenização fixada.

O recorrido apresentou contrarrazões aos apelos (f. 294/300, f. 342/347 e f. 356/361 respectivamente), postulando o não conhecimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida por Fernando de Brito (BritoNews), alegando inovação recursal, requerendo o afastamento da preliminar de nulidade processual aventada por Rosana Schultz ME (O Correio News). No mérito, pede o não provimento dos recursos e, ainda, a aplicação de multa por litigância de má-fé, apontando que tratam-se de recursos meramente protelatórios.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Versa a lide sobre Ação de Reparação por Danos Morais ajuizada por Marcos Antônio Rodrigues contra Greice Batista da Silva ME (SidrolandiaNews), Rosana Schultz ME (O Correio News) e Fernando de

Brito (BritoNews). Segundo narrativa constante da inicial, a filha do requerente, ora apelado, foi encontrada em canavial no Município de Sidrolância em avançado estado de decomposição e, nestas condições, fotografada, tendo tais imagens, sem qualquer tarja ou friso, sido veiculadas pelos apelantes em seus respectivos *websites*, (f. 24, 26. 29, 30, 32 e 33). O juízo de primeiro grau de jurisdição julgou procedente o pleito autoral, condenado cada um dos apelantes ao pagamento de indenização de R$ 27.120,00 (vinte e sete mil, cento e vinte reais), a título de indenização pelos danos morais, causados ao recorrido.

Inconformados, os requeridos interpuseram seus respectivos recursos de apelação defendendo: Greice Batista da Silva ME (SidrolandiaNews) – 1) ausência dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil (ato ilícito e prova do dano); e 2) exorbitância do *quantum* indenizatório; Fernando de Brito (BritoNews) - 3) preliminar de ilegitimidade passiva; 4) preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa; 5) ausência dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil (ato ilícito e prova do dano); 6) exorbitância do *quantum* indenizatório; Rosana Schultz ME (O Correio News) – 7) preliminar de nulidade dos atos processuais após o falecimento do seu patrono; 8) inexistência de requisitos da responsabilidade civil por ausência de ato ilícito e prova do dano; e 9) exorbitância do valor da indenização.

À par das preliminares, verifica-se que os três recursos versam sobre os mesmos temas, quais sejam a presença dos requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil por danos morais e o *quantum* indenizatório.

Assim, passo à análise individual das preliminares e análise conjunta do mérito dos recursos.

Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva (Fernando de Brito (BritoNews)

Fernando de Brito (BritoNews) suscita sua ilegitimidade passiva, aduzindo ter sido acionado na pessoa física por ato que teria sido praticado pela pessoa jurídica, vício processual este que, apesar de ter passado despercebido até o momento de interposição do apelo, por tratar-se de matéria de ordem pública, deve ser analisado em segundo grau de jurisdição.

Registre-se, inicialmente, que as matérias de ordem pública não estão sujeitas à preclusão, podendo ser suscitadas, inclusive de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição. Por essa razão, não há falar em supressão de instância.

A prefacial, contudo, não merece guarida.

No caso em apreço, a alegação de ilegitimidade passiva da pessoa física em detrimento da pessoa jurídica escora-se unicamente na captura de tela do *website* BritoNews, que indica a existência do CNPJ de nº 07.656.997/0001-81, vinculado a Fernando de Brito ME (f. 188).

Ocorre que a inscrição no CNPJ não comprova a existência de pessoa jurídica com personalidade jurídica própria e distinta da pessoa física. Isto porque, nem toda empresa é pessoa jurídica, há empresas desenvolvidas por pessoas físicas e tais pessoas não têm sua personalidade cindida por conta disso. É o caso dos empresários individuais, pessoas naturais que exercem a atividade de empresários, sem que se crie nova personalidade jurídica para tanto.

Aliás, a pessoa natural que exerça atividade empresarial está obrigada à inscrição na Junta Comercial (art. 1.150, CC) e no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ); contudo, a inscrição no CNPJ não dá personalidade jurídica a ninguém, já que o empresário individual é sempre pessoa física, natural e não se reveste de personalidade jurídica afeta às sociedades.

De outro lado, à teor da norma contida no art. 333, II, do CPC/73, era ônus do recorrente comprovar a existência de pessoa jurídica com personalidade distinta da pessoa física, mediante a juntada do contrato social da referida constituição, não sendo lícito ao julgador presumi-la diante da simples existência de número de CNPJ, o qual é concedido ao empresário individual como consectário de política tributária de tratá-lo em regime equiparado ao das pessoas jurídicas (art. 150, do Decreto nº 3.000/99).

Inobstante, como bem salientou o julgador de piso, *"o réu Fernando não negou ser o responsável pelo site "Britonews", onde foram reproduzidas as imagens do cadáver da filha do autor, o que levou esse a acionar os réus e postular a compensação pelos danos morais."* (f. 150/151).

Aliás, em que pese a ausência de provas que corroborem a defesa indireta de mérito aventada pelo recorrente, para espancar qualquer dúvida que paire sobre o tema, impende ressaltar que a consulta do CNPJ nº 07.656.997/0001-81, realizada no *website* da Receita Federal do Brasil (http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CNPJ/cnpjreva/Cnpjreva_Solicitacao.asp), revela que Fernando de Brito é, de fato, empresário individual, constando expressamente no campo: código e descrição da natureza jurídica, a categoria 213-5 - Empresário (Individual), o que revela que, também da análise meritória da preliminar, a tese arguida deve ser rechaçada.

Nesta seara, não tendo o recorrente se desincumbido do ônus probatório que lhe incumbia, já que ausente qualquer prova da existência de pessoa jurídica com personalidade própria e distinta da pessoa física e, assim, apta a figurar no polo passivo da lide, a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva é medida de rigor.

Da Preliminar de Nulidade da Sentença, por Cerceamento de Defesa [Fernando de Brito (BritoNews)]

Fernando de Brito (BritoNews) suscita, ainda, preliminar de nulidade da sentença, aduzindo ter ocorrido o cerceamento de defesa, já que não lhe foi oportunizada a produção probatória postulada em primeiro grau de jurisdição.

Novamente sem razão. Inicialmente, convém salientar que, como destinatário final da prova, *"cabe ao Magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento*"[1]. Isto quer dizer que, sendo a prova constante dos autos satisfatória para o convencimento do julgador, não havia necessidade de dilação probatória, o que, aliás, contraria inclusive o postulado da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88[2].

No caso dos autos, a prática do ato apontado como ilícito não é negada pelo recorrente, tendo rechaçado apenas a existência do dano alegado, assim pretendia a produção de prova testemunhal visando comprovar que a matéria e as fotos da filha do recorrido já eram públicas e estavam em outros meios de comunicação antes de serem veiculadas em seu *website.*

Ocorre que o julgador da instância singela entendeu ser prescindível a colheita da prova testemunhal, já que não os fatos que se pretendia apurar não seriam capazes de infirmar a conclusão por ele adotada, tendo expressamente justificado que "*Seria leviano afirmar que a dor do autor não passou de mero dissabor ou tentar elidir a responsabilidade dos réus sob o fundamento de que a morte da filha daquele vinha sendo noticiada pela mídia, mesmo porque outros canais de imprensa não desbordaram do direito de informar, como fizeram os demandados.*" (f. 149 e 153).

1 STJ - AgRg no AREsp 820085 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0302388-0 – Relatora: Minº Maria Isabel Gallotti – Órgão Julgador: Quarta Turma – Data do Julgamento: 16/02/2016.

2 Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Nesta seara, restando cabalmente demonstrada a inexistência de cerceamento de defesa, já que os autos elementos constantes dos autos eram suficientes para o juízo formar o seu convencimento, impõe-se a rejeição também da preliminar de nulidade da sentença.

Da preliminar de nulidade processual [Rosana Schultz (O Correio News)]

Sustenta a apelante que desde a data do falecimento de seu causídico, ocorrido em 02.06.2013, deveria o processo ter sido suspenso, nos termos do disposto no art. 265, I, do CPC/73, cuja disposição prevê que:

> *"Art. 265. Suspende-se o processo:*
>
> *I – pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador."*

Contudo, tenho que razão não lhe assiste. Explico. Em nosso ordenamento jurídico as nulidades classificam-se em absolutas e relativas, sendo que apenas aquelas devem ser decretadas de ofício, posto que estabelecidas em razão do exclusivo interesse público, ao passo que sobre estas, caso não alegadas pela parte na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, opera-se a preclusão, já que disciplinadas a tutelar primordialmente o interesse privado, de modo que não se configuram caso não haja prejuízo aos interessados (art. 245, do CPC/73).

Pois bem, o caso dos autos evidencia típica hipótese de nulidade relativa, nos termos da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1552432 / MS, 3ª Turma, j. 21/11/2017; AgInt no AREsp 1047272 / SC, 4ª Turma, j. 19/10/2017), de modo que somente deve ser reconhecida a nulidade alegada, caso a parte demonstre a efetiva ocorrência de prejuízo em decorrência da não observância da formalidade legal que foi relegada.

E é justamente por isso que a preliminar não deve prosperar, já que a parte recorrente limitou-se unicamente a sustentar a nulidade dos atos processuais posteriores ao falecimento de seu causídico, sem demonstrar qual o prejuízo concreto à que foi submetida e que fundamenta seu pedido. Aliás, além de não ter sido reportado nenhum possível dano para que se reconheça a nulidade alegada, é exatamente esta a conclusão que sobressai da análise dos autos, já que a parte recorrente apresentou contestação ao pedido autoral (f. 53/74), pleiteou a produção de prova testemunhal (indeferida) e, intimada dos termos da sentença prolatada, apresentou tempestivamente o apelo.

Dito isto, outra saída não há que a rejeição da preliminar de nulidade processual.

Mérito dos recursos de apelação de Greice Batista da Silva ME (SidrolândiaNews), Rosana Schultz (O Correio News) e Fernando de Brito (BritoNews)

Os requeridos, ora recorrentes, sustentam que não estariam presentes os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil por danos morais, isto porque não praticaram ato ilícito, tendo apenas exercido seu direito de informar, bem como ausente prova do dano alegado.

Pois bem, consabido que, para caracterização da responsabilidade civil por dano moral devem estar presentes os seguintes requisitos: a) o ato lesivo, b) o dano, c) nexo de causalidade entre ambos, e d) dolo ou culpa.

Essa é a lição que se extrai da disposição positivada no 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.*

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

No caso em apreço restou demonstrada a prática do ato lesivo danoso; o que, em absoluto, se confunde com o alegado exercício do direito de informar. Em verdade, a pretexto de exercer esse direito, os recorrentes abusaram dele, apelando ao sensacionalismo sem pudor em busca de leitores e, portanto, lucro. Em verdade, para o mero exercício do direito de informar, apontado como justificativa da conduta reprovável praticada, revelava-se prescindível a publicação de quaisquer fotos, quiçá das fotos do cadáver encontrado em avançado estado de decomposição, e mais, sem qualquer tarja ou friso.

O argumento de que a publicação não teria cunho econômico, mas meramente informativo, se revela absolutamente contraditório quando um dos recorrentes informa que seu lucro provém da divulgação que faz para empresas em sua página (f. 167). Ou seja, quanto maior o acesso ao *website*, maior a rentabilidade do anúncio e mais caro ele será; essas são, afinal, as regras de mercado.

Assim, a situação narrada nos autos revela prática sensacionalista dos recorrentes, visando unicamente aumentar os números de acesso a seu *website* e assim elevar os custos para divulgação publicitária da página, desprezou em absoluto o dever de observância à constitucional proteção aos direitos da personalidade (art. 5º, X).

Também não se presta à afastar a ilicitude da conduta perpetrada, o argumento de que ao noticiar que havia sido encontrado o cadáver e divulgar suas fotos, informou que poderia tratar-se de duas jovens desaparecidas sem indicar expressamente que tratava-se da falecida. Tal argumento, em verdade, reafirma o desprezo das recorrentes pelos direitos da personalidade da vítima e sua família, sendo desnecessária maior ilação para se constatar o abalo ocasionado ao recorrido que, em meio à buscas pela filha desaparecida, deparou-se com as horrendas fotos do seu cadáver veiculadas pela recorrente, sem qualquer tarja ou friso. Trata-se de dano *in re ipsa*.

O fato de que não permitiu que se fizessem comentários nas fotos também em nada altera a ilicitude do ato praticado ou o grau de sua reprovabilidade, mormente ao se considerar que ao realizar a postagem em sítio público da *internet*, assumiram integralmente o risco de que fosse replicada por outros *websites*; fato este que, de fato, se perfectibilizou.

No que se refere ao requisito do dano, não subsiste a alegação de ausência de sua prova, pois evidente que a publicação de imagem de cadáver encontrado em decomposição, com a indicação de que poderia tratar-se da filha desaparecida do recorrido, não deixa margem de dúvida sobre sua ocorrência, sendo presumível, ou seja, *in re ipsa*, já que deriva inexoraelmente do próprio fato ofensivo, trata-se de presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.

Sobre o dano, Sérgio Cavalieri Filho dispõe pontualmente que, *"Assim, por exemplo, provado que a vítima teve sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está in re ipsa; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral."* (Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2014. 11ª ed. p. 116).

Já o nexo causal entre o dano e o ato ilícito é insíto, estando, portanto, caracterizada a responsabilidade civil das recorrentes. No mesmo norte, a defesa dos atos praticados, a pretexto de exercício regular de direito, torna inequívoca a culpa. Presentes, assim, todos os requisitos necessários à caracterização da responsabilidade civil.

No que tange ao *quantum* indenizatório, arbitrado em R$ 27.120,00 para cada um dos réus, ora recorrentes, entendo que a sentença merece reforma.

Para a fixação do *quantum* deve-se levar em conta as condições das partes e o grau da ofensa moral e, ainda, os elementos dos autos, visto que não deve ser muito elevado para não se transformar em enriquecimento sem causa e nem tão baixo para que não perca o sentido de punição. O nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

Segundo os ensinamentos de Caio Mário:

> *" (...) quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido". (Responsabilidade Civil". 8ª edição. Editora Forense, 1997, p.97).*

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do País, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as consequências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral há de se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor em suportar o encargo, sem dar azo ao enriquecimento sem causa. Para o arbitramento do dano moral deve-se então levar em consideração as condições do ofensor, do ofendido, bem como do bem jurídico lesado, atendendo ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Nelson Abrão[3] faz algumas considerações quanto ao arbitramento de indenização em casos como este:

> *"Evidente que, tendo o cliente sido lançado no rol de entidade congregando proteção ao crédito, consequentemente as restrições sofridas por ele serão inúmeras, desde o simples abalo do nome até a recusa de compras a prazo e utilização de cartões de crédito, a demonstrar a certeza do ato levado ao banco de dados para se evitar prejuízo quase irreparável".*

In casu, levando em conta todos esses fatores, entendo que a conduta dos recorrentes causou severas lesões morais em um pai já gravemente abatido pela notícia da morte da sua filha, com a exposição de fotos de seu cadáver ao público. Tudo isso em nome do lucro fácil decorrente da veiculação de notícias sensacionalistas, em exercício irresponsável e inconsequente da atividade jornalística, a justificar a condenação no patamar arbitrado na sentença.

Por outro lado, não sobreveio aos autos quaisquer elementos de convicção acerca do patrimônio ou condição econômica dos recorrentes, certo cuida-se de pequenos veículos de comunicação funcionando em pequena cidade interiorana, o que autoriza conclusão de não se tratar de pessoas abastadas. Essa questão é relevante na medida em que tornar-se-ia inócua a sentença se conceder ao ofendido indenização em valor exagerado, causando a quebra dos ofensores inviabilizando a própria satisfação do crédito.

À luz destas considerações, tenho que o valor indenizatório deve ser reduzido para R$ 15.000,00 para cada um dos recorrentes, *quantum* capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir reincidência dos recorrentes, sendo ainda economicamente suportável mesmo para uma pequena empresa, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesta seara, os apelos merecem guarida, ao menos em pequena parte para reduzir o valor do *quantum* arbitrado, impondo-se a manutenção da sentença em relação quanto ao mais, inclusive quanto à distribuição dos ônus da sucumbência.

3 **Direito Bancário**, Editora Saravia, 11ª ed., 2008, p.416.

Por fim, não comporta provimento o pedido formulado pelo recorrido de aplicação de multa por litigância de má-fé em face dos recorrentes, sob o fundamento de que o apelo trata-se de recursos meramente protelatórios. Isto porque, o exercício do direito de recurso é amparado pelo princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior, expressamente consagrado no art. 8º h, do Pacto de São José da Costa Rica, possuindo, assim, *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro e de observância obrigatória pelos aplicadores do direito.

Ante o exposto conheço dos recursos de apelação dou-lhes parcial provimento para o fim de reformar em parte a sentença e reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00 para cada um dos requeridos/recorrentes, corrigido a partir deste julgamento, mantendo integralmente a sentença de primeiro grau, quanto ao mais, inclusive a distribuição da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

***

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação nº 0801666-72.2014.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – CONSÓRCIO PARA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL – CIÊNCIA DA CONSORCIADA DE TODOS OS TERMOS DO CONTRATO – EXIGÊNCIAS DO BANCO FORA DO CONTRATADO – NÃO VERIFICADO – AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA REFORMADA - INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Restando demonstrado que a autora/consorciada tomou conhecimento de todos os termos do contrato e que as exigências feitas pelo banco estão todas previstas na avença, não restou configurado qualquer ato ilícito a ensejar indenização por danos morais.

De tudo quanto exposto, o que se pode concluir é que se houve alguma demora para a liberação do crédito objeto do contrato de consórcio, isso ocorreu por culpa da própria autora/apelada, porquanto o contrato é bem claro quanto às exigências não só de documentação, mas principalmente em relação à garantia a ser prestada pela consorciada.

Imperiosa a reforma da sentença para a improcedência também do pedido de indenização por danos morais, com consequente inversão da sucumbência, para que a autora arque integralmente com esse ônus, restando sobrestada a exigibilidade de pagamento por ser beneficiária da justiça gratuita.

RECURSO ADESIVO – INTERPOSIÇÃO NA MESMA PEÇA DAS CONTRARRAZÕES – IMPOSSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO.

Segundo dispõe o art. 997 do CPC, o recurso adesivo deve obedecer as mesmas regras do recurso principal quanto aos requisitos de admissibilidade, devendo ser proposto em peça autônoma, devidamente endereçada, acompanhado do respectivo preparo e no mesmo prazo da apresentação das contrarrazões.

Nesse norte, não é possível a interposição do recurso adesivo na mesma peça das contrarrazões, como fez a parte autora neste processo, ainda que seja beneficiária da justiça gratuita e por isso dispensada do preparo recursal, razão pela qual o recurso não deve ser conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017 do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer do recurso adesivo e dar provimento ao apelo de Bradesco Administradora de Consórcios Ltda., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Bradesco Administradora de Consórcios LTDA interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, c/c indenização por danos morais que lhe move Iracema de Souza Santos Cunegundes, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos. Sustenta a ausência de dano moral, porquanto inexiste ato ilícito praticado pela apelante. Aduz que a parte autora não cumpriu as exigências previamente estabelecidas em contrato, o que ensejou a negativa de entrega das cartas de créditos, de forma que a apelante agiu em exercício regular de direito e, não restando comprovado que a parte autora suportou algum prejuízo em virtude dos descontos realizados em seu benefício, os quais, frisa, foram devidos, não deve ter procedência o pedido indenizatório. Alternativamente, defende exagerado o valor da indenização por danos morais, vez que fixado em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

A apelada apresentou contrarrazões pugnando pelo desprovimento.

Iracema de Souza Santos Cunegundes interpõe recurso adesivo, na mesma peça das contrarrazões, aduzindo que fez pedido de condenação da apelada no pagamento de indenização por danos materiais, a ser apurado em liquidação de sentença, porém o juízo *a quo* indeferiu o pedido por falta de provas, o que não deve prosperar. Defende que quando do ajuizamento da ação não era possível provar o prejuízo material, visto que este ainda estava ocorrendo, sendo que a carta de crédito somente foi emitidas após a propositura da ação, razão pela qual foi requerida a apuração na fase de liquidação. Porém, afirma que há provas concretas nos autos acerca dos danos materiais, devendo o pedido ser julgado procedente. Por fim, assevera a ausência de fundamentação para o indeferimento do pedido, nos termos do art. 93, inciso IX, da CF/88, sendo nula a sentença. Pugna pelo provimento do recurso para a procedência do pedido de indenização por danos morais, a ser calculado em liquidação de sentença.

A parte apelada apresentou contrarrazões pleiteado o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Bradesco Administradora de Consórcios LTDA interpõe recurso de apelação e a parte autora interpôs recurso adesivo em face da sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, c/c indenização por danos morais, que lhe move Iracema de Souza Santos Cunegundes, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, c/c indenização por danos materiais e morais, que Iracema de Souza Santos Cunegundes ajuizou em desfavor do Bradesco Administradora de Consórcios Ltda, alegando que realizou contrato de consórcio com a requerida para fins de construção e/ou aquisição de uma casa no valor de R$ 110.000,00, tendo sido contemplada em 14/06/2013, porém até a data do ajuizamento da ação (30/09/2014) não havia sido liberada a carta de crédito em razão das inúmeras exigências feitas pelo banco, as quais não eram de conhecimento da autora. Pleiteia indenização pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido.

O juízo *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos apenas para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00, afastando o pedido referente aos danos materiais por ausência de comprovação.

Recorre o banco/requerido alegado a ausência de dano moral, porquanto inexiste ato ilícito por ele praticado e em razão da parte autora não ter cumprido as exigências previamente estabelecidas em contrato, o que ensejou a negativa de entrega das cartas de créditos. Alternativamente, defende exagerado o valor da indenização por danos morais, vez que fixado em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A parte autora aviou recurso adesivo defendendo que ao tempo do ajuizamento da ação não era possível provar o prejuízo material, visto que este ainda estava ocorrendo, sendo que a carta de crédito somente foi emitida após a propositura da ação, razão pela qual foi requerida a apuração na fase de liquidação. Porém, afirma que há provas concretas nos autos acerca dos danos materiais, devendo o pedido ser julgado procedente. Por fim, assevera a ausência de fundamentação para o indeferimento do pedido, nos termos do art. 93, inciso IX, da CF/88, sendo nula a sentença.

Do recurso de apelação interposto pelo banco

Em que pesem os argumentos recursais, verifico que não assiste razão ao recorrente.

Extrai-se dos autos que a autora/apelada realizou com o banco/apelante contrato de adesão a grupo de consórcio de bens imóveis (f. 20/21) objetivando a construção de sua residência, questão aliás incontroversa. Nota-se também que a autora foi contemplada no referido consórcio, consoante demonstrado no documento de f. 23.

Entretanto, até a data da propositura da ação não havia sido liberada a carta de crédito a que tem direito a parte autora e isso devido à inúmeras exigências feitas pelo banco/apelante para a liberação do valor.

A autora descreve na inicial que o banco exigiu outro imóvel como garantia, além do terreno onde seria construída a residência, bem como que fosse averbada na matrícula a construção existente nesse segundo terreno dado em garantia e que fosse apresentada certidão de casamento da parte autora e certidões do Cartório de Registro de Imóveis referente aos imóveis dados em garantia, as quais vencem em 30 dias.

Na contestação, a instituição financeira alega inexistir dano moral na espécie, pois todo o transtorno descrito na inicial se deu por culpa exclusiva da autora, tendo em vista que na oportunidade da aquisição das cotas pela consorciada foi-lhe reservado cópia da Proposta de Adesão e do Contrato de Adesão para Constituição e Funcionamento de Grupos de Consórcios Referenciados em Bens Imóveis (Regulamento), sendo que do item 12 das Propostas consta declaração de que referido documento foi entregue a autora como também lhe foram franqueados os esclarecimentos necessários, não havendo qualquer dúvida pendente, posto que a autora concordou com todos os seus termos.

Pois bem.

O nó górdio a ser desatado no presente caso cinge-se em verificar se a demora na concessão da carta de crédito se deu por culpa da autora ao descumprir o contrato ou por excessivas exigências do banco.

Em que pesem as alegações da parte autora, o banco/requerido logrou êxito em comprovar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos que alega a parte autora, conforme preconiza o art. 373, do CPC. Isso porque o apelante trouxe aos autos cópia do contrato de adesão ao grupo de consórcio assinado pela autora, no qual consta que deverão ser observados os termos da Proposta de Adesão, bem como do Regulamento Geral para Constituição e Funcionamento do Grupo de Consórcio (f. 172/173). Com isso, tem-se que a parte autora tinha pleno conhecimento dos termos do contrato de adesão ao grupo de consórcio, de forma que se as exigências da instituição financeira estiverem baseadas na referida avença, não há que se falar em dano moral, vez que não passa de mero cumprimento contratual.

Concernente à exigência de outro imóvel como garantia para a liberação do crédito à autora, da detida análise do contrato, observa-se que, conforme cláusula 43, a instituição financeira tem o direito de aprovar ou não o bem imóvel adquirido pelo consorciado contemplado, sendo que, caso julgue que este não atende os critérios de avaliação comercial e patrimonial, bem como não cubra as garantias necessárias, poderá deixar de disponibilizar o valor do crédito, cabendo ao consorciado a indicação de outro imóvel (f. 110).

Assim, não só era lícito ao banco/apelante exigir da autora outro imóvel como garantia da concessão do crédito, vez que o terreno em que a autora pretendia construir foi avaliado em R$ 60.000,00, como também exigir a regularidade das matrículas desses imóveis, com a devida averbação da construção existente no segundo terreno dado em garantia.

As certidões do Cartório de Registro de Imóveis também necessitam ser atualizadas, pois objetivam a verificação de possíveis ônus gravados sobre os imóveis dados em garantia, os quais devem estar livre de quaisquer pendências, de forma que sua exigência também encontra licitude e amparo legal, tendo em vista que a instituição financeira precisa se resguardar de possível inadimplemento contratual através dos bens dados em garantia da dívida, bem como gravar o imóvel de alienação fiduciária ou hipoteca, conforme previsão contratual (cláusula 51).

Aliás, consoante dispõe a cláusula 53 do contrato, a liberação do crédito, segundo o contrato, dar-se-á por etapas, segundo cronograma físico-financeiro da obra, sendo que a última parcela somente será liberada após a conclusão da obra, apresentação de documentação pertinente e averbação da construção na matrícula do imóvel, conforme cláusula 54 da avença.

No que tange à alegada exigência quanto à apresentação de certidão de casamento da parte autora/apelada, não assiste razão à apelada, porquanto da prova testemunhal restou claro que a realização de casamento entre a autora e seu companheiro se deu por sua mera liberalidade, sendo exigência do banco apenas a formalização da união, em vista da necessidade de composição de renda entre o casal para a realização da contratação do crédito, o que é plenamente lícito, afinal se a dívida seria assumida por ambos, imprescindível demonstrar ao banco qual a relação entre eles.

Com efeito, a testemunha Wélica Furtado de Freitas afirmou em juízo que acompanhou a trajetória da parte autora para reunir a documentação necessária para a liberação da carta de crédito, tendo afirmado que necessitou de vários documentos, inclusive certidões negativas e dos imóveis dados em garantia atualizadas, as quais somente são emitidas na cidade de Coxim/MS. Esclareceu que tinha conhecimento de que, quando a autora realizou o contrato de adesão ao consórcio, a vendedora lhe cientificou que sua renda seria insuficiente para a contratação e, por isso, haveria a necessidade de composição de renda com seu companheiro para a obtenção do crédito (f. 310).

Andréia Gomes de Almeida também prestou depoimento e disse que era coordenadora da autora à época da contratação tendo acompanhado todo o processo de reunião dos documentos para a liberação do crédito. Afirmou que o banco exigiu a formalização da união da autora com seu companheiro, tendo em vista a necessidade de composição de renda dos dois para a contratação. Entretanto, esclareceu que a autora se casou por mera liberalidade, sendo exigência do banco apenas a formalização da união estável.

Eduardo Rodrigues Gama disse que tinha conhecimento da contratação do consórcio pela autora e fez quatro orçamentos a pedido dela, pois sempre emperrava a documentação com o banco. Não soube informar o motivo porque o crédito para a construção da residência da autora não foi liberado pelo banco.

Embora a juíza *a quo* tenha julgado parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar o banco a pagar à autora indenização por danos morais, firmou sua conclusão em apenas uma cláusula

contratual (51), a qual trata das condições para a realização da construção, ignorando por completo as demais cláusulas, inclusive referente às garantias a serem prestadas pela consorciada.

Assim, de tudo quanto exposto, o que se pode concluir é que se houve alguma demora para a liberação do crédito, objeto do contrato de consórcio, isso ocorreu por culpa da própria autora/apelada, porquanto o contrato é bem claro quanto às exigências não só de documentação, mas principalmente em relação à garantia a ser prestada pela consorciada.

Nesta senda, tendo o banco/requerido demonstrado que as exigências feitas à autora tem por base o contrato de consórcio ao qual esta aderiu e que atuou apenas em exercício regular de direito, sem extrapolar os limites da avença, não há qualquer ilícito a ensejar indenização por danos morais, devendo ser julgado improcedente tal pleito.

A matéria não é nova nos Tribunais Pátrios, consoante julgados que trago à colação:

> *"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL — SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO - Consórcio para construção de imóvel – Contemplação – **Atraso na liberação da verba correspondente a 20% para pagamento das despesas com a construção em razão de exigência não prevista em contrato – Danos material e moral configurados – Indenizações devidas –** Sentença mantida. - Dano moral - Fixação em R$ 8.000,00 que se mostra condizente com os fatos retratados nos autos e cumpre com os requisitos da razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida. Recurso não provido."* (TJ-SP - APL: 10018587920168260037 SP 1001858-79.2016.8.26.0037, Relator: Marino Neto, Data de Julgamento: 14/06/2017, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/06/2017) destaquei

E ainda,

> *"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE CONSÓRCIO - EXIGÊNCIA DE GARANTIA ADICIONAL PARA A ENTREGA DO BEM APÓS CONTEMPLAÇÃO - CONSORCIADO QUE SATISFAZ TAL EXIGÊNCIA - RECUSA DA ADMINISTRADORA QUANTO À ENTREGA DO CRÉDITO - IMPOSSIBILIDADE - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL - **DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MEROS DISSABORES DECORRENTES DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, QUE NÃO OFENDEM DIREITO DE PERSONALIDADE** - SENTENÇA MODIFICADA, NESTE ASPECTO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Cível nº 1.067.614-1 f. 2PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS IMATERIAIS.RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO."* (TJPR - 18ª C.Cível - AC - 1067614-1 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Antonio Domingos Ramina Junior - Unânime - J. 26.11.2014) (TJ-PR - APL: 10676141 PR 1067614-1 (Acórdão), Relator: Antonio Domingos Ramina Junior, Data de Julgamento: 26/11/2014, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1493 10/12/2014) frisei

Como visto, somente restaria configurado ato ilícito perpetrado pelo banco caso fizesse exigências que extrapolam os termos do contrato, o que não ocorreu na espécie.

À luz dessas considerações, o provimento do recurso do requerido com a reformada sentença para a improcedência do pedido de dano moral é medida que se impõe.

Do recurso adesivo

O recurso adesivo não deve ser conhecido, por não preencher os requisitos de admissibilidade.

Segundo dispõe o art. 997 do CPC, o recurso adesivo deve obedecer as mesmas regras do recurso principal quanto aos requisitos de admissibilidade, devendo ser proposto em peça autônoma, devidamente endereçada, acompanhado do respectivo preparo e no mesmo prazo da apresentação das contrarrazões. Nesse norte, não é possível a interposição do recurso adesivo na mesma peça das contrarrazões, como fez a parte autora neste processo, ainda que seja beneficiária da justiça gratuita e por isso dispensada do preparo recursal.

A matéria não é nova, pois inúmeros são os precedentes dos Tribunais Pátrios no sentido de inadmitir o recurso adesivo proposto em peça única com as contrarrazões. Confira:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS –* ***RECURSO ADESIVO INTERPOSTO NA MESMA PEÇA DAS CONTRARRAZÕES - PRELIMINAR DE OFÍCIO - NÃO CONHECIMENTO*** *– DESACERTO NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ALTERA O DESLINDE DA CAUSA - COBRANÇA INDEVIDA DE FATURA – CONSUMO AUFERIDO ACIMA DA MÉDIA REGISTRADA - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONFIGURADA – DANO MORAL INDENIZÁVEL – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES - MERO ABORRECIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***1. Da exegese do art. 997 do NCPC, extrai-se que o recurso adesivo está sujeito às mesmas regras do recurso principal, no que tange aos requisitos de admissibilidade, de modo que deve ser interposto em peça independente, acompanhado do respectivo preparo recursal, e na mesma ocasião da apresentação das contrarrazões, mas nunca em peça única, como ocorreu no caso em apreço. 2. Nesse sentido, impossível seja apresentado recurso adesivo e contrarrazões em peça única, razão pela qual o apelo apresentado pelo requerente não deve ser conhecido.*** *(...)" (*Ap 173513/2016, Desa. Serly Marcondes Alves, Sexta Câmara Cível, Julgado em 15/02/2017, Publicado no DJE 20/02/2017) (TJ-MT - APL: 00110779220158110003 173513/2016, Relator: Desa. Serly Marcondes Alves, Data de Julgamento: 15/02/2017, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 20/02/2017) frisei

E ainda,

> *"APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO INTERPOSTO NA MESMA PEÇA DAS CONTRARRAZÕES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATO CELEBRADO POR ESTELIONATÁRIO - AUSÊNCIA DE CUIDADO DA EMPRESA RÉ - DANO MORAL - REQUISITOS PRESENTES - CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - PRUDENTE ARBÍTRIO. O recurso adesivo deve ser interposto de forma autônoma às contrarrazões, sendo vedado sua unificação em uma mesma peça de resposta, em razão das disposições do art. 500, do Código de Processo Civil. A empresa que celebra o contrato em nome de um consumidor sem se certificar da veracidade das informações que lhe são prestadas deve responder pelos danos que causar. Provados os requisitos ensejadores do dever indenizatório, impõe-se essa obrigação. A fixação do quantum indenizatório deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório."* (TJ-MG - AC: 10512110106808001 MG, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 28/01/2014, Câmaras Cíveis / 9ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/02/2014)

> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. Recurso adesivo. Não se conhece do recurso adesivo, interposto na mesma peça das contrarrazões ao recurso principal. Afronta aos arts. 500, parágrafo único e 514, do CPC. Agravo retido. Uma vez não conhecido o recurso adesivo, em que reiterado o agravo retido, este tem seu julgamento prejudicado. Inovação recursal.*

> *Não se conhece do apelo, quanto à alegação de que os fatos são indiscutíveis porque objeto de demanda penal, porquanto não foram objeto de irresignação na inicial, importando inovação recursal, o que se mostra incabível. Dano moral. Animosidade e agressões recíprocas entre as partes. Dificuldade de convívio entre vizinhos de prédio de apartamentos. Impossibilidade de determinar qual das partes desencadeou as agressões ou mesmo agiu com dolo ou culpa, a fim de atribuir responsabilidade. Manutenção da improcedência do pedido de indenização. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO - AGRAVO RETIDO PREJUDICADO - APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDA - UNÂNIME."* (Apelação Cível Nº 70040696445, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 28/08/2014) (TJ-RS - AC: 70040696445 RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Data de Julgamento: 28/08/2014, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/09/2014)

À luz dessas considerações, a inadmissão do recurso adesivo é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso de apelação interposto pelo requerido para o fim de reformar a sentença e julgar também improcedente o pedido de indenização por danos morais. Em consequência, inverto o ônus da sucumbência e condeno a parte autora a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Fica sobrestada a exigibilidade de pagamento em razão de ser beneficiária da justiça gratuita. Deixo de conhecer do recurso adesivo, uma vez que interposto na mesma peça das contrarrazões, o que não é permitido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso adesivo e deram provimento ao apelo de Bradesco Administradora de Consórcios LTDA., nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0840282-15.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CAUSA SUSPENSIVA – PRAZO QUINQUENAL – TERMO INICIAL DO INDEFERIMENTO – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO NÃO PROVIDO.

O prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto n.º 20.910/32 somente poderia ser suspenso pela ocorrência de hipóteses legalmente previstas, o que não é o caso dos autos, onde o recorrente aponta como causa suspensiva de prescrição o fato de responder ao Conselho de Justificação, fato que não tem o condão de suspender mencionado o prazo.

De fato, o ato de bravura para fins de promoção pode ser reconhecido a qualquer tempo, contudo, a partir do momento em que o pedido é apreciado e indeferido, inicia a contagem do prazo prescricional contra tal indeferimento. Precedentes do STJ.

Recurso não 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Jidevaldo de Souza Lima, inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, nestes autos de ação de promoção por ato de bravura que ajuizou contra Estado de Mato Grosso do Sul, interpõe o presente recurso de apelação contra a sentença que reconheceu a prescrição de sua pretensão.

Alega, em síntese, que apesar da sentença ter reconhecido a prescrição não foi omisso em sua pretensão, pois em 22.03.04 requereu a promoção por ato de bravura (Of s/n/JLS/2004), o que foi indeferido em setembro de 2006. Contudo, teve seus direitos suspensos por responder a Conselho de Justificação desde maio de 2009 a novembro de 2014, período em que não poderia ser promovido, devendo ser considerado suspenso o prazo prescricional naquele interregno.

Aduz que o art. 33 do Decreto Estadual nº 10.769/02 prevê que as promoções por ato de bravura e *post mortem* verificar-se-ão em qualquer data, motivo pelo qual entende que deve ser afastada a aplicação do Decreto nº 20.910/32 – prescrição quinquenal.

Ao final, requer o provimento do recurso com o afastamento da prescrição e reconhecimento do seu direito à promoção.

O apelado apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença e prequestionando a matéria.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta por Jidevaldo de Souza Lima contra a sentença de fls. 243-246, que reconheceu a prescrição e extinguiu o feito ajuizado contra o Estado de Mato Grosso do Sul

Vejamos parte do fundamento da sentença recorrida:

> *"(...)*
>
> *O presente feito comporta o julgamento antecipado, nos termos do art. 355, I, do Código de Processo Civil/2015, sendo desnecessária a produção de outras provas, além daquelas que já se encontram acostadas aos autos.*
>
> *A prejudicial de mérito de prescrição quinquenal suscitada merece acolhimento.*
>
> *Inicialmente, faz-se necessário distinguirmos prescrição de fundo de direito e prescrição de trato sucessivo. O Min. Moreira Alves, no julgamento do RE 110.419/SP, esclarece com perfeição o sentido da expressão fundo de direito, in verbis:*
>
> *"Fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou o direito a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental como reclassificações, reenquadramentos, direitos a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial etc."*
>
> *Como se vê, quando se fala em fundo de direito, discute-se o direito em si, ou seja, a chamada situação jurídica fundamental da qual decorrerão, ordinariamente, efeitos patrimoniais, porém estes não constituem a base do pedido. Quanto às obrigações de trato sucessivo, o Min. Moreira Alves assim se manifestou:*
>
> *"A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não conhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão que diz respeito a quantum, renasce cada vez que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade que é devido o seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do art. 3º do Decreto nº 20.910/32."*
>
> *Logo, as obrigações de trato sucessivo são aquelas decorrentes de uma situação jurídica já reconhecida.*

Em consequência, a questão em debate refere-se à prescrição do próprio fundo de direito. O ato que, segundo o autor, daria ensejo à promoção por bravura, data de 2001, entretanto, somente em 2015, foi questionado que o seu direito foi lesado.

Isso porque, no momento em que ocorreu o ato que supostamente daria direito à promoção, nasceu a ação para postulá-lo judicialmente. Assim, considerando que o ato de bravura aconteceu em 2001, o autor requereu a promoção administrativamente em 2004 com publicação dos beneficiados em 2006, a partir dessa data passou a fluir o prazo prescricional, tendo escoado em 2011.

Não haveria segurança jurídica se fosse permitido que as ações pudessem ser propostas eternamente. Portanto, está claramente prescrito o direito de postular a promoção por ato de bravura.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – A PARTIR DA OCORRÊNCIA DO ATO NASCE O DIREITO PARA POSTULAR A PROMOÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. (TJ-MS - AGR: 08326653820148120001 MS 0832665-38.2014.8.12.0001, Relator: Juiz José Ale Ahmad Netto, Data de Julgamento: 26/01/2016, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 27/01/2016)

Diante do exposto, acolhe-se a prejudicial de prescrição e extingue-se o presente feito, com resolução de mérito, na forma do art. 487, II do CPC. (...)"

A questão é exclusivamente de direito e reside em definir se ocorreu a prescrição da pretensão do recorrente, que alega, em síntese: i) a suspensão do referido prazo enquanto estava submetido a Conselho de Justificação (setembro de 2006 a abril de 2009); ii) a inaplicabilidade do prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32, em razão de que a promoção por ato de bravura pode se dar em qualquer data.

Em que pesem as alegações recursais, o recurso não merece ser provido.

Em primeiro lugar, o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto n.º 20.910/32 somente poderia ser suspenso pela ocorrência de hipóteses legalmente previstas, o que não é o caso dos autos, onde o recorrente aponta como causa suspensiva de prescrição o fato de responder Conselho de Justificação.

Ocorre que a situação noticiada não tem o condão de suspender o prazo prescricional da pretensão inicial, que era de reverter a decisão administrativa que lhe indeferiu a promoção por ato de bravura.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – INSURGÊNCIA DO PARQUET FEDERAL – SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO EM RAZÃO DO ART. 543-C DO CPC/1973 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NESSE SENTIDO – RECURSO DESPROVIDO.

I - Nos termos dos arts. 109, inciso V, do CP, ocorre a prescrição da pretensão punitiva em 4 (quatro) anos se o máximo da pena não excede a 2. No caso, entre o dia em que a sentença tornou-se pública (17/6/2009) e a presente data, transcorreu prazo superior a 4 anos, razão pela qual deve ser declarada extinta a punibilidade do recorrente.

> *II - "Em observância ao princípio da legalidade, que rege o Direito Penal como um todo, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal, o que não ocorre no caso do art. 543-C do CPC/1973"* (AgRg no REsp n. 1.545.118/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 24/2/2017).
>
> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AgRg no REsp 1612403/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 03/05/2017)

O art. 29 da Lei n.º 61/80[1] realmente afirma que os oficiais que estiverem submetidos ao Conselho de Justificação não podem integrar o Quadro de Acesso de promoções, contudo, além de tal previsão não se estender às promoções por ato de bravura – que independem de quadro de acesso –, também não interfere no transcurso do prazo prescricional para ajuizamento de ação contra o indeferimento administrativo narrado.

No que tange à alegação de inaplicabilidade do prazo quinquenal de prescrição, em razão do art. 33[2] do Decreto nº 10.769/02, também merece ser refutada.

Isto porque, de fato, o ato de bravura para fins de promoção pode ser reconhecido a qualquer tempo, contudo, a partir do momento em que o pedido é apreciado e indeferido, inicia a contagem do prazo prescricional contra tal indeferimento, *verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – PROMOÇÃO – PRESCRIÇÃO – FUNDO DE DIREITO – INOCORRÊNCIA.*
>
> *Em se tratando de ação proposta por servidor público militar com a finalidade de obter promoção negada administrativamente, a prescrição do chamado fundo de direito é contada a partir da publicação daquele ato. Precedentes.*
>
> *Recurso não conhecido."* (REsp 467.230/CE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/03/2003, DJ 28/04/2003, p. 250)

Por todo o exposto, nego provimento ao presente recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exmª. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

***

1 Art. 29. O Oficial não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso quando: (...) e) estiver submetido a Conselho de justificação, instaurado ex-officio;

2 Art. 33. As promoções por ato de bravura e *post mortem* verificar-se-ão em qualquer data.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0822561-21.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – DANO MORAL VERIFICADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MANTIDOS – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

No caso concreto verificou-se que as partes firmaram um contrato de locação e serviço de buffet, sendo que o evento foi interrompido antes do horário contratado em razão da irregularidade do alvará de funcionamento do local, causando danos morais aos contratantes, posto que se tratava de uma festa de casamento, que por sua natureza possuía grande importância aos contratantes, sendo que ainda haviam convidados no local quando foi determinado o encerramento da festa e os funcionários da contratada começaram a apagar as luzes do local.

A fixação do *quantum* do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, devendo ser fixado de maneira equitativa, levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento ilícito por parte da vítima, critérios que foram bem observados no caso concreto.

No caso em tela, verificou-se que a maior parte do serviço de buffet contratado já havia sido prestado no momento em que a festa de casamento foi interrompida, restando apenas serviços de garçom, DJ e limpeza, razão pela qual não se mostra razoável fixar o valor da indenização por danos morais em percentual do valor do contrato, mas sim no valor previsto para eventual prorrogação do horário da festa, em que seriam devidos os mesmos serviços devido no momento da interrupção da festa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Alex Gomes Rosa e Gabriela David Bigarella e Mara Regina Marçal Vieira Ceolin, inconformados com a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, movida pelos primeiros em face da segunda, apelam a este Tribunal.

Os apelantes, Alex Gomes Rosa e Gabriela David Bigarella, afirmam que o juízo equivocou-se ao fixar o valor da indenização por danos materiais, que deve ser majorado.

Expõem que contrataram os serviços da apelada, para a realização de sua festa de casamento, cujo pacote previa 06 (seis) horas de festa, pelo valor de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), bem como restou acordado que em caso de eventual prorrogação do baile, seria cobrado o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por hora de prorrogação. Assim, tendo em vista que a festa foi interrompida após 03 (três) horas de duração, a indenização deve corresponder a metade do valor pago antecipadamente e não calculada com base no valor previsto para a hipótese de prorrogação, conforme entendeu o juízo.

Salienta que o fato da interrupção da festa ter ocorrido após já ter sido servido o jantar, não configura explicação razoável para que o valor da indenização seja fixado em apenas 5% (cinco por cento) do valor cobrado pela festa, que foi entregue pela metade, mormente tendo em vista que uma festa de casamento tem sua maior expectativa em relação ao período das danças, onde os noivos tiram suas fotos e festejam numa comunhão maior com todos os convidados.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, para que a indenização pelos danos materiais seja calculada no percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor pago pela festa, o que corresponde à quantia de R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), bem como que os ônus de sucumbência sejam arcados integralmente pela parte recorrida.

Contrarrazões às f. 303-306.

A recorrente, Mara Regina Marçal Vieira Ceolin, alega que os fatos ocorridos não tiveram o condão de alterar a comemoração e a festa de casamento contratada pelos recorridos, posto que o incidente não teve maiores repercussões, bem como que o desligamento do som, quase ao final da festa, foi ocasionado pela conduta dos próprios autores, todavia não teve o condão de afetar a organização e beleza do evento, quiçá o serviço de buffet, que já estava finalizado.

Ressalta que pelas publicações postadas no *facebook* da recorrida, de sua mãe e dos convidados, constata-se que o ocorrido não teve o condão de alterar em nada a comemoração e a festa em questão somente foi lembrada com palavras de elogio e sentimentos alegres e saudosos, o que demostra que os noivos e convidados puderam desfrutar da festa a contento, sendo que a contratação da recorrente atendeu a todos os critérios devidos à sua prestação de serviços, bem como que o contrato previu que a recorrente não se responsabilizaria pelo encerramento do evento por questões relativas ao limite de som.

Argumenta que o Código de Defesa do Consumidor não aplica-se ao presente caso, uma vez que, conforme apurado durante a instrução probatória, a recorrente somente aceitou a contratação em virtude da relação fraterna havida entre as partes, tanto que o contrato foi firmado em nome da pessoa física da recorrente, inexistindo qualquer situação de vulnerabilidade entre as partes.

Assevera que a recorrida tinha ciência que à época a apelante locava o espaço apenas para jantares e das limitações do som ambiente, sendo que o espaço foi cedido em virtude da insistência da apelada, bem como da amizade e carinho entre ambas, todavia, com a exclusão da responsabilidade em relação ao som ambiente, posto que os recorridos tiveram plena liberdade e igualdade para pactuar as condições que julgaram adequadas, não havendo, portanto, que se falar em responsabilidade da apelante.

Sustenta que, caso se entenda pela ocorrência de dano, deve ser rebatido o entendimento firmado pelo juízo de primeiro grau, no sentido de que o fator determinante para o encerramento do evento se deu por irregularidade do alvará de localização do local. Expõe que foi frisado por três testemunhas idôneas que ocorreram três intervenções policiais em razão do volume do som. Assim, caso houvesse qualquer

irregularidade documental, como pretendem fazer crer os apelados, os policiais não teriam retornado ao local por três vezes e, sim, teriam interrompido a festa de imediato, logo na primeira ocorrência.

Ressalta que a festa teve início às 20:30h, completando o período de duração contratado, que foi de 06 (seis) horas, visto que a festa somente foi interrompida às três horas da madrugada, após duas tentativa dos policiais para que o som fosse diminuído.

Subsidiariamente requer a minoração do *quantum* indenizatório para a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e da condenação por danos materiais para R$ 500,00 (quinhentos reais), que corresponde a uma hora do evento, posto que, segundo previsão contratual, a festa teria duração de 06 horas, sendo que a polícia militar somente compareceu ao local depois de decorrido 05 horas de festa, por volta das 01:30h, e esta somente foi interrompida às 03h da manhã, após duas tentativas dos policiais militares para que o som fosse diminuído.

Contrarrazões às f. 297-302.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Tratam-se de recursos de apelações, interpostos por Alex Gomes Rosa e Gabriela David Bigarella e Mara Regina Marçal Vieira Ceolin, contra a sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, movida pelos primeiros em face da segunda.

A sentença recorrida restou assim redigida:

> *"(...)*
>
> *Decido.*
>
> *Trata-se de ação de reparação de danos morais e materiais, decorrentes de interrupção de festa de casamento realizado no estabelecido da parte requerida.*
>
> *Inicialmente, determino o desentranhamento das peças juntadas pela requerida após o encerramento da instrução e apresentação de memorais, eis que não se tratam de documentos novos, razão pela qual se encontra preclusa a juntada.*
>
> *Em segundo momento, vale dizer que o simples fato de ser vítima de um produto ou serviço já basta para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto (ou do serviço) presentes no Código de Defesa do Consumidor Lei nº 8.078 de 1990.*
>
> *Ademais, acresce-se que, em se aplicando o Código de Defesa do Consumidor, a verificação da responsabilidade da requerida prescinde da análise de culpa, já que tal códice, em seu artigo 14, impõe a observação da Teoria da Responsabilidade Objetiva nas situações que envolvam relação jurídica de consumo.*
>
> *Isso não importa dizer que se trata de responsabilização direta e certa, uma vez que é possível seu afastamento acaso seja demonstrada hipótese de excludente de responsabilidade.*
>
> *No caso em tela, os requerentes contrataram o espaço e os serviços de buffet oferecidos pela requerida, para a realização de seu casamento, tento a festa se encerrado*

por determinação da polícia militar.

Durante a instrução do processo, pela oitiva das testemunhas, restou constatado que a polícia militar compareceu ao local em razão do som mecânico da festa.

Em que pese a requerente e alguns convidados tenham até interferido no equipamento de som do dj, aumentando o volume que havia sido baixado quando da chegada dos policiais, o fator determinante para o encerramento do evento se deu pela irregularidade do alvará de localização do local.

Como se vê do documento de f. 60, o alvará de localização do espaço autoriza o funcionamento das atividades das 6:00h às 22:00h, enquanto a festa dos requerentes ocorria após o horário limite.

Nesse passo, depreende-se dos depoimentos que houve reclamações dos vizinhos por conta do barulho, levando à polícia comparecer ao local, ocasião em que foi constatado que nenhum evento poderia realizar-se naquele horário.

Isso porque não é dado à autoridade policial, sem ordem judicial, determinar o encerramento de um evento simplesmente pelo barulho, se o espaço tiver todas as autorizações para funcionamento e promoção de festas com som mecânico.

Afirmou a testemunha Diogo Luiz de Paula, DJ contratado para animar a festa, que tocou em outros eventos no local, que o som sempre foi no mesmo volume, que a polícia nunca interferiu, todavia, as festas sempre se encerravam até as 22:00h, ou seja, dentro do horário previsto no alvará de funcionamento.

Portanto, resta comprovado que o fato determinante para a ordem de encerramento da festa foi a extrapolação do horário de funcionamento do local, cujo volume da música chamou atenção para o evento que ocorria.

Assim, não há que se falar em culpa dos requerentes, porquanto não aceitaram que o volume do som fosse diminuído, eis que a requerida, antes de alugar seu espaço, deveria providenciar todas as autorizações exigidas por lei para a realização de evento com música no horário noturno.

Desta forma, não há que se falar em excludente de responsabilidade pelo que prevê o parágrafo único da cláusula 10ª, no sentido de que a extrapolação do limite do som, que levasse à quebra da paz do ambiente, seria causa para o encerramento do evento.

Com efeito, trata-se de cláusula abusiva, que não detalha claramente o termo "limite do som" e "quebra da paz do ambiente", e que demonstra, ainda, que a requerida tinha ciência de que a música poderia chamar atenção das autoridades legais e implicar no encerrado da festa, já que não possuía autorização legal de funcionamento após às 22:00h.

Ademais, não é possível conceber que os requerentes não se indignassem com a diminuição da música que animava sua festa de casamento, exigindo que o som fosse retomado.

Trata-se o caso de relação de consumo, em que os requerentes, como consumidores, contrataram os serviços e o espaço da requerida para celebração de uma grande festa, com mais de 150 convidados, buffet e música para promover a animação dos Convidados.

Nesse viés, era dever da requerida se adequar às normas legais para oferecer evento de tamanha grandeza e importância aos contratantes, respondendo pelos danos

causados por sua inércia.

Com relação aos danos materiais, estão configurados pelo encerramento do evento antes do horário contratado, posto que o tempo de duração do evento compõe, evidentemente, o preço do contrato.

Em que pese a cerimônia de casamento tenha sido adiantada para as 20:30h, tenho que o espaço e os serviços deveriam ser oferecidos até as 04:00h da madrugada, com possibilidade inclusive de prorrogação, nos termos do contrato.

Isso porque o contrato não especificou claramente que o evento obrigatoriamente teria duração de seis horas, ainda que fosse adiantado ou atrasado o horário de início.

Portanto, há que se considerar que o evento teve início antes do horário previsto (22:00h) por mera liberalidade da requerida.

Quando ao horário em que se encerrou a festa, os depoimentos são contraditórios: enquanto as testemunhas convidadas da festa (Breno dos Reis, Jollivan Almeida e Antonio Reginaldo) afirmam que o encerramento ocorreu aproximadamente à 01:00h da madrugada, com a chegada da Polícia Militar, os prestadores de serviço no local (Luiz Carlos de Santana e Diogo Luiz de Paula), apontam que a festa foi finalizada às 03:00h.

Considerando que restou incontroverso que a polícia compareceu ao local inicialmente por volta da 01:00h da madrugada, chamando atenção dos convidados e determinando que o som fosse baixado, como de fato ocorreu, tenho que o dano material deve ser calculado a partir desse horário, quando a festa deixou de fluir normalmente.

Deste modo, a festa de casamento foi interrompida três horas antes do horário de duração contratado, pelo que cabe a indenização de R$ 500,00 por hora, eis que o preço da hora foi especificado previamente pelo contrato, cuja atualização inicia-se a partir da assinatura do contrato, quando houve desembolso da entrada.

Não há que se falar em restituição da metade do valor pago, eis que os depoimentos nos autos comprovam que quando o infortúnio ocorreu o jantar já havia sido servido, tendo a requerida cumprido grande parte do contrato, o que deve ser considerado pelo juízo.

Constatou-se que, naquele momento, os convidados se concentravam para confraternizar na pista de dança, a partir de quando não existiam outros serviços a serem oferecidos, além do serviço de garçom, limpeza e DJ.

No que se refere à possibilidade de prorrogação da festa, não há que se incluir no montante indenizatório, eis que se trata de evento futuro, sem a certeza de que realmente ocorreria.

Por sua vez, quando aos danos morais, além de serem evidentes no caso, também foram comprovados pelos depoimentos das testemunhas convidadas da festa, que presenciaram a situação vexatória e frustrante que os requerentes experimentaram.

Nesse passo, o fato de se interromper a festa abruptamente, três horas antes do término programado, pela irregularidade no funcionamento do espaço, sendo o som e as luzes da pista de dança desligados quando ainda haviam convidados, demonstra a situação constrangedora a que foram submetidos, violando seu direito personalíssimo.

Ressalto que o fato de haverem elogios à festa nas redes sociais não afastam a situação humilhante a que foram submetidos os requerentes, vez que o ato ilícito foi comprovado nos autos.

Saliento, outrossim, não ser crível pensar que o acontecimento descrito teve efeitos restritos ao âmbito do mero aborrecimento, vez que, se assim o fosse, consagrar-se-ia a violação do dever de cuidado pela requerida.

Nesse prisma, verificada a ocorrência dos danos morais, advindos de conduta ilícita praticada pela requerida, e levando-se em conta o claro nexo de causalidade, é cabível a indenização pretendida, de forma que passo à fixação do valor do quantum indenizatório.

No que toca ao valor da indenização por dano moral, deve ele ser fixado à luz do princípio da razoabilidade, uma vez que não existem critérios legais definidos para fixação da verba indenizatória nestas hipóteses.

Deve-se arbitrar o montante devido de acordo com as peculiaridades de cada caso, levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, o grau de culpa, a potencialidade e a extensão do dano causado. Neste aspecto, tem-se que há de ser levada em conta a situação econômica dos requerentes, bem como o montante do prejuízo moral sofrido, cujo trauma pela frustração de não ter ocorrido a festa perfeita, como planejado pelo casal, será revivido durante toda a sociedade conjugal.

Também se leva em consideração o fato de que a indenização não há de se tornar meio de enriquecimento por parte dos requerentes, eis que não se trata de loteria, mas sim de reparação por um dano sofrido, aplicando-se ainda em relação ao dano extrapatrimonial o princípio indenizatório.

Acresce-se, ainda, entender-se que a indenização tem também caráter educativo e repressivo, posto que visa não somente ressarcir o dano, mas ainda evitar que a requerida dê azo a novos fatos similares, sem implicar isto em dupla apenação pelo mesmo ato.

É esse o ensinamento que se abstrai da doutrina:

"Todavia, a compensação da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência de seu ato lesivo. Esse confronto de forças, de um lado a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança pela compensação recebida e do outro o lesionador que punitivamente paga pelos seus atos inconseqüentes, é forma de o Estado agir para conseguir o equilíbrio de forças antagônicas. (Clayton Reis. Dano Moral. Forense, 1991, p. 82.)"

Entendimento esse, aliás, mantido ainda por nosso Tribunal de Justiça em decisão mantendo sentença de lavra desse juízo em caso similar:

"AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CADASTRO DE CONTROLE DE CRÉDITO - INSCRIÇÃO - INDEVIDA - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE ATENDIDO - REGIMENTAL IMPROVIDO. ***Em ação de indenização por dano moral, o arbitramento, como assinalado em diversa oportunidades, deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da lesão, e deve servir também como medida educativa, obedecendo sempre aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.*** (DJ-MS nº 563, pág. 17, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Unânime. Negritamos)*."*

Neste aspecto, há de se considerar a capacidade econômica da requerida, fator a ser correlacionado com o caráter repressivo anteriormente citado.

Levando-se em conta tais parâmetros, e que a indenização não há de ser pequena a ponto de menosprezar o dano sofrido nem grande a ponto de configurar enriquecimento ilícito, é justa a fixação da indenização em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), valor sobre o qual incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados da publicação desta sentença (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) , eis que na fixação da presente indenização já se levou em conta o valor atualizado para a data da sua prolação.

Saliente-se, por derradeiro, que a fixação dos danos morais não pode ser utilizada como critério de sucumbência, consoante dispõe a súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, ante a sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais deverão ser suportadas por ambas as partes, na proporção de 80% pela requerida e 20% pelos requerentes, bem assim os honorários advocatícios, que seguem fixados nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, hei por bem julgar parcialmente procedentes os pedidos conditos na inicial, para os fins de: 1) condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), sobre o qual incidem correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de 1% ao mês, ambos contados da assinatura do contrato de prestação de serviço; 2) condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária pelo IGPM/FGV e juros de 1% ao mês, ambos contados da publicação da Sentença.

Outrossim, condeno a requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, na razão de 80%, bem assim ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono contrário, fixados no percentual de 20% do valor atualizado da condenação (itens 1 e 2).

Condeno os requerentes ao pagamento de 20% restantes das custas e despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, no percentual de 10% do valor atualizado atribuído aos danos materiais, descontada a parte em que os autores foram vencedores.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Oportunamente, arquivem-se."

Do recurso interposto por Mara Regina Marçal Vieira Ceolin

A apelante requer a reforma da sentença objurgada, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais. Subsidiariamente requer a redução da quantia fixada a título de indenização por danos morais e materiais e redistribuição dos ônus de sucumbência.

Pois bem. Verifica-se que o contrato de locação temporária e de prestação de serviços de buffet firmado entre as partes (f. 11-13), previu que a locação do local destinava-se a um evento para 150 (cento e cinquenta) pessoas, a ser realizado no dia 10/11/2012, sendo que o local deveria ser disponibilizado com 06 (seis) horas de antecedência ao início do evento (cláusula 08ª), com início previsto para às 22 hs término às 04:00 hs (parágrafo único da cláusula 2ª), bem como que para cada hora excedente seria cobrado o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), a ser pago em até 72 horas após o termino do evento (cláusula 3ª).

No parágrafo único da cláusula 10 do contrato, restou consignado que:

"Parágrafo único: ***o contratante desde logo declara ter ciência inequívoca e concordar com duas condições para o encerramento do evento,*** *quais sejam, de que*

> *eventual briga ou confusão ou dano causado durante o evento, seja pelo contratante ou seus convidados ou prestadores de serviços por ele contratado, e de que* ***quando extrapolado o limite de som, motivos estes que impossibilitem o bom andamento do evento por quebra da paz do ambiente, será causa para o imediato encerramento do evento, sem qualquer valor a ser indenizado pela contratada ao contratante****."* (destaquei)

O Alvará de funcionamento do local, juntado à f. 60, estabelece como horário de funcionamento o período das 06 h às 22h.

Em seu depoimento, a testemunha Diogo Luiz de Paula (f. 194-198), contratado na ocasião pelo casal de noivos para trabalhar como DJ, afirmou que geralmente o contrato de locação do local é até as 22 horas, sendo que no referido evento a festa foi até as 03 horas, momento em que foi interrompido por determinação da polícia militar, em razão do volume do som. Afirmou que o som foi abaixado quando os policiais estavam na frente do local, mas que quando saíram o depoente aumentou o volume em nível normal para festas semelhantes e que em nenhum momento o volume foi estrondoso; que os convidados pediam para aumentar o volume, mas "*o volume ficava baixo o tempo todo na verdade"*. Relatou que a festa já estava acabando naturalmente, pois já havia sido servido o jantar e o bolo, razão pela qual já não haviam muitos convidados.

A testemunha Gilberto R. dos Santos Saldanha (f. 199-201), afirmou que é cerimonial e que chegou na festa na ocasião em que a polícia compareceu pela primeira vez ao local. Que a polícia compareceu por três vezes em razão do volume do som. Relatou que, segundo informações de sua equipe, a noiva insistia o tempo todo com o DJ para que o som fosse aumentado.

A testemunha Luis Carlos de Santana (f. 190-193), afirmou que cerimômia de casamento foi realizada no local e durou uns 40 minutos. Relatou que estava prestando serviços na festa e foi quem recebeu os policiais militares nas três ocasiões, mas não participou da conversa, apenas chamou a requerida/apelante Mara para atendê-los. Na primeira vez deixou a recorrente Mara conversando com os policiais e foi pedir ao DJ para abaixar o som conforme determinado pelos policiais; que posteriormente a requerente/apelada Gabriela aumentou o som. Sustentou que na segunda ocasião também foi solicitado que o som fosse diminuído e na terceira oportunidade, os policiais disseram que não iriam tolerar mais e que era para terminar a festa.

A testemunha Jollivam Almeida Portela afirmou que a cerimônia de casamento iniciou-se por volta das 21 horas e a festa iniciou-se às 22 horas; não sabe quem atendeu os policiais militares na primeira oportunidade em que estiveram no local, mas após, por ser policial militar e conhecido do noivo, resolveu ir para fora do estabelecimento saber o motivo da intervenção policial, tendo sido informado que a festa deveria ser suspensa pois não havia alvará de funcionamento e que o evento não poderia continuar, mesmo que o som fosse abaixado; que desconhece que tenha ocorrido alguma reclamação quanto ao volume do som; que não se lembra de ter visto se foi servido o jantar e que o bolo de casamento não foi cortado. (f. 187-189)

Antonio Reginaldo Vargas da Costa (f. 236), afirmou que ocorreram dois apagões devido a uma sobrecarga elétrica; que o jantar começou a ser servido às 23:30 horas e que por volta da 01:00 h, quando estavam sendo servidos os docinhos aos convidados, a Polícia Militar compareceu pela primeira vez ao local informando que a vizinhança estava reclamando do volume do som e que queriam verificar a documentação referente à festa. Expôs que os policiais permitiram que a festa continuasse desde que fosse diminuído o volume do som, pois foram informados que se tratava de uma festa de casamento, todavia retornaram meia hora após. Afirmou que a noiva não interferiu no aparelho de som e acha pouco provável que poderia fazê-lo, pois para mexer em um equipamento profissional tem que possuir conhecimento específico. Relatou que na 3º (terceira) intervenção da PM, o depoente foi verificar o motivo do retorno dos policiais, tendo-lhes

sido informado que a ordem era para encerrar a festa, momento em que o pessoal da organização começou a desligar as luzes e retirar os serviços, pondo fim ao evento, mesmo ainda existindo convidados no local; que a noiva estava arrasada e chorando e o noivo estava sendo contido pelos parentes.

A testemunha Breno dos Reis Martins afirmou que não viu quem atendeu os policiais, mas que surgiram duas conversas entre os convidados, uma em relação ao alvará e outra com relação ao Ecad; que a festa foi encerrada quando os convidados iam começar a interagir com os noivos, as danças etc; que após o encerramento da festa, ao ver a frustração da noiva, os convidados ainda cogitaram de fazer um batuque ou tocar um violão, mas foram impedidos, sendo-lhe dito que era para encerrar a festa.

Pois bem. A meu ver a sentença invectivada não merece reparos.

Conforme visto, as testemunhas afirmaram que o encerramento do evento se deu em razão do volume do som e/ou da irregularidade no alvará, entretanto, como se observa do depoimento prestado pela testemunha Diogo Luiz de Paula, contratado como DJ da festa, embora alguns convidados tenham interferido no volume do som, este em nenhum momento foi estrondoso, bem como foi mantido "*baixo o tempo todo*" e que em outras festas o som era tocado no mesmo volume e a polícia nunca interferiu (f. 194-198).

Assim, conforme bem observado pelo juízo monocrático, ainda que eventualmente algum convidado possa ter interferido no volume do som, o fator determinante para o encerramento da festa de casamento dos requerentes/apelados foi a irregularidade do alvará de funcionamento do local, que permitia a realização dos eventos somente até as 22 horas, pois *"não é dado à autoridade policial, sem ordem judicial, determinar o encerramento de um evento simplesmente pelo barulho, se o espaço tiver todas as autorizações para funcionamento e promoção de festas com som mecânico."*

Demais disso, o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que é abusiva, dentre outras, as cláusulas contratuais que exonerem o fornecedor quanto a eventuais vícios do produto ou serviço ou que impliquem em renúncia ou disposição de direitos; que restrinjam direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato; que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, onerando-o excessivamente, considerando a natureza e conteúdo do contrato, os interesses das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. Veja-se:

> *"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *(...)*
>
> *I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;*
>
> *(...)*
>
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;*
>
> *(...)*
>
> *XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor*

> *(...)*
>
> *§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:*
>
> *(...)*
>
> *II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;*
>
> *III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*
>
> *(...)"*

Assim, ainda que o contrato tenha previsto que eventual responsabilidade pelo término do evento em razão da extrapolação do limite de som e/ou quebra da paz do ambiente, seria dos contratantes, resta clara a sua abusividade posto que, além de não estar definido claramente no contrato o termo *limite de som* e *quebra do contrato*, referida cláusula coloca o consumidor em desvantagem excessiva, haja vista o interesse das partes e circunstancias peculiares ao caso, em que o objeto do contrato diz respeito a uma festa de casamento, em que, por certo, se espera que haja música durante todo o evento, assim como o baile dos noivos e momento de dança para os convidados.

Outrossim, nem há que se dizer que a interrupção da festa por determinação policial não tenha causado dano moral aos requerentes, ora apelados, haja vista a importância/significado do evento (festa de casamento) para eles.

A propósito, em que pese a argumentação da apelante, no sentido de que na página do *facebook* da recorrida existem somente mensagens de elogio em relação à festa, tem-se que tais comentários são mais que naturais e esperados, pois é certo que os amigos e familiares dos noivos que presenciaram o momento em que a festa foi interrompida, seja por solidariedade e/ou educação, jamais iriam fazer qualquer comentário que pudesse deixá-los tristes e constrangidos, relembrando momentos desagradáveis.

Destarte, mostra-se escorreita a sentença que condenou a requerida/apelante ao pagamento de danos morais e materiais em favor dos apelados.

Em relação ao *quantum* da indenização por danos morais, que, ressalte-se, deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, deve levar em consideração o dano causado à vítima, a conduta do réu e a situação econômica das partes, de modo que não deve ser excessivo, a fim de evitar um enriquecimento ilícito da vítima, nem colocar o réu em situação de insolvência, tampouco deve ser tão ínfimo, sob pena de não surtir nenhum efeito educativo e/ou punitivo, o que poderia até mesmo estimular a reincidência.

Neste sentido:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CIVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NEGATIVAÇÃO INDEVIDA - COBRANÇA TAXA ADESÃO PARA CANCELAMENTO DO PLANO - DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO - QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO - RECURSO IMPROVIDO. Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.* (Relator(a): Des. Joenildo de Sousa Chaves; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/10/2012; Data de registro: 01/04/2013)"

> *"EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - DÍVIDA QUITADA - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - VALOR FIXADO RAZOÁVEL - RECURSO NÃO PROVIDO. A indevida inscrição de nome nos cadastros de proteção ao crédito por dívida já quitada configura ato ilícito a ensejar o direito à indenização pelos danos morais, os quais dispensam de provas em juízo (dano in re ipsa). O dano moral deve ser fixado de maneira equitativa e em conformidade com as circunstâncias do caso, não podendo ser irrisório, de maneira que nada represente para o ofensor, nem exorbitante, de modo a provocar o enriquecimento sem causa por parte da vítima.* (Relator(a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/07/2014; Data de registro: 18/07/2014)"

Assim, a quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao ofendido um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que o ofensor reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

No caso vertente, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes, bem como os prejuízos suportados pelos apelados, entendo que a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixada na sentença recorrida, se mostra adequada, devendo, portanto, ser mantido os seus termos.

Em relação à quantia fixada a título de danos materiais, verifica-se que se trata de matéria arguida por ambas as partes, razão pela qual será analisada de forma conjunta.

A parte requerente argumenta que o valor da indenização por danos morais deve corresponder a 50% do valor do contrato (R$ 27.000,00), uma vez que previa a duração de 06 (seis) horas de festa, sendo que esta foi interrompida com o comparecimento da Policia Militar, que determinou que o som fosse abaixado, após decorrido apenas 03 (três) horas de festa.

A parte requerida, por sua vez, aduz que o valor deve ser fixado em R$ 500,00 (quinhentos reais), uma vez que a Polícia Militar compareceu ao local após ter decorrido 05 (cinco) horas do início do evento, sendo o encerramento deste somente foi determinado às 03:00 horas da madrugada, ou seja, 01 (uma) hora antes do horário previsto no contrato.

Pois bem. Verifica-se do contrato firmado entre as partes que restou ajustado o valor de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais) pela locação do local e serviço de buffet, cujo evento teve o início previsto para às 22:00 horas e término para às 04:00 horas. Consignou, ainda, que o local seria disponibilizado com 06 (seis) horas de antecedência, bem como que para cada hora excedente seria cobrada a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Consoante bem observado pelo juízo de primeira instância, verifica-se que o contrato não consignou que o evento teria obrigatoriamente seis horas de duração, tanto que previu a possibilidade de prorrogação do horário de festa bem como que o evento iniciou-se antes do horário previsto (22:00 hs) por mera liberalidade da parte requerida.

Outrossim, conforme consta dos depoimentos testemunhais, a cerimônia de casamento dos requerentes (que não é objeto do contrato) foi realizada no mesmo local da realização do evento, tendo iniciado-se por volta das 20:30 a 21:15 horas e que teria durado por volta de 45 minutos.

Assim, denota-se que o evento contratado iniciou-se no horário previsto (22:00 h) ou em horário muito próximo deste.

De acordo com as testemunhas, a Polícia Militar teria interrompido a festa por volta da 01:00 hora da madrugada, ou seja, após decorrido aproximadamente 03 (três) horas de festa, determinando que o som fosse reduzido e, por volta das 03:00 horas da madrugada, foi determinado o encerramento da festa.

Posto isso, a meu ver, mostra-se escorreito o entendimento do Magistrado *a quo*, que considerou o período a ser indenizado, a partir da 01:00 hora da madrugada, posto ter sido o horário em que a festa foi interrompida pela primeira vez, chamando a atenção dos convidados, fazendo com que o evento deixasse de fluir normalmente.

Também mostra-se correto o entendimento exposto na sentença, no sentido de que no horário em que a festa foi interrompida já havia sido cumprido a maior parte do serviço de buffet contratado, visto que nesse horário já havia sido servido o jantar, doces, dentre outros e os convidados se concentravam na pista de dança, ocasião em que restavam a ser prestados apenas serviços de garçom, DJ e limpeza.

Portanto, não se mostra razoável fixar o valor da indenização em porcentagem sobre o valor do contrato, conforme entende a parte requerente, devendo ser mantido o entendimento exposto pelo Magistrado *a quo,* no sentido de ser fixado o valor previsto para cada hora de prorrogação da festa (R$ 500,00), uma vez que, caso houvesse referida prorrogação, seriam devidos os mesmos serviços de garçom, DJ e limpeza.

Destarte, também neste ponto mantenho todos os termos da sentença.

Por todo o exposto, conheço dos recursos de apelações interpostos pelas partes requerente e requerida e nego-lhes provimento, mantendo incólume a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora.

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, 20 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800958-64.2015.8.12.0018 - Paranaíba
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SERVIDOR PÚBLICO AFASTADO DO CARGO EM FUNÇÃO DE MANDATO ELETIVO – GRATIFICAÇÃO POR DEDICAÇÃO EXCLUSIVA – NATUREZA *PRO LABORE FACIENDO* – RECURSO NÃO PROVIDO.

No caso concreto verificou-se que, em razão de lecionar em área rural, o autor recebia o adicional de dedicação exclusiva somente nos meses efetivamente trabalhados, restando demonstrado que possui caráter *propter laborem*, razão pela qual não integra a remuneração a que possui direito durante o afastamento em função de mandato classista.

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, 20 de março de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Antonio Marcos Ferreira da Silva, inconformado com a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada em face do Município de Paranaíba-MS, apela a este Tribunal.

Afirma, em síntese, que lecionou por um período na zona rural e, para tanto, recebia o adicional de gratificação autorizado por Lei Municipal. No entanto, afastou-se do cargo em que era concursado para exercer a função de presidente sindical do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Paranaíba – Sindispar e a partir de então o apelado passou a reduzir a remuneração do apelante, alegando a necessidade do efetivo exercício na função para receber o adicional requerido, tese adotada pelo juízo *a quo*.

Assinala que o artigo 143-A da Lei Orgânica do Município de Paranaíba garante ao servidor público no exercício de mandato eletivo de sindicato o recebimento de sua remuneração, sem nenhum tipo de redução.

Aduz que a garantia do recebimento da remuneração correspondente ao cargo também encontra suporte nos arts. 8 e 37, VI, da Constituição.

Salienta que a remuneração corresponde à soma do salário contratualmente estipulado com outras vantagens percebidas, como horas extras, adicionais, gratificações, diárias, entre outros, não restando

dúvida, portanto, que, no caso em tela, a redução da gratificação decorrente das aulas lecionadas na zona rural é ilegal e inconstitucional.

Ressalta que os documentos juntados às f. 21-23 compravam que a própria municipalidade posicionou-se pela não redução da remuneração do requerente, cancelando-a, posteriormente.

Assevera que pelo Decreto datado de 24/08/2015, juntado à f. 88, o apelado autorizou o pagamento de 100% da gratificação devida ao autor/apelante, ainda que afastado em razão do cargo sindical. Assim, considerando-se que a aludida autorização ocorreu quando o processo já estava em trâmite, resta demonstrado que o apelado reconheceu o direito do recorrente ao recebimento da referida gratificação, negando-se, todavia a efetuar o pagamento da gratificação devida no período de janeiro a agosto de 2015.

Ao final, pugna pela reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido inicial, condenando o apelado ao pagamento retroativo da gratificação da função devida ao apelante no período de janeiro a agosto do ano de 2015.

Contrarrazões às f. 115-120.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de Agravo de Instrumento, interposto por Antonio Marcos Ferreira da Silva, contra a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada em face do Município de Paranaíba-MS.

A sentença recorrida restou assim redigida:

> *"(...)*
>
> *Ante o exposto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar improcedente o pedido formulado na inicial.*
>
> *Resolvo o mérito da demanda, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil e condeno a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, suspendendo, todavia, a exigibilidade de tais verbas, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.*
>
> *Com o trânsito em julgado, proceda-se conforme determinado na Ordem de Serviço 001/2015.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se."*

Passo à análise do recurso.

O apelante afirma, em síntese, fazer jus ao recebimento retroativo, referente ao período de janeiro a agosto do ano de 2015, da gratificação por lecionar em área rural, não podendo sua remuneração ser reduzida por estar no exercício de mandato eletivo de sindicato.

Pois bem. O art. 143-A, da Lei Orgânica do Município de Paranaíba, dispõe:

> *(...)*

Art. 143-A. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo de sindicato, aplicam-se as seguintes disposições:

I – é vedada a dispensa do servidor sindicalizado, a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave, nos termos da lei;

II – o servidor investido no mandado de representação sindical será afastado do cargo, emprego ou unção, em livre negociação da representação sindical, sendo garantidas a remuneração e contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais;

(...)"

Por sua vez, a Lei Complementar Municipal n. 051/2011 - que *"Dispõe sobre o Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Município de Paranaíba-MS"* -, estabelece que:

"Capítulo VI

Da Jornada de Trabalho

Seção I

Da Constituição da Jornada de Trabalho Docente

Artigo 42. Os ocupantes de cargos docentes para desempenhar as atividades previstas nesta Lei Complementar, ficam sujeitos à seguinte jornada de trabalho:

I – jornada de 20 (vinte) horas semanal, sendo 13 (treze) horas de atividades com alunos e 07 (sete) oras de trabalho pedagógico, sendo as atividades desenvolvidas com alunos aproximadas para 16 (dezesseis) hora/aula e as horas atividade para 8 (oito)horas-aula.

Parágrafo 1º. O professor de Educação Infantil e Ensino Fundamental, anos iniciais, que trabalhar com alunos do campo e desde que atuem nos distrititos, terão dedicação exclusiva com carga horária de 40 (quarenta) horas, considerando as dificuldades de acesso e as peculiaridades do ensino.

Parágrafo 2º. O professor de ensino fundamental, anos finais, que trabalhar com alunos do campo e desde que atuem nos distritos, poderão ter jornada máxima de 20 horas ou mínima de 10 horas e terão dedicação exclusiva de 100% sobre a sua carga horária.

Parágrafo 3º. Professores que trabalham com alunos do campo, na zona urbana, não terão direito a jornada mencionada nos parágrafos anteriores, ficando estipulado adicional de 50% a título de remuneração, considerando as peculiaridades do ensino.

Parágrafo 4º. Os Diretores e Coordenadores Pedagógicos, que trabalharem nas escolas localizadas nos distritos do município, farão jus ao percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre seus vencimentos.

Artigo 43 - Aos ocupantes de função docente aplicar-se-á carga horária e não as jornadas de trabalho docente previstas nesta Lei Complementar.

Parágrafo único. Entende-se por carga horária o conjunto de horas aula e de horas atividade cumpridas pelo ocupante de função docente.

Artigo 44. Os docentes sujeitos a jornadas previstas nesta Lei Complementar poderão exercer carga suplementar de trabalho, quando da necessidade de substituição em período contrário.

Parágrafo 1º. Para efeito de cálculo de remuneração mensal o mês será considerado como de 4,5 (quatro e meia) semanas.

Parágrafo 2º. Para efeito de cálculo de tempo, considera-se a hora aula equivalente a 50 (cinquenta) minutos, para atender a todas as modalidades de ensino, podendo ser de 60 (sessenta) minutos a sua duração para atender outras especificidades da Educação Básica.

(...)

Capítulo VII

(...)

Seção II

Da Remuneração

Artigo 50. A Secretaria de Educação, Cultura e Desporto, juntamente com o setor financeiro da Prefeitura Municipal de Paranaíba, definirá anualmente o piso salarial ou salário-base, respeitando as Leis Federal, Estadual e Municipal dos integrantes do Quadro do Magistério do Município de Paranaíba, com base nos recursos financeiros aplicados em educação, em especial o Fundeb.

Artigo 51. A remuneração dos integrantes do Quadro do Magistério será constituída do piso salarial não inferior ao salário-base nacional, resguardada a proporcionalidade da carga horária da jornada estabelecida.

(...)

Artigo 62. Será assegurado afastamento sem prejuízo de remuneração ao integrante do magistério em efetivo exercício do cargo, nos casos de:

I - Mandato classista;

(...)"

Como se vislumbra das Leis acima transcritas, ao Servidor Público do Município de Paranaíba-MS investido no mandado de representação sindical é garantido o direito à percepção de sua remuneração, sendo que, no caso de servidor ocupante de cargo docente, a remuneração corresponde ao piso salarial, não inferior ao salário-base nacional, resguardada a proporcionalidade da carga horária da jornada estabelecida, que, por sua vez, corresponde ao conjunto de horas aula e de horas atividade cumpridas pelo ocupante de função docente.

Deste modo, resta claro que a gratificação por dedicação exclusiva se trata de vantagem *propter laborem* ou *labore faciendo,* que, por sua natureza jurídica, se faz necessário que o servidor esteja no efetivo exercício da função.

Outrossim, os holerites juntados às f. 13-17 demonstram que o autor/apelante recebeu a gratificação educação de 100% nos meses de fevereiro e março de 2013, fevereiro e março de 2014, entretanto, no mês de janeiro de 2014 (f. 15), o apelante não recebeu a referida gratificação, por corresponder ao mês de férias, conforme se pode denotar pelo adicional de 1/3 de férias lançado no holerite.

Assim, percebe-se que a referida gratificação era paga ao recorrente somente nos meses efetivamente trabalhados, confirmando que se trata de vantagem *propter laborem,* não havendo, portanto, que se falar em incorporação à sua remuneração.

A propósito:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – AFASTAMENTO PARA EXERCÍCIO DE MANDATO CLASSISTA – GRATIFICAÇÃO DE CONDIÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO - CET E PRÊMIO POR DESEMPENHO FAZENDÁRIO - PDF – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INEXISTÊNCIA.*
>
> *A Constituição do Estado da Bahia reservou a disciplina normativa da disponibilidade sindical à lei que, por sua vez, assegurou ao servidor o direito à disponibilidade para o exercício de mandato eletivo em entidade sindical sem prejuízo da remuneração do cargo permanente de que é titular.*
>
> *Por remuneração do cargo permanente, deve-se entender as parcelas remuneratórias que são inerentes ao exercício do cargo independentemente de qualquer condição uma vez que as vantagens pecuniárias condicionadas ao cumprimento de requisitos específicos estabelecidos em lei somente são devidas enquanto persistirem os motivos excepcionais e transitórios que justificaram a sua concessão.*
>
> *Nos termos do artigo 3º da Lei Estadual nº 6932/96 e da Lei Estadual nº 7800/2001 com a redação em vigor à época da impetração, o servidor do Estado da Bahia perde o direito ao recebimento da Gratificação por Condições Especiais de Trabalho - CET e do Prêmio por Desempenho Fazendário - PDF quando afastado do exercício do cargo, exceto nas hipóteses expressamente mencionadas de afastamento computado como de efetivo exercício, dentre as quais não se incluía a disponibilidade para o exercício de mandato eletivo em entidade sindical.*
>
> *Recurso ordinário a que se nega provimento.* (RMS 30.667/BA, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012)
>
> *RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – LICENÇA PARA O EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DE SINDICATO – GRATIFICAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE RESULTADOS – GPR – NATUREZA PRO LABORE FACIENDO – RECEBIMENTO – IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *A Gratificação de Participação de Resultados - GPR tem natureza pro labore faciendo, pois foi instituída com o objetivo de incentivar o servidor em efetivo exercício na Secretaria da Fazenda na realização de resultados decorrentes do cumprimento de metas de arrecadação de tributos.*
>
> *O servidor afastado para o exercício de mandato classista tem direito à contagem de tempo de serviço, mas não faz jus às vantagens pro labore faciendo, em especial a GPR.*
>
> *Recurso ordinário improvido.* (RMS 29.440/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 13/10/2009)

Destarte, tratando-se de gratificação *propter laborem*, mantenho os termos da sentença invectivada, que julgou improcedente a pretensão do apelante.

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 do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 20 de março de 2018.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0843950-91.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015 – AUTOAPLICABILIDADE.

Com o advento da Emenda Constitucional 87/2015, os estados destinatários, independentemente do adquirente que lá reside ser contribuinte ou não do ICMS, receberão a diferença entre a alíquota do estado destinatário e a interestadual, no intuito de melhor equalizar a aplicação do tributo.

De acordo com o art. 3º da EC 87/15, passou a vigorar a Emenda na data de sua publicação (16 de abril de 2015), produzindo efeitos somente no ano subsequente, observada a anterioridade nonagesimal, ou seja, os efeitos foram admitidos a partir do início ano de 2016 (01/01/2016). Trata-se de norma autoaplicável, independente de regulamentação posterior pelos Estados.

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, 18 de dezembro de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Cnova Comércio Eletrônico S/A e outro interpuseram apelação cível (f. 229/252) contra sentença (f. 215/218) proferida no mandado de segurança impetrado contra ato do Superintendente da Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul. O juiz denegou a segurança.

Sustentaram que, até que novo regramento de apuração e recolhimento de ICMS possa ser aplicado, as operações que destinam bens a consumidor final não contribuinte do imposto localizado no Estado do destinatário, estão sujeitas à incidência da alíquota interna do local de origem, conforme art. 155, § 2º, VII, b, da Constituição Federal. Afirmaram, com a edição de EC nº 87/2015, que modificou a redação da mencionada norma, a competência para exigência do ICMS em tais operações foi alterada, constituindo obrigação jurídico-tributária antes não existente. Dessa forma, por tratar-se de obrigação de recolhimento de imposto que, até então, não estava prevista na legislação pertinente, deve ser observado o princípio da anterioridade tributária. Argumentaram que Lei (MS) nº 4.743/2015 representa o ato normativo pelo qual foi instituída a novel obrigação de ICMS no Estado do Mato Grosso do Sul, de modo que é a data de

sua edição (e nem mesmo a da EC 87/2015) que deve ser tomada como marco para o cômputo do prazo nonagesimal. Pleitearam o provimento do recurso, a fim de que sejam dispensados do recolhimento do ICMS previsto na Lei (MS) nº 4.743/2015 entre 1º/01/2016 e 19/01/2016.

O apelado deixou transcorrer o prazo sem apresentar contrarrazões (f. 262).

A representante do Ministério Público Estadual emitiu parecer pelo não provimento da apelação (f. 270/280). Afirmou não ter a Lei Estadual nº 4.743/2015 instituído ou majorado o imposto, motivo pelo qual não deve obediência ao princípio da anterioridade tributária. Afirma ser a Emenda Constitucional autoaplicável, com vigência imediata e independente de regulamentação por lei.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de apelação cível interposta por Cnova Comércio Eletrônico S/A e outro contra sentença proferida no mandado de segurança impetrado contra ato do Superintendente da Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul. O juiz denegou a segurança.

Sustentaram, até que novo regramento de apuração e recolhimento de ICMS possa ser aplicado, as operações que destinam bens a consumidor final não contribuinte do imposto localizado no Estado do destinatário, estão sujeitas à incidência da alíquota interna do local de origem, conforme art. 155, § 2º, VII, b, da Constituição Federal. Pleitearam o provimento do recurso, a fim de que sejam dispensados do recolhimento do ICMS previsto na Lei (MS) nº 4.743/2015 entre 1º/01/2016 e 19/01/2016.

Fundamentação

A sentença deve ser mantida.

Por meio da Emenda Constitucional n. 87/2015, foram alterados os incisos VII e VIII do §2º do art. 155 da Constituição Federal, conforme a seguir:

> *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)*
>
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte: (...)*
>
> *VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;*
>
> *VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:*
>
> *a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)*
>
> *b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) (...)*

Logo, os estados destinatários, independentemente do adquirente que lá reside ser contribuinte ou não do ICMS, sempre receberão a diferença entre a alíquota do estado destinatário e a interestadual, no intuito de melhor equalizar a aplicação do tributo. A norma não instituiu ou majorou imposto, mas versou sobre a distribuição do ICMS entre os estados.

Conforme art. 3º da EC 87/15, passou a vigorar a Emenda na data de sua publicação (16 de abril de 2015), produzindo efeitos somente no ano subsequente, observada a anterioridade nonagesimal[1], ou seja, os efeitos foram admitidos a partir do início ano de 2016 (01/01/2016).

Os recorrentes argumentam que Lei Estadual nº 4.743/2015 representa o ato normativo pelo qual foi instituída a novel obrigação de ICMS no Mato Grosso do Sul, de modo que é a data de sua edição (e nem mesmo a da EC 87/2015) que deve ser tomada como marco para o cômputo do prazo nonagesimal.

Sem razão, contudo, pois a norma constitucional é autoaplicável, ou seja, não depende de regulamentação posterior pelos Estados. E houve declaração expressa do momento em que passou a produzir efeitos.

Reconhecidamente, os tributos previstos na Constituição Federal são instituídos e majorados mediante norma do ente tributando, por exemplo, cabe ao Estado criar Lei que disponha sobre o ICMS (art. 155, II, Constituição Federal). E, para tanto, deve ser observado o princípio tributário da anterioridade nonagesimal.

Ocorre que a Lei Estadual 4.743/2015, publicada em 22/10/2015, não instituiu ou majorou imposto. Apenas adequou a antiga Lei Estadual 1.080/1997 ao previsto na Emenda Constitucional, motivo pelo qual não deve ser considerada marco inicial para fins de aplicabilidade da matéria ora discutida.

Dispositivo

Ante o exposto, 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. 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, 18 de dezembro de 2017.

***

1 Constituição Federal. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: (...) c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (...).

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1410252-77.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – EXIGÊNCIA DE TRÊS ANOS DE ATIVIDADE JURÍDICA PRÉVIA – CONSIDERAÇÃO DA NATUREZA EMINENTEMENTE JURÍDICA DA FUNÇÃO DESEMPENHADA – RAZOABILIDADE.

Em consonância com precedente do Supremo Tribunal Federal, a atividade jurídica prévia, exigida para posse no cargo de defensor público, não se limita à função privativa de bacharel em direito, sendo suficiente a demonstração do cunho eminentemente jurídico.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Mauricio Augusto Barbosa impetrou mandado de segurança contra ato do Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na eliminação do XVII Concurso Público para ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul, por não ter comprovado o exercício de 03 anos de atividade jurídica anteriormente à nomeação.

Sustentou que o termo 'atividade jurídica' deve ser interpretado em sentido amplo, abarcando qualquer atividade de cunho jurídico. Desse modo, pretende seja considerada a função de Técnico Administrativo por ele exercida no Ministério Público do Estado de Mato Grosso, ainda que de nível médio.

A autoridade coatora e o Estado de Mato Grosso do Sul apresentaram informações às f. 762/768 e 880/883, respectivamente. Ambos afirmaram que a prática de atividade jurídica deve ocorrer em cargo que exija nível superior.

O representante do Ministério Público Estadual emitiu parecer pela concessão da segurança (f. 887/893). Alegou serem aplicáveis os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso, de modo que, por ter natureza jurídica a função desempenhada pelo impetrante, deve ser considerada como atividade jurídica, permitindo-se sua posse no cargo para o qual foi aprovado.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mauricio Augusto Barbosa contra ato do Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na eliminação do XVII Concurso Público para ingresso na Carreira de Defensor Público Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul, por não ter comprovado o exercício de 03 anos de atividade jurídica anteriormente à nomeação.

Sustenta que o termo 'atividade jurídica' deve ser interpretado em sentido amplo, abarcando qualquer atividade de cunho jurídico. Desse modo, pretende seja considerada a função de Técnico Administrativo por ele exercida no Ministério Público do Estado de Mato Grosso, ainda que de nível médio.

Fundamentação

A segurança deve ser concedida.

Consoante art. 59, § 5º, I, e § 6º, da Lei Complementar Estadual 111/2005, o candidato nomeado deverá demonstrar, na posse, que conta com, no mínimo, três anos de atividade jurídica. Configura atividade jurídica: o efetivo exercício da advocacia, o desempenho de cargo, emprego ou função de nível superior, eminentemente jurídico, e o cumprimento de estágio de direito.

A referência a "três anos de atividade jurídica", contida na norma, não pode se limitar à atividade privativa de bacharel em Direito ou de outro ensino superior, sob risco de ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em consonância com precedente do Supremo Tribunal Federal, basta a demonstração do cunho eminentemente jurídico da função (STF. 1ª Turma. MS 27601/DF, Rel. Minº Marco Aurélio, julgado em 22/9/2015 - Info 800).

Se a atividade é exercida por estagiário ou por técnico sem nível superior, mas engloba atos que competem à esfera judiciária, fica atendida a finalidade da norma (interpretação teleológica), de possibilitar o acesso ao cargo público daqueles que se mostram aptos ao seu exercício.

Na hipótese, o impetrante foi aprovado e demonstrou ter preenchido os requisitos para a posse, como: o título de bacharel em direito, recebido em 2011, o êxito na perícia médica e aprovação na prova da Ordem dos Advogados do Brasil (f. 33, 51 e 98).

Ademais, comprovou os três anos de atividade jurídica pelas certidões de f. 90, 94 e 98, que indicam ter exercido, entre 2011 e 2017, a função de técnico administrativo do Ministério Público Estadual. Apesar de não se exigir ensino superior em direito para o desempenho do cargo, ele abrange a prática reiterada de atos de cunho eminentemente jurídico, tais como: assessoramento aos membros do Ministério Público, atuação em processos judiciais e extrajudiciais, entre outros.

Neste contexto, o ato praticado pela autoridade coatora fere o mencionado princípio da razoabilidade e a finalidade da norma, ao desconsiderar a natureza jurídica da atividade desempenhada pelo impetrante, após tornar-se bacharel em direito, impedindo sua nomeação.

Portanto, deve ser concedida a segurança, a fim de garantir a nomeação do candidato.

Dispositivo

Ante o exposto, em consonância com o parecer ministerial, concedo a segurança, a fim de determinar à autoridade coatora que garanta a posse do impetrante no cargo de Defensor Público Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

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 e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0804298-80.2014.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – AUSÊNCIA DE DOLO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – EXONERAÇÃO VOLUNTÁRIA IMINENTE AO CONHECIMENTO DA IRREGULARIDADE – SERVIÇOS CUMULADOS PRESTADOS COM EXCLUSIVIDADE E DE FORMA ADEQUADA.

A demonstração de ausência de dolo e de prejuízo ao erário na cumulação de dois cargos públicos exercidos com prestação exclusiva e de forma adequada, com cargas horárias diversas, sem prejuízo no desempenho das atividades, bem como com exoneração voluntária iminente ao conhecimento da irregularidade conduz à improcedência dos pedidos contidos na ação civil pública por improbidade administrativa.

Recurso 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 e contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação às f. 615/632 contra a sentença (f. 594/608) de improcedência dos pedidos em ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada contra Mauro Botelho Rocha e Alexandre do Carmo Taques Vasconcellos.

Sustenta a cumulação indevida de cargo público pelo réu Alexandre do Carmo Taques Vasconcellos (assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário/MS e gerente de proteção e defesa do consumidor no Procon de Corumbá/MS). Afirma o recebimento de gratificação por dedicação exclusiva do Município de Corumbá e que seu pedido de exoneração teria ocorrido após advertência do Promotor de Justiça durante o inquérito civil. Assim a conduta do réu se amoldaria ao disposto no art. 9º, XI e art. 11, I, ambos da Lei nº 8.429/92.

Argumenta também a prática de ato de improbidade administrativa pelo réu Mauro Botelho Rocha (presidente da Câmara Municipal de Ladário à época), consistente no art. 10, I e art. 11, I, ambos da Lei nº

8.429/92. Isso porque seria de seu conhecimento a cumulação indevida de cargos pelo outro réu, porém isso não o impediu de indicar e nomear o outro no cargo de assessor jurídico da Câmara Municipal.

Pede a reforma da sentença para condenação dos réus nas sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Contrarrazões às f. 635/639 e certidão de decurso de prazo sem apresentação de contrarrazões à f. 640.

O Ministério Público Estadual opinou às f. 648/659 pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para condenar os réus na conduta do art. 11, I, da Lei nº 8.429/92.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação às f. 615/632 contra a sentença (f. 594/608) de improcedência dos pedidos em ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada contra Mauro Botelho Rocha e Alexandre do Carmo Taques Vasconcellos.

Sustenta a cumulação indevida de cargo público pelo réu Alexandre do Carmo Taques Vasconcellos (assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário/MS e gerente de proteção e defesa do consumidor no Procon de Corumbá/MS). Afirma o recebimento de gratificação por dedicação exclusiva do Município de Corumbá e que seu pedido de exoneração teria ocorrido após advertência do Promotor de Justiça durante o inquérito civil. Assim a conduta do réu se amoldaria ao disposto no art. 9º, XI e art. 11, I, ambos da Lei nº 8.429/92.

Argumenta também a prática de ato de improbidade administrativa pelo réu Mauro Botelho Rocha (presidente da Câmara Municipal de Ladário à época), consistente no art. 10, I e art. 11, I, ambos da Lei nº 8.429/92. Isso porque seria de seu conhecimento a cumulação indevida de cargos pelo outro réu, porém isso não o impediu de indicar e nomear o outro no cargo de assessor jurídico da Câmara Municipal.

Pede a reforma da sentença para condenação dos réus nas sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Mauro Botelho Rocha e Alexandre do Carmo Taques Vasconcellos.

O réu Alexandre fora nomeado para cargo em comissão de assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário, no período de 1º de janeiro de 2011 a 08 de maio de 2012. Todavia, constatou-se com a instauração de inquérito civil que além de assessor jurídico da Câmara Municipal, o réu também exercia cargo de gerente de proteção e defesa do consumidor no Procon de Corumbá (desde 30/08/2010) recebendo gratificação para exercer exclusivamente essa função.

Por sua vez, o réu Mauro, ex-presidente da Câmara Municipal de Ladário indicou e nomeou Alexandre para o cargo de assessor jurídico, com conhecimento do exercício de outro cargo por aquele e sem observar a vedação da cumulação de cargos prevista no art. 37, XVI, da Constituição Federal.

Por isso, o autor pediu a condenação dos réus por práticas de atos de improbidade administrativa previstos nos art. 9º, XI, art. 10, I, e art. 11, I, todos da Lei nº 8.429/92 nas respectivas sanções do art. 12 da LIA.

A magistrada julgou improcedente os pedidos. O Ministério Público Estadual pede a reforma da sentença.

Na hipótese, o *Parquet* sustenta o enquadramento da conduta dos réus nos art. 9º, XI, art. 10, I, e art. 11, I, todos da Lei nº 8.429/92:

> *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:*
>
> *(...)*
>
> *XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei;*
>
> *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
>
> *I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*
>
> *Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*
>
> *I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;*

Quando se trata de responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/92, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário.

De acordo com a Portaria nº 011/2011, de 01 de janeiro de 2011, Alexandre do Carmo Taques Vasconcellos foi nomeado para exercer o cargo em comissão de assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário (f. 46). Por outro lado, foi admitido no cargo em comissão de gerente de proteção e defesa do consumidor do Município de Corumbá em 30/08/2010 (f. 59).

É incontroverso que o réu Alexandre exerceu, concomitantemente, ambos cargos desde a nomeação ao cargo de assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário em 01/01/2011 até sua exoneração a pedido em 08/05/2012 (f. 47).

Todavia, na hipótese não há comprovação da lesão ao erário (conduta tipificada no art. 10 da LIA) e tampouco do dolo genérico (consciência e vontade do agente praticar os elementos objetivos do tipo) na conduta dos réus.

Isso porque conforme apurado na instrução do processo, ambos os réus somente se sujeitaram à nomeação de Alexandre no cargo de assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário por acreditarem não existir prejuízo para o exercício de ambos os cargos.

Conforme se demonstrou, o cargo de gerente de proteção e defesa do consumidor do Município de Corumbá era exercido por Alexandre das 07:30h às 11:30h e das 13:30 às 17:30h, de segunda a sexta-feira (f. 48, 113/117). Por sua vez, o cargo de assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário era exercido somente às terças e quintas-feiras, das 18h às 20h (f. 43, 91/107).

Nesse contexto, o deslocamento de um município para outro contíguo e extremamente próximo (aproximadamente 6,7 km de distância de um centro ao outro), com o efetivo exercício de ambos os cargos sem prejuízo de um em relação ao outro e cargas horárias não coincidentes, evidenciam a ausência de lesão ao erário (porque o réu prestou efetivo serviço sem nenhum prejuízo para os cofres públicos – art. 10 da LIA) e afastam o dolo na conduta dos réus em praticar atos de improbidade administrativa gerador de enriquecimento ilícito e infringente aos princípios da Administração Pública (art. 9º e art. 11, ambos da Lei nº 8.429/92).

Outrossim, apesar do recebimento de gratificação por dedicação exclusiva no cargo de gerente de proteção e defesa do consumidor do Município de Corumbá, f. 143/148, tão logo o réu Alexandre obteve conhecimento da impossibilidade de acumulação dos cargos (após comparecimento perante o representante do Ministério Público Estadual em sede de inquérito civil), requereu sua exoneração do cargo em comissão de assessor jurídico da Câmara Municipal de Ladário.

Ademais, não obstante a cumulação de duas funções por determinado período pelo réu, está demonstrado nos autos a sua dedicação integral e adequada para cada função desempenhada – fator que não pode deixar de ser considerado e ratificador da presença da atenção exclusiva aos cargos desempenhados.

Saliente-se, a razão da Lei nº 8.429/92 e do art. 37, § 4º, da Constituição Federal constitui-se em reprimir condutas ilegais qualificadas pela imoralidade que atente contra a probidade administrativa, não sendo suficiente para a caracterização do ato ímprobo a mera ilegalidade. Ou seja, o preceito normativo objetiva punir o agente desonesto, não o inábil.

Por isso, embora ilegal a conduta dos réus, não se mostra como ímproba ou que desatende ao disposto no art. 4º da Lei 8.429/92 ou no art. 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal[1], justamente em razão da ausência do dolo.

Não se pode considerar como improbidade a simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ – PRESTAÇÃO EFETIVA DE SERVIÇO PÚBLICO – MODICIDADE DA CONTRAPRESTAÇÃO PAGA AO PROFISSIONAL CONTRATADO – INEXISTÊNCIA DE DESVIO ÉTICO OU DE INABILITAÇÃO MORAL PARA O EXERCÍCIO DO MUNUS PÚBLICO – CONFIGURAÇÃO DE MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA.*

1 Art. 4° Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.
Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)
§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

1. "A Lei nº 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento." (Nesse sentido: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.) *2. Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público. (Precedente: REsp 996.791/PR, Rel. Minº Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 27.4.2011.) Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1245622/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/06/2011, DJe 24/06/2011)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS FEDERAIS – EDIFICAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE SOLÂNEA-PB – ELEMENTO SUBJETIVO – CARACTERIZAÇÃO – SÚMULA 7/STJ – AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DAS IRREGULARIDADES COMO ATOS DE IMPROBIDADE.

1. Trata-se na origem de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal e pela FUNASA objetivando a condenação dos ora recorridos por atos de improbidade praticados durante a execução do Convênio 1.388/2002, celebrado entre o Município de Solânea/PB e o Ministério da Saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde, tendo por objeto a construção de sistema de esgotamento sanitário.

2. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação a conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

4. Quanto à existência do elemento subjetivo o v. acórdão recorrido coonsignou que, "após uma detida análise de todo arcabouço probatório constante nos autos, percebo que, apesar dos esforços do MPF para fiscalizar a correta aplicação de verbas públicas e tentar instruir o presente processo de forma satisfatória para garantir a procedência do seu pleito, não se pode enquadrar em ato de improbidade quaisquer irregularidades cometidas pelo administrador e sem a devida demonstração do elemento subjetivo - má-fé- sob pena de se banalizar tal instituto" (f. 1.284, e-STJ).

*5. Na esteira da lição deixada pelo eminente Minº Teori Albino Zavascki, "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (*AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/09/2011).

6. Ausente hipótese de evidente afastamento descuidado do elemento subjetivo

> *pelo Tribunal a quo, modificar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.*
>
> *7. Recurso Especial não provido.* (REsp 1544726/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 11/10/2016)

Por isso, a improcedência dos pedidos deve ser mantida.

Dispositivo

Ante o exposto, contra o parecer, conheço do recurso de apelação interposto e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 07 de fevereiro de 2018.

***

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0803068-05.2016.8.12.0017/50000 - Nova Andradina
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 22, I, CONSTITUIÇÃO FEDERAL – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ELEITORAL – DISPOSITIVO QUE TRATA DA LICENÇA DE SERVIDOR JUNTO À ADMINISTRAÇÃO QUANDO EM EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLÍTICA E REMUNERAÇÃO – RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE SERVIDOR E O ÓRGÃO ONDE PRESTA SUAS FUNÇÕES – NÃO VERIFICADA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – INCIDENTE REJEITADO.

O Direito Eleitoral dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental

Por sua vez, a licença é ato puramente administrativo e que se caracteriza por ser vinculado e definitivo por meio do qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividade ou a realização de fatos materiais.

Não obstante a competência para legislar sobre Direito Eleitoral seja privativa da União, o dispositivo de lei municipal que versa sobre a licença do servidor público quando em exercício de atividade política não versa sobre matéria eleitoral propriamente dita, mas sobre licença e remuneração do servidor junto ao Órgão onde presta suas funções, não havendo, portanto, qualquer inconstitucionalidade formal a ser reconhecida.

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade rejeitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, contra o parecer, julgar improcedente o incidente, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran

Campo Grande, 22 de novembro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do artigo 125 da Lei Complementar Municipal de Nova Andradina nº 42/2002, suscitado no bojo da Apelação Cível nº 0803068-

05.2016.8.12.0017, pelos Desembargadores membros da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo consta, os suscitantes entenderam que

> *"Além de limitar direito já garantido por norma federal, a legislação municipal feriu a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, conforme disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. É notória, portanto, a configuração de inconstitucionalidade formal do dispositivo local, uma vez que usurpou a competência da entidade estatal, o que, por si só, afronta o princípio do pacto federativo".*

Aduziram, ainda, que

> *"a restrição ofende o próprio princípio do sufrágio universal, vez que inibe o gozo de plena cidadania pelos servidores municipais de Nova Andradina. Nesta realidade, não possuindo garantia de receber sua remuneração, gerando possível prejuízo para a subsistência própria e de sua família, o funcionário municipal sentiria-se desmotivado a concorrer em eleição. Desta feita, confirmando-se afronta ao princípio do pacto federativo, do sufrágio universal e presente inconstitucionalidade por vício de forma, em razão da competência ser privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, tem-se que o disposto no art. 125, da Lei Complementar Municipal, nº 42/2002 é inconstitucional".*

Ao fim, determinaram a suspensão do trâmite da Apelação Cível até que seja analisada a constitucionalidade do dispositivo mencionado.

Vindos os autos conclusos, determinou-se a intimação do Município de Nova Andradina e do Sr. Josenildo Nascimento para manifestação no feito, e, após, a intimação do Ministério Público para prolação de parecer (f. 08).

O interessado Josenildo Nascimento, impetrante do Mandado de Segurança, manifestou-se à f. 16/19. Alegou, em síntese, que o art. 125 da Lei Complementar Municipal nº 42/2002 é inconstitucional porquanto, no seu entender, tal lei viola o disposto no art. 22, inciso I, da Constituição Federal, haja vista que compete privativamente à União legislar sobre Direito Eleitoral, não podendo os municípios legislar sobre questões específicas em matérias privativas da União.

Argumentou, ainda, que o conteúdo de tal dispositivo contraria a legislação federal que, ao tratar do assunto, no art. 1º, II, da Lei Complementar nº 64/90, garantiu ao servidor público o direito de concorrer às eleições, desde que se desincompatibilize dentro do prazo de 03 (três) meses, sem prejuízo da remuneração.

O Município de Nova Andradina, embora intimado, não se manifestou (f. 22).

O Ministério Público (PGJ), por sua vez, opinou pela declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 125 da Lei Complementar Municipal nº 42/2002, do Município de Nova Andradina, MS (f. 26/32).

VOTO (EM 20/09/2017)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade do artigo 125 da Lei Complementar Municipal de Nova Andradina nº 42/2002, suscitado no bojo da Apelação Cível nº 0803068-05.2016.8.12.0017, pelos Desembargadores membros da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme relatado, os suscitantes alegaram que

> *"Além de limitar direito já garantido por norma federal, a legislação municipal feriu a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, conforme disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. É notória, portanto, a configuração de inconstitucionalidade formal do dispositivo local, uma vez que usurpou a competência da entidade estatal, o que, por si só, afronta o princípio do pacto federativo".*

Aduziram, ainda, que

> *"A restrição ofende o próprio princípio do sufrágio universal, vez que inibe o gozo de plena cidadania pelos servidores municipais de Nova Andradina. Nesta realidade, não possuindo garantia de receber sua remuneração, gerando possível prejuízo para a subsistência própria e de sua família, o funcionário municipal sentiria-se desmotivado a concorrer em eleição. Desta feita, confirmando-se afronta ao princípio do pacto federativo, do sufrágio universal e presente inconstitucionalidade por vício de forma, em razão da competência ser privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, tem-se que o disposto no art. 125, da Lei Complementar Municipal, nº 42/2002 é inconstitucional".*

Pois bem. Como se sabe, o controle de constitucionalidade das leis segundo o arcabouço normativo pátrio pode ser feito de duas formas: direta ou incidental, dispondo a Constituição Federal, em relação ao último caso, que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma legal somente pode ser feita, em órgão colegiado, pela maioria absoluta de seus membros ou de seu Órgão Especial, consoante prevê o art. 97, *in verbis*: "*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*".

Sobre esse mesmo tema, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 10, do seguinte teor:

> *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".*

Certo é que a submissão da análise de inconstitucionalidade de lei ao Órgão Especial somente deve ocorrer nas hipóteses em que a turma ou a câmara acolher a alegação. A propósito, leciona Alexandre Freitas Câmara[1]:

Ademais, é de se recordar que o incidente de arguição de inconstitucionalidade só é suscitado quando ao órgão fracionário parece ser inconstitucional a norma jurídica que incide sobre a hipótese, o que se dá em razão da exigência constitucional de que a inconstitucionalidade das leis e atos normativos seja reconhecida pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou de seu órgão especial.

Feitas tais considerações, cumpre analisar a questão colocada sob exame. Entenderam os suscitantes que o artigo 125 da Lei Complementar Municipal nº 42/2002 é inconstitucional por afrontar o princípio do pacto federativo, o sufrágio universal, além de padecer de vício de forma, em razão da competência ser privativa da União para legislar sobre direito eleitoral.

O acórdão restou assim ementado:

> *APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - LICENÇA REMUNERADA PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO DE VEREADOR - LEI MUNICIPAL SOBRE DIREITO ELEITORAL - COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - REMUNERAÇÃO DEVIDA*

1 **Lições de Direito Processual Civil**, vol. II, 10. ed., p. 44

DURANTE O AFASTAMENTO - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL - ARTIGO 97, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SÚMULA VINCULANTE Nº 10, DO STF - REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL - CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

Evidenciada a existência de lei municipal com possível inconstitucionalidade formal em face da Carta Magna, deve tal inconstitucionalidade ser submetida ao órgão especial em razão da cláusula de reserva de plenário.

Por sua vez, o alegado artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, dispõe que é competência privativa da União legislar sobre direito eleitoral, *in verbis*:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

A Lei Complementar Municipal nº 42/2002 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da administração direta, das autarquias e fundações públicas do Município de Nova Andradina e dá outras providências (f. 18 e ss).

O artigo questionado assim preleciona:

"Art. 125. O servidor candidato a cargo eletivo terá direito a licença remunerada durante o período que mediar entre a sua escolha, em convenção partidária, e o décimo dia seguinte ao das eleições que tiver concorrendo".

Tal dispositivo não revela uma inovação por parte da legislação municipal, ao contrário, possui idêntica disposição na Lei Estadual e Federal atinente aos servidores públicos.

Assim é que a Lei nº 1.102/90, no seu artigo 157, dispõe:

"O funcionário candidato a cargo eletivo terá direito a licença remunerada, como se em efetivo exercício estivesse, durante o período que mediar entre a sua escolha, em convenção partidária, e o décimo dia seguinte ao das eleições".

Por sua vez, o artigo 86 da Lei nº 8.112/90 enuncia:

"O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral".

Consoante lição de Hely Lopes Meirelles[2], a licença

"(...) é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividade ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular (...)".

Celso Antônio Bandeira de Mello[3], por sua vez, leciona que a licença é "ato administrativo vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos".

Com efeito, as disposições versam sobre um ato administrativo (a licença) na hipótese em que o servidor público pretende exercer alguma atividade política.

2 **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. Malheiros.

3 **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. Malheiros.

O ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providência jurídicas complementares da lei (a título de lhe dar cumprimento) e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional[4]. Ou, ainda, é toda manifestação de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria[5].

Não obstante os fundamentos lançados no acórdão que submeteu a questão à análise deste Órgão Especial, referidos dispositivos estão, em verdade, dispondo sobre licença e remuneração do servidor público (municipal) quando em exercício de atividade política, no presente caso quando estiver concorrendo a cargo eletivo municipal. Não se trata, pois, de legislar sobre direito eleitoral, mas de dispor sobre a condição do servidor, dentro do órgão público em que integra, quando for concorrer a um cargo eletivo.

A relação jurídica, nesse caso, é entre o servidor e o Órgão Público onde exerce suas funções, não entre o servidor e a Justiça Eleitoral.

Conforme se extrai da doutrina, o Direito Eleitoral dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental[6]. Preocupa-se com a hígida forma de escolha dos representantes dos cargos eletivos, a partir da opção manifestada pelos titulares da democracia participativa e representativa, na concepção adotada pela Constituição Federal.

Por sua vez, Djalma Pinto *apud* José Jairo Gomes[7] ensina que o Direito Eleitoral "*disciplina a criação dos partidos, o ingresso do cidadão no corpo eleitoral para a fruição dos direitos políticos, o registro das candidaturas, a propaganda eleitoral, o processo e a investidura no mandato eletivo*".

O mesmo autor pondera, inclusive, que há intenso intercâmbio do Direito Eleitoral e do Direito Administrativo (tal qual ocorre com a norma questionada). Segunda consta, são pontos convergentes além da organização e do funcionamento da Justiça Eleitoral, a extensa ação administrativa concernente ao preparo e à gestão do processo eleitoral, e o aproveitamento de conceitos fundamentais como poder de polícia, agente público, servidor público, probidade. Deveras, a organização do corpo eleitoral é inteiramente regulada por normas administrativas.

A norma questionada não versa sobre quaisquer dessas questões, tampouco sobre princípio federativo ou sufrágio, ao contrário, seu núcleo está intrinsecamente ligado ao servidor junto à Administração e à sua remuneração enquanto no exercício atividade política. Tanto é assim que existe disposição na mesma lei sobre licença-maternidade e em nenhum momento se cogita que se está a tratar de Direito do Trabalho, também de competência legislativa privativa da União.

Com efeito, a divergência travada nos autos da Apelação Cível nº 0803068-05.2016.8.12.0017 recai entre a Lei Municipal nº 42/2002 de Nova Andradina e a Lei Complementar 64/90 porquanto alega o recorrente que o dispositivo da lei municipal vem de encontro à legislação eleitoral porquanto limita o alcance do direito à percepção integral dos vencimentos, uma vez que restringe a garantia ao determinar como termo inicial para a fruição da remuneração a data da escolha em convenção partidária.

4 Celso Antônio Bandeira de Mello. Obra citada

5 Hely Lopes Meirelles. Obra citada

6 Fávila Ribeiro *apud* Joel José Cândido, **Direito Eleitoral Brasileiro,** f. 23.

7 **Direito Eleitoral**. 7 ed. Revista, atualizada e ampliada. Editora Atlas.

Salvo melhor juízo, trata-se de conflito entre lei local e lei federal cuja análise, ao menos em primeiro estudo, competiria ao Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário, conforme dicção do artigo 102, III, "d", vejamos:

> *"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".*

Ante o exposto, contra o parecer, rejeito o incidente de arguição de inconstitucionalidade. De acordo com o artigo 507, § 1º, do RITJMS, após a publicação deste acórdão, determino o retorno dos autos ao órgão suscitante para apreciação da causa.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Desembargador Dorival Moreira dos Santos, após o relator, acompanhado dos Desembargadores Fernando Mauro e Júlio julgarem improcedente a arguição. Os demais aguardam. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Julizar Barbosa Trindade.

VOTO (EM 08/11/2017)

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (3º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar os elementos de convicção constantes dos autos.

Consoante relatado, trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do artigo 125 da Lei Complementar Municipal de Nova Andradina nº 42/2002, suscitado no bojo da Apelação Cível nº 0803068-05.2016.8.12.0017, pelos Desembargadores membros da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais alegaram que

> *"Além de limitar direito já garantido por norma federal, a legislação municipal feriu a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, conforme disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. É notória, portanto, a configuração de inconstitucionalidade formal do dispositivo local, uma vez que usurpou a competência da entidade estatal, o que, por si só, afronta o princípio do pacto federativo". Aduziram, ainda, que "a restrição ofende o próprio princípio do sufrágio universal, vez que inibe o gozo de plena cidadania pelos servidores municipais de Nova Andradina. Nesta realidade, não possuindo garantia de receber sua remuneração, gerando possível prejuízo para a subsistência própria e de sua família, o funcionário municipal sentiria-se desmotivado a concorrer em eleição. Desta feita, confirmando-se afronta ao princípio do pacto federativo, do sufrágio universal e presente inconstitucionalidade por vício de forma, em razão da competência ser privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, tem-se que o disposto no art. 125, da Lei Complementar Municipal, nº 42/2002 é inconstitucional".*

Após análise, cheguei às mesmas conclusões externadas no voto do relator, que rejeitou o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O artigo que se pretende declarar inconstitucional é o art. 125, da Lei Complementar Municipal nº 42 de 26 de junho de 2002, que foi assim redigido:

> *"Art. 125. O servidor candidato a cargo eletivo terá direito a licença remunerada durante o período que mediar entre a sua escolha, em convenção partidária, e o décimo dia seguinte ao das eleições que tiver concorrendo."*

Referido artigo trata da possibilidade de concessão de licença para desempenho de atividade política para servidor público, matéria afeta à remuneração de servidores, assunto de interesse local previsto no art. 30, I, da Constituição Federal[8] e de cunho administrativo, não se verificando a alegada usurpação da competência da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal.

Importa mencionar que o artigo em questão trata-se de reprodução fiel do art. 157, da Lei Estadual nº 1.102/90 e art. 86, da Lei Federal 8.112/90, que dispõem:

> *Da Licença para o Desempenho de Atividade Política*
>
> *Art. 157. O funcionário candidato a cargo eletivo terá direito a licença remunerada, como se em efetivo exercício estivesse, durante o período que mediar entre a sua escolha, em convenção partidária, e o décimo dia seguinte ao das eleições.*
>
> *Da Licença para Atividade Política*
>
> *Art. 86. O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.*
>
> *§ 1º O servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, dele será afastado, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito.*
>
> *§ 2º A partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, assegurados os vencimentos do cargo efetivo, somente pelo período de três meses.*

Outrossim, apesar da divergência do artigo 125, da Lei Complementar Municipal nº 42/02 face ao teor do art. 1º, II, *l,* da Lei Complementar nº 64/90[9], verifica-se que esta lei, na verdade, estabelece os casos de inelegibilidade, de acordo com o art. 14, §9º, da Constituição Federal, enquanto que as hipóteses de ''licenças para atividades políticas'' são regidas pela Lei Federal 8.112/90 e Lei Estadual nº 1.102/90.

Por fim, a Constituição Federal estabeleceu que os Tribunais dos Estados farão o controle de constitucionalidade da norma municipal tendo como parâmetro a Constituição Estadual. Logo, o Tribunal de Justiça não tem competência para julgar a constitucionalidade de norma municipal em confronto com a Carta Magna, como no presente caso.

Tanto é assim que, como lançado no voto do relator, tratando-se:

> *"(...) de conflito entre lei local e lei federal cuja análise, ao menos em primeiro estudo, competiria ao Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário, conforme*

8 Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;

9 Art. 1º São inelegíveis:
II - para Presidente e Vice-Presidente da República:
I) os que, servidores públicos, estatutários ou não,»dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

> *dicção do artigo 102, III, "d", vejamos: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".*

Diante do exposto, acompanho o voto proferido pelo relator para rejeitar o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. João Maria Lós. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (7ª Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (12º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (13º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para próxima sessão em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan, após o relator e os demais desembargadores julgarem improcendente a ação. Abstiveram-se de votar os Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Julizar Barbosa Trindade. Ausentes, justificadamente os Desembargadores Divoncir Schreiner Maran E Paschoal Carmello Leandro.

VOTO (22/11/2017)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavanº (14º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar os elementos de convicção constantes dos autos.

Consoante relatado, trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade do artigo 125 da Lei Complementar Municipal de Nova Andradina nº 42/2002, suscitado no bojo da Apelação Cível nº 0803068-05.2016.8.12.0017, pelos Desembargadores membros da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, os quais alegaram que

> *"Além de limitar direito já garantido por norma federal, a legislação municipal feriu a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, conforme disposto no art. 22, I, da Constituição Federal. É notória, portanto, a configuração de inconstitucionalidade formal do dispositivo local, uma vez que usurpou a competência*

da entidade estatal, o que, por si só, afronta o princípio do pacto federativo". Aduziram, ainda, que "a restrição ofende o próprio princípio do sufrágio universal, vez que inibe o gozo de plena cidadania pelos servidores municipais de Nova Andradina. Nesta realidade, não possuindo garantia de receber sua remuneração, gerando possível prejuízo para a subsistência própria e de sua família, o funcionário municipal sentiria-se desmotivado a concorrer em eleição. Desta feita, confirmando-se afronta ao princípio do pacto federativo, do sufrágio universal e presente inconstitucionalidade por vício de forma, em razão da competência ser privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, tem-se que o disposto no art. 125, da Lei Complementar Municipal, nºº 42/2002 é inconstitucional".

Após análise, cheguei às mesmas conclusões externadas no voto do relator, que rejeitou o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O artigo que se pretende declarar inconstitucional é o art. 125, da Lei Complementar Municipal nº 42 de 26 de junho de 2002, que foi assim redigido:

"Art. 125. O servidor candidato a cargo eletivo terá direito a licença remunerada durante o período que mediar entre a sua escolha, em convenção partidária, e o décimo dia seguinte ao das eleições que tiver concorrendo."

Referido artigo trata da possibilidade de concessão de licença para desempenho de atividade política para servidor público, matéria afeta à remuneração de servidores, assunto de interesse local previsto no art. 30, I, da Constituição Federal[10] e de cunho administrativo, não se verificando a alegada usurpação da competência da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal.

Importa mencionar que o artigo em questão trata-se de reprodução fiel do art. 157, da Lei Estadual nº 1.102/90 e art. 86, da Lei Federal 8.112/90, que dispõem:

Da Licença para o Desempenho de Atividade Política

Art. 157. O funcionário candidato a cargo eletivo terá direito a licença remunerada, como se em efetivo exercício estivesse, durante o período que mediar entre a sua escolha, em convenção partidária, e o décimo dia seguinte ao das eleições.

Da Licença para Atividade Política

Art. 86. O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

§ 1º O servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, dele será afastado, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito.

§ 2º A partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, assegurados os vencimentos do cargo efetivo, somente pelo período de três meses.

Outrossim, apesar da divergência do artigo 125, da Lei Complementar Municipal nº 42/02 face ao teor do art. 1º, II, *l,* da Lei Complementar nº 64/90[11], verifica-se que esta lei, na verdade, estabelece os

10 Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;

11 Art. 1º São inelegíveis:
II - para Presidente e Vice-Presidente da República:
I) os que, servidores públicos, estatutários ou não,»dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

casos de inelegibilidade, de acordo com o art. 14, §9º, da Constituição Federal, enquanto que as hipóteses de "licenças para atividades políticas" são regidas pela Lei Federal 8.112/90 e Lei Estadual nº 1.102/90.

Por fim, a Constituição Federal estabeleceu que os Tribunais dos Estados farão o controle de constitucionalidade da norma municipal tendo como parâmetro a Constituição Estadual. Logo, o Tribunal de Justiça não tem competência para julgar a constitucionalidade de norma municipal em confronto com a Carta Magna, como no presente caso.

Tanto é assim que, como lançado no voto do relator, tratando-se

> *"(...) de conflito entre lei local e lei federal cuja análise, ao menos em primeiro estudo, competiria ao Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário, conforme dicção do artigo 102, III, "d", vejamos: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal".*

Diante do exposto, acompanho o voto proferido pelo relator para rejeitar o presente incidente de arguição de inconstitucionalidade.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, julgaram improcedente o incidente, 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. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, 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 e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 22 de novembro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1411909-54.2017.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – DÉBITO PROVENIENTE DE ISS – MASSA FALIDA – PENHORA EFETUADA NO ROSTO DOS AUTOS, APÓS A DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA – NÃO OFERECIMENTO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXEQUENTE REQUEREU DISPONIBILIZAÇÃO BENS A SEU FAVOR, OU, CASO A PENHORA TENHA RECAÍDO SOBRE BENS, A DESIGNAÇÃO DE DATA PARA LEILÃO/PRACEAMENTO – DECISÃO AGRAVADA – DECLINA DA COMPETÊNCIA, EM FAVOR DO JUÍZO FALIMENTAR – INADMISSIBILIDADE – ATOS EXPROPRIATÓRIOS SUJEITOS AO CRIVO DO JUÍZO FALIMENTAR – PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – MANUTENÇÃO DOS AUTOS NO JUÍZO DA EXECUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Muito embora a previsão contida na Lei de Falências e na Lei de Execução Fiscal, de que o crédito tributário excepciona o procedimento que envolve o processo falimentar, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacífico de que prosseguindo a execução até a eminência dos atos expropriatórios, estes são submetidos ao crivo do juízo universal, em observação ao princípio da preservação da empresa, garantindo, por outro lado, a satisfação do interesse do credor, vez que não fica afastada a possibilidade de posterior realização da alienação do bem constrito.

O fato de a competência para os atos expropriatórios ser exclusiva da vara falimentar, não justifica a remessa dos autos de execução para a comarca onde tramitam, eis que já efetuada a penhora no rostos dos autos falimentares. Assim, devem os autos de execução fiscal ficar sobrestados no juízo da comarca de Três Lagoas, que será informado de qualquer ato praticado pelo juízo de falências.

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, 20 de fevereiro de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Três Lagoas, irresignado com a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos daquela Comarca, nos autos da ação de execução fiscal promovida contra a Massa Falida de MD8 Têxtil LTDA, autos nº 0007776-95.2011.8.12.0021, nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *Por todo o exposto, considerando que os atos iniciais da execução fiscal já foram efetivados, restando, ademais, a prática dos atos judiciais que importem em constrição do patrimônio da empresa em situação de falência, declino da competência para o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Americana/SP, onde tramita o feito 0014288-18.2008.8.26.0019 (0019.01.2008.014288), tendo em vista que os demais atos constritivos devem se processar perante aquele Juízo.*
>
> *Sem prejuízo, materializem-se os autos (se for o caso) e encaminhem-se conforme determinado, com as cautelas necessárias".*

Alegou que a justificativa de análise do plano de recuperação judicial, utilizada para a declinação da competência é infundada, pois *"os credores públicos não fazem parte desse programa"*, e que a determinação de remessa dos autos ao Juízo de Americana/SP, além de perverter o sistema hoje contemplado, postergando ou aniquilando o recebimento do crédito exequendo; arruína a viabilidade das execuções fiscais e ignora a solução verdadeira e correta que consiste na realização do parcelamento administrativo fiscal para viabilizar o deferimento do plano de recuperação judicial; indo de encontro ao ordenamento jurídico em vigor, que determina a obrigatoriedade de apresentação das certidões negativas de créditos tributários como prévia condição para deferimento da recuperação.

Aduziu que, de acordo com o ordenamento jurídico, artigos 57 e 58 da Lei nº 11.101/05, que preveem a apresentação da Certidão Negativa de Débitos para a o deferimento da recuperação judicial, a execução fiscal estará suspensa pelo parcelamento requisitado pelo devedor, inexistindo, assim, qualquer possibilidade de ameaça ao plano de recuperação judicial ou ao processo de falência com a efetivação de penhora ou constrição de bens.

Verberou que a declinação de competência se traduz em indevida inversão da ordem legal de preferência das execuções, impedindo que o agravante obtenha a satisfação total, parcial ou mínima de seu crédito, vez que possibilita aos credores privados o esgotamento do patrimônio da devedora, confrontando a ordem legal de impedimento/autorização contida no art. 31 da Lei 6.830/80, que prevê caber ao Juízo Falimentar requerer no processo executivo fiscal a declaração de quitação da dívida ou a concordância da Fazenda Pública para a alienação de qualquer bem.

Defendeu, ainda, que a decisão gerará gravosas ofensas aos princípios regedores da ordem econômica, na medida em que outorga à agravada vantagem indevida na competição de mercado, ao continuar funcionando sem o pagamento dos seus tributos.

Requereu, por fim, o *"provimento do presente recurso de agravo a fim de que seja reformada a decisão interlocutória de f. 142/148 no sentido de declarar e manter a competência para o processamento integral de todas as fases da execução fiscal no Juízo da Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas/MS".*

Recurso isento do recolhimento do preparo, sendo atribuído parcial efeito suspensivo para determinar que os autos permaneçam no Juízo da Comarca de Três Lagoas (f. 172-78).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Três Lagoas, contra decisão proferida pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos daquela comarca, que, nos autos de execução fiscal ajuizados em desfavor de Massa Falida de MD8 Têxtil LTDA, declinou da competência para o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Americana/SP, onde tramitam os autos de recuperação judicial da executada.

Verifico o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento.

Trata-se de execução fiscal, autos nº 0007776-95.2011.8.12.0021, ajuizada pelo Município de Três Lagoas/MS em desfavor da Massa Falida de MD8 Têxtil LTDA, relativamente ao débito inscrito em dívida ativa no valor de R$ 18.632,70 (dezoito mil, seiscentos e trinta e dois reais, setenta centavos), proveniente de ISS, referente aos exercícios financeiros de 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010, valor atualizado até a data de 03.08.2011.

Foi expedida Carta Precatória para o Juízo da Comarca de Americana/SP, juízo da recuperação judicial da devedora, cuja falência foi decretada em 01.08.2012, objetivando a realização da penhora no rosto dos autos de falência nº 0014288-18.2008.26.0019, de bens suficientes para a garantia da dívida e intimação da executada na pessoa do seu administrador judicial para o oferecimento de embargos, a penhora foi efetuada, conforme Auto de Penhora (f. 98).

Dessa forma, observa-se que referida penhora foi feita (07.04.2015) após a decretação da falência (01.08.2012).

Decorreu o prazo para que o Administrador Judicial apresentasse embargos à execução (f. 154).

O Município exequente requereu, na hipótese de haver valores disponibilizados nos autos de falência que sejam revertidos em favor do exequente. Caso a penhora tenha recaído sobre bens, requereu a designação de data para leilão/praceamento (f. 157/158).

O magistrado proferiu a decisão ora agravada, nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *Por todo o exposto, considerando que os atos iniciais da execução fiscal já foram efetivados, restando, ademais, a prática dos atos judiciais que importem em constrição do patrimônio da empresa em situação de falência, declino da competência para o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Americana/SP, onde tramita o feito 0014288-18.2008.8.26.0019 (0019.01.2008.014288), tendo em vista que os demais atos constritivos devem se processar perante aquele Juízo.*
>
> *Sem prejuízo, materializem-se os autos (se for o caso) e encaminhem-se conforme determinado, com as cautelas necessárias".*

Requereu o agravante, o *"provimento do presente recurso de agravo a fim de que seja reformada a decisão interlocutória de f. 142/148 no sentido de declarar e manter a competência para o processamento integral de todas as fases da execução fiscal no Juízo da Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos da comarca de Três Lagoas/MS".*

Pois bem, conforme cediço o crédito tributário excepciona o procedimento que envolve o processo falimentar, consoante o disposto nas normas de regência:

"Lei nº 11.101/05 – Lei de Falências

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica."

"Lei nº 6.830/80 – Lei de execução fiscal

Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento

Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:(...)"

Muito embora a previsão legal acima transcrita, o Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento pacífico de que prosseguindo a execução até a eminência dos atos expropriatórios, estes são submetidos ao crivo do juízo universal, em observação ao princípio da preservação da empresa.

Com efeito, a recuperação judicial não tem o condão de suspender as execuções fiscais em andamento, porquanto a existência de penhora sobre o bem, por si só, não inviabiliza o prosseguimento das atividades econômicas do empreendimento, já que os bens seguem na posse direta do executado.

Mas a realização de leilão/hasta pública trata-se de medida mais grave, haja vista que os bens alienados são retirados da posse da executada.

Dessa forma, o STJ entende que se justifica a suspensão temporária dos atos expropriatórios, para se preservar os interesses da empresa executada e ao mesmo tempo garantindo eventual satisfação do interesse do credor, vez que não fica afastada a possibilidade de posterior realização da alienação do bem constrito.

Registra-se que a execução fiscal em si, não é suspensa, sendo somente vedados os atos judiciais que venham a reduzir o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição.

Portanto, mesmo sendo possível o prosseguimento da execução fiscal e considerando-se preferencial o crédito tributário, tais fatos não tornam automáticos a efetuação dos atos constritivos que por ventura possam prejudicar a recuperação da empresa.

Veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REALIZAÇÃO DE LEILÕES E HASTAS PÚBLICAS PARA SATISFAZER O EXECUTIVO FISCAL. MEDIDA QUE PREJUDICA O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. Constata-se que não se configura a ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "o deferimento do pedido de recuperação judicial não suspende a execução fiscal. Ressalte-se que, em sede de execução fiscal, é possível a prática de atos constritivos em face de empresa em recuperação judicial, desde que não fique inviabilizado o plano de recuperação judicial".

(AgInt no AREsp 956.853/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.12.2016) 3. In casu, o Tribunal de origem consignou expressamente que a realização de leilões e hastas públicas acarreta medidas mais gravosas, tendo em vista que retiram os bens alienados da posse da empresa executada. Tal fato justifica a suspensão temporária dos atos expropriatórios, com o objetivo de preservar os interesses da empresa executada, sem descuidar da garantia de eventual satisfação dos interesses do credor, uma vez que não se afasta a possibilidade de posterior realização da alienação do bem constrito. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 4. Ademais, revisão desse entendimento somente seria possível por meio do reexame do acervo fático-probatório existente nos autos, o que não se permite em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não provido" (Resp Nº 1.659.669/RS, Rel. Minº Herman Benjamin, julgado 02.05.2017)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83/STJ. I - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual não são adequados os atos de constrição patrimonial que possam afetar, de alguma forma, o plano de recuperação judicial da empresa, ainda que realizados em sede de execução fiscal. II - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula nº 83. III - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. IV - Agravo Regimental improvido". (AgRg no AREsp. 760.111/RS, Rel. Minº Regina Helena Costa, DJe 31.3.2016).

"RECURSO FUNDADO NO NOVO CPC/2015. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PROSSEGUIMENTO. RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Vigora no STJ o posicionamento de que, não obstante disponha a Lei nº 11.101/05 que o pedido de recuperação judicial não suspende os feitos executivos, a possibilidade de prosseguimento da execução fiscal, assim como a preferência do crédito tributário, não ensejam, de forma automática, a continuidade de todos os atos executórios, tendo em vista que não devem ser realizados atos constritivos que venham a prejudicar a tentativa de recuperação da empresa. Precedentes: AgRg no Resp 1.121.762/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 5/6/2012, DJe 13/6/2012; AgInt no AREsp 779.631/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF3ª região), Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016; AgRg no Resp 1519405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 6/5/2015. 2. Agravo interno a que se nega provimento". (AgInt no Resp 1605862/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 24.11.2016)

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. Apesar de a lei prever que o pedido de recuperação judicial não suspende o processo executivo, "submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa" (CC 114.987/SP, Rel. Minº Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 23/3/2011), de modo que a possibilidade de prosseguimento da execução fiscal bem como a preferência do crédito tributário não ensejam, automaticamente, a realização de atos constritivos que

possam prejudicar a tentativa de recuperação da empresa. Súmula 83/STJ. 2. Ressalte-se que o indeferimento do pleito de penhora da empresa no juízo do feito executivo não obsta que o exequente requeira a penhora no rosto do processo de recuperação n o juízo falimentar, pois, repisa-se, os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação submetem-se ao crivo do juízo universal. Agravo regimental improvido". (AgRg no Resp. 1.556.675/RS, Rel. Minº Humberto Martins, DJe 13.11.2015).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. REEXAME PROBATÓRIO. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o deferimento do processamento de recuperação judicial não é capaz de suspender, por si só, as execuções fiscais. Contudo, nos termos do art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/05, os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser obstados enquanto mantida essa condição (AgRg no Resp 1.519.405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 6/5/2015). 2. Não cabe, na via especial, rever entendimento da Corte de origem de que não há prova de que a penhora signifique a impossibilidade de continuidade da empresa. Inteligência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento". (AgInt no AREsp 779.631/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, DJe 24.5.2016)

Entretanto, o fato de a competência para os atos expropriatórios ser exclusivo da vara falimentar, não justifica a remessa dos autos para a comarca de Americana-SP, porquanto já efetuada a penhora no rostos dos autos falimentares. Assim, devem os autos de execução fiscal ficar sobrestados no juízo da comarca de Três Lagoas, que será informado de qualquer ato praticado pelo juízo de falências.

Dessa forma, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para determinar que os autos permaneçam no Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas.

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2018.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0805989-27.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VEÍCULO COM DEFEITO – DIVERSOS REPAROS EM CURTO LAPSO TEMPORAL – RECURSO DA COMERCIANTE – CARTEL COMERCIAL DE AUTOMÓVEIS TRÊS LAGOAS LTDA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – PEDIDO DE REDUÇÃO DOS DANOS MORAIS – PAGAMENTO DE VALORES DE ACORDO COM A TABELA FIPE – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO COMERCIANTE – APLICAÇÃO DO ART. 18 DO CDC – DEFEITO DO PRODUTO QUE COMPROMETE SUA QUALIDADE – DANO MORAL MANTIDO – RECURSO (CARTEL COMERCIAL) CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO (GENERAL MOTORS) CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O art. 13 do CDC estabelece que o comerciante somente será responsável pelo acidente de consumo quando o fabricante não puder ser identificado, quando o produto foi fornecido sem identificação clara ou quando não conservar adequadamente o produto.

A importância a ser restituída ao apelado deve mesmo corresponder ao valor de mercado do veículo, apurado segundo a Tabela FIPE, à época da reclamação do vício, para se evitar o enriquecimento sem causa dos consumidores, pois não se pode desconsiderar o período de tempo entre a aquisição do bem e a reclamação do defeito - em que eles utilizaram o bem, ocasionando consequente depreciação do automóvel.

O dano moral decorre do fato de que aquele que adquire um veículo zero quilômetro espera que o bem esteja em perfeito estado e que possa utilizá-lo pelo tempo normal, considerando o desgaste natural de suas peças, e não ser surpreendido com falhas mecânicas precoces e constantes que gerem desconforto demasiado com a produção de mau cheiro no interior do carro, curto circuito e panes elétricas.

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 de Cartel - comércio de Automóveis Três Lagoas Ltda e dar parcial provimento ao apelo de General Motors do Brasil Ltda, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 6 de março de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Cartel – Comercial de Automóveis Três Lagoas Ltda. e General Motors do Brasil interpuseram recursos de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, MS, que nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedente o pedido contido na inicial, para condenar as requeridas solidariamente, ao pagamento ao autor da quantia de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), a título de danos materiais, bem como R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais por ato ilícito praticado. Fixou os honorários advocatícios em 15% sobre o valor atualizado da condenação, devendo os autor arcar com o pagamento de 20% (vinte por cento) do equivalente desse valor, e as requeridas, solidariamente, com os 80% (oitenta por cento) remanescentes, além das custas e despesas processuais nessa mesma proporção.

No recurso da Cartel – Comercial de Automóveis Três Lagoas Ltda (f. 448/466), alega que a prova pericial e testemunhal carreada aos autos comprovam que inexiste nexo causal entre a sua conduta (que apenas vendeu o veículo) e o alegado dano sofrido pelo requerente.

Aduz que o veículo foi entregue para conserto em outra concessionária Apravel, onde se encontra até o presente momento, sendo que o conserto não foi concluído com sucesso, por falha na prestação de serviço da Apravel.

Sustenta que a concessionária Apravel é quem deve responder por eventual prejuízo experimentado pelo apelado em decorrência de falha na prestação de serviço no diagnóstico para conserto do veículo.

Alega que a legislação consumerista dispõe que responsabilidade do comerciante/vendedor ocorre se o fabricante não puder ser identificado, o que não é o caso dos autos pois a Fabricante GM foi identificada, e inclusive, integra o pólo passivo da demanda.

Requer, ao fim, o conhecimento e provimento do recurso para que os pedidos sejam julgado improcedentes. Em caso de manutenção da condenação por danos morais, pugna pela redução do valor arbitrado para R$ 5.000,00.

Por sua vez, a recorrente General Motors do Brasil (f. 470/480) aduz que não é razoável a condenação na restituição do valor do veículo em quantia equivalente a quase o dobro do valor de mercado, se levar em consideração que o apelado vem utilizando o veículo normalmente desde a sua aquisição, tendo em vista que a inconformidade não o tornou impróprio para uso.

Defende que o justo seria modificar a condenação ao pagamento de danos materiais mediante a devolução do veículo, pela restituição dos valores pagos de acordo com a tabela FIPE, na data do trânsito em julgado da decisão, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito.

Afirma que não houve dano moral, mas sim mero aborrecimento.

Pugna, ao fim, pelo conhecimento e provimento do recurso para que os pedidos sejam julgados improcedentes ou, caso mantida a condenação, seja reduzido o valor do dano moral.

As partes apresentaram contrarrazões (f. 501/513; f. 514/523; f. 524/539) e requereram o desprovimento do recurso *ex adverso*.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Cartel – Comercial de Automóveis Três Lagoas Ltda e General Motors do Brasil em face da sentença proferida pelo Juízo de Três Lagoas, MS, que nos

autos da ação por danos materiais e morais, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, para condenar as requeridas solidariamente, ao pagamento ao autor da quantia de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), a título de danos materiais, bem como a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) por danos morais por ato ilícito praticado.

Conforme relatado, a apelante Cartel – Comercial de Automóveis alega que a prova pericial e testemunhal carreada aos autos comprovam que inexiste nexo causal entre a sua conduta (que apenas vendeu o veículo) e o alegado dano sofrido pelo requerente.

Aduz que o veículo foi entregue para conserto em outra concessionária Apravel, onde se encontra até o presente momento, sendo que o conserto não foi concluído com sucesso, por falha na prestação de serviço da Apravel.

Sustenta que a concessionária Apravel é quem deve responder por eventual prejuízo experimentado pelo apelado em decorrência de falha na prestação de serviço no diagnóstico para conserto do veículo.

Alega que a legislação consumerista dispõe que responsabilidade do comerciante/vendedor ocorre se o fabricante não puder ser identificado, o que não é o caso dos autos pois a Fabricante GM foi identificada, e inclusive, integra o pólo passivo da demanda.

Requer, ao fim, o conhecimento e provimento do recurso para que os pedidos sejam julgado improcedentes. Em caso de manutenção da condenação por danos morais, pugna pela redução do valor arbitrado.

Por sua vez, a recorrente General Motors do Brasil aduz que não é razoável a condenação na restituição do valor do veículo em quantia equivalente a quase o dobro do valor de mercado, se levar em consideração que o apelado vem utilizando o veículo normalmente desde a sua aquisição, tendo em vista que a inconformidade não o tornou impróprio para uso.

Defende que o justo seria modificar a condenação ao pagamento de danos materiais mediante a devolução do veículo, pela restituição dos valores pagos de acordo com a tabela FIPE, na data do trânsito em julgado da decisão, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito.

Pugna, também, pela improcedência dos pedidos formulados ou, alternativamente, pela redução do valor arbitrado como indenização.

Os autos versam sobre ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Sérgio Feliciano Lopes, representado por Sérgio Feliciano Lopes Júnior, em face de Cartel Coml Aut. R.L. Ltda, Apravel Mato Grosso do Sul - Três Lagoas/MS e General Motors do Brasil, alegando, em síntese, que adquiriu um veículo junto a corré Cartel em 19 de agosto de 2010, com prazo de garantia de 36 (trinta e seis) meses.

Afirmou, na inicial, que referido veículo foi adquirido por Sérgio Feliciano Lopes mas é utilizado por Sérgio Feliciano Lopes Júnior, que é o destinatário final do produto, todavia, ao fazer a aquisição do bem, o fez através de seu pai. Asseverou que a empresa Cartel vendeu sua representação à Apravel e que fez todas as revisões no veículo em agência autorizada.

Conforme a inicial, em maio de 2013, negociou a venda do veículo supra com o Sr. Anderson, sendo que após referida venda o veículo apresentou defeito no câmbio, tendo sido o veículo entregue para reparos à requerida Apravel, no entanto, a empresa afirmou que não havia nenhum defeito, todavia, após 05 (cinco) dias o carro apresentou o mesmo defeito no câmbio. Alegou que em 30/07/2013 o carro foi novamente entregue para solução do problema, ainda dentro do prazo de garantia e que diante desses fatos o autor não

viu outra solução senão desfazer o negócio com o Sr. Anderson, devolvendo o valor recebido pela venda e permanecendo com o veículo.

Ponderou, ainda, que o veículo ainda está com a requerida Apravel e que o carro revelou-se defeituoso, causando-lhe prejuízos de ordem material e moral.

Após regular instrução, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, consoante acima transcrito.

Pois bem. No recurso de Cartel – Comercial de Automóveis Três Lagoas sustenta que deve ser exonerada da obrigação de indenizar, tendo em vista que o conserto do veículo ocorrera na concessionária Apravel, devendo responder por eventual prejuízo experimentado pelo apelado em decorrência de falha na prestação de serviço no diagnóstico para conserto do veículo.

No entanto, esse argumento não procede, tendo em vista que a recorrente Cartel vendeu sua representação à concessionária Apravel. Ademais, segundo consta na sentença "*Apravel apresentou defesa, na forma de contestação, às f. 59/86, suscitando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, a qual foi acolhida às f. 202/204, ocasião em que foi julgado extinto o processo, sem análise de mérito em relação a corré Apravel MS Veículos Ltda*."

De acordo com a legislação consumerista, o art. 13 do CDC estabelece que o comerciante somente será responsável pelo acidente de consumo quando o fabricante não puder ser identificado ou quando o produto foi fornecido sem identificação clara ou quando não conservar adequadamente o produto.

Ao realizar uma leitura do dispositivo citado, poder-se-ia chegar a ilação de que inexiste responsabilidade do comerciante quando não ficar caracterizado qualquer das hipóteses ventiladas nos incisos I a III.

Todavia, o intérprete não pode olvidar das regras hermenêuticas, notadamente aquela relativa à interpretação sistemática. Esta técnica informa que a extração do real significado da norma depende de um exame conjunto de dois ou mais dispositivos legais.

Assim, examinando o CDC, constata-se que, no bojo do capítulo referente aos direitos básicos do consumidor, encontra-se o parágrafo único do art. 7º que prevê a responsabilidade solidária pela reparação dos danos. Além disso, o art. 25, parágrafo primeiro, da mesma lei também prescreve a regra da solidariedade. Por fim, o parágrafo único do citado art. 13, estabelece a possibilidade da ação de regresso em favor daquele que tiver arcado com a indenização.

Diante desses dispositivos, percebe-se que o art. 13, *caput* e incisos, não exonera o comerciante da responsabilidade por defeito no produto, mas sim, prevê regras para o exercício do direito de regresso quando o comerciante pagar a indenização.

Logo, a responsabilidade do comerciante recai nos termos do art. 7º e parágrafo único e 25, § 1º). Acaso o comerciante satisfaça o pagamento da indenização em favor do consumidor e ausente qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 13, pode o comerciante, em ação de regresso, exigir do fabricante a restituição do valor pago, por expressa previsão do parágrafo único do art. 13.

Com efeito, o comerciante que solver os prejuízos causados ao consumidor, tem o direito de exigir do fabricante o pagamento referenciado. Assim, a exegese que melhor se adapta às finalidades protetivas do CDC, é aquela que confere tanto ao comerciante, como ao fabricante a responsabilidade solidária pelos danos causados ao consumidor, relegando ao comerciante a possibilidade de ação regressiva se presentes os permissivos legais.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – TEORIA DA ASSERÇÃO – RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE – ART. 13 DO CDC – CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – DANOS MORAIS – CONFIGURAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A teoria da asserção ou in status assertionis dispõe que as condições da ação devem ser apreciadas de acordo com os fatos narrados na exordial. O art. 13, caput e incisos do CDC não exonera a responsabilidade do comerciante, mas sim prevê regras para o exercício do direito de regresso quando o comerciante pagar a indenização. Assim, a exegese que melhor se adapta às finalidades protetivas do CDC, é aquela que confere tanto ao comerciante, como ao fabricante a responsabilidade solidária pelos danos causados ao consumidor - acidente de consumo. A responsabilidade do fabricante e comerciante de produtos é objetiva (art. 12 do CDC), razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe ao fornecedor reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços. E mais, além de objetiva, a responsabilidade de todos os envolvidos na prestação de serviço que produziu o dano ao consumidor é solidária por expressa determinação do parágrafo único do art. 7º e parágrafo primeiro do art. 25, ambos da Lei 8.078/90. Os fatos descritos nos autos ultrapassam os meros aborrecimentos do cotidiano e são aptos a caracterizar o dano moral passível de reparação pecuniária, diante da frustração da expectativa do consumidor quando da aquisição do produto. Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, e às particularidades do caso sub examine. O valor dos honorários advocatícios deve remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo causídico, comportando minoração apenas quando fixado em quantia exorbitante. V.v.p. Os sentimentos negativos, gerados em função da negativa de troca de produto com defeito, não levam necessariamente à indenização por danos morais, já que não foram atingidos direitos relacionados com a personalidade ou atributos da pessoa .*

Estabelecida a responsabilidade da apelante, as provas dão conta de que o veículo está com defeito. Isso porque no teste de rodagem realizado no veículo ficou constatado que o vício oculto da transmissão automática ainda persiste (f. 326/327).

Ademais, conforme se afere do laudo e se extrai da sentença, na resposta ao quesito nº 04 do requerente diz que houve falha na prestação de serviço (f. 330), já a resposta ao quesito nº 14 da requerida GM, informa que o veículo não está adequado a sua utilização (f. 335). Desta forma, verifica-se que apesar do defeito ser passível de reparo (f. 330), este ainda não fora solucionado.

Insta mencionar, ainda, que de acordo com a sentença e com o laudo pericial (f. 317/336) o prazo para o conserto de referido defeito, no mercado brasileiro, normalmente varia de 10 (dez) a 20 (vinte) dias (f. 334), o que não se verificou no caso, pois segundo as Notas Fiscais de f. 19/20 e a notificação de f. 53/55, a primeira entrada do veículo na concessionária data de 28/05/2013 e até a data da elaboração do laudo pericial, ou seja, 22/03/2016, referido conserto ainda não havia sido realizado a contento.

Ademais, referidos defeitos em transmissões automáticas, além de reduzir a confiabilidade do produto, impõe grande depreciação do veículo pela dificuldade de se reparar, conforme resposta do quesito nº 15 (f. 335/336).

As testemunhas ouvidas durante a instrução, por sua vez, corroboram o defeito no veículo e os transtornos causados ao autos, conforme transcrição na sentença de f. 422/424.

A fabricante General Motors se insurge com o valor fixado a título de dano material. Segundo ele, não é razoável a condenação na restituição do valor do veículo em quantia equivalente a quase o dobro do valor de mercado, considerando que o apelado vem utilizando o veículo normalmente desde a sua aquisição, tendo em vista que a inconformidade não o tornou impróprio para uso.

Defende que o justo seria modificar a condenação ao pagamento de danos materiais mediante a devolução do veículo, pela restituição dos valores pagos de acordo com a tabela FIPE, na data do trânsito em julgado da decisão, com o objetivo de evitar o enriquecimento ilícito.

Entendo que a importância a ser restituída ao apelado deve mesmo corresponder ao valor de mercado do veículo, apurado segundo a Tabela FIPE, à época da reclamação do vício, para se evitar o enriquecimento sem causa dos consumidores, pois não se pode desconsiderar o período de tempo entre a aquisição do bem e a reclamação do defeito - em que eles utilizaram o bem, ocasionando consequente depreciação do automóvel.

Quanto à restituição de outros valores, concernentes à IPVA e direito de comercialização do produto, registre-se que a indenização por dano material deve englobar todo o prejuízo suportado pelos consumidores em virtude do vício do produto, princípio da *restitutio in integrum*, de modo a não se dar menos do que o efetivo prejuízo sofrido.

No tocante ao dano moral, matéria contra a qual ambas as rés se insurgem, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu art. 5º, inc. V e X, a plena reparação do dano moral. (Visão Constitucional do Dano Moral apud Cidadania e Justiça vol. 6, pág. 206, publicação da Diretoria de Comunicação Social da AMB).

No entanto, "*se dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento, sob pena de ensejar a sua banalização. Só pode ser considerada como tal - conclui - a agressão que atinja o sentimento pessoal de dignidade, que, fugindo à normalidade, cause sofrimento, vexame e humilhação intensos, alteração do equilíbrio psicológico do indivíduo, duradoura perturbação emocional, tendo-se por paradigma não o homem frio e insensível, tampouco o de extrema sensibilidade, mas sim a sensibilidade ético-social comum.*"

Na hipótese vertente, o dano moral decorre do fato de que aquele que adquire um veículo zero quilômetro espera que o bem esteja em perfeito estado e que possa utilizá-lo pelo tempo normal, considerando o desgaste natural de suas peças, e não ser surpreendido com falhas mecânicas precoces e constantes que gerem desconforto demasiado com a produção de mau cheiro no interior do carro, curto circuito e panes elétricas.

Diante disso, os fatos tratados nos autos ultrapassam os meros aborrecimentos cotidianos, pelo contrário, caracteriza-se evidente dano moral aos autores que merece ser indenizado.

Por oportuno, vejamos o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – DIREITO DO CONSUMIDOR – VEÍCULO ZERO – VÍCIO DE QUALIDADE – JULGAMENTO ULTRA PETITA – INEXISTÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC – OPÇÕES ASSEGURADAS AO CONSUMIDOR – SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO POR OUTRO DA MESMA ESPÉCIE EM PERFEITAS CONDIÇÕES DE USO – ESCOLHA QUE CABE AO CONSUMIDOR – INEXISTÊNCIA DE PRODUTO SEMELHANTE EM ESTOQUE DADA A PASSAGEM DO TEMPO. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 18, § 4º, DO CD – DANO MORAL – DEFICIÊNCIA DO RECURSO. SÚMULA 284/STF*

> *– MATÉRIA CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, II, V, XXXV E XXXVII) – COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. 1. (...) 2. Nos termos do § 1º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, caso o vício de qualidade do produto não seja sanado no prazo de 30 dias, o consumidor poderá, sem apresentar nenhuma justificativa, optar entre as alternativas ali contidas, ou seja: (I) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (II) a restituição imediata da quantia paga; ou (III) o abatimento proporcional do preço....Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.* (Resp n. 1.016-519/PR, Rel. Ministro Raul Araújo Quarta Turma J. 11.10.2011 DJe 25.05.2012).

A respeito do valor, é certo que este não pode ser ínfimo, tampouco pode gerar enriquecimento sem causa ao autor, devendo, contudo, ser capaz de reparar o dano causado. *In casu*, considero o montante eleito pelo Juízo *a quo* (R$ 15.000,00) é suficiente para tal finalidade e não se revela desproporcional ou desarrazoado, motivo por que deve ser mantido.

Ante o exposto conheço e dou provimento parcial ao recurso da General Motors, no sentido de restituir os valores pagos de acordo com a Tabela FIPE, à época da reclamação, acrescido de correção monetária, pelo IGP-M/FGV desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Por sua vez, conheço do recurso de apelação interposto por Cartel – Comercial de Automóveis Três Lagoas Ltda, mas nego-lhe provimento.

Considerando o trabalho adicional realizado pelos advogados na fase recursal e o parcial provimento do recurso de uma das rés, com fulcro no artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários sucumbenciais fixados para 17% do valor da condenação, devendo o autor arcar com o pagamento de 30% desse valor e as rés com os 70% remanescentes, diante da sucumbência recíproca.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Cartel - Comércio de Automóveis Três Lagoas Ltda e deram parcial provimento ao apelo de general Motors do Brasil Ltda, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 06 de março de 2018.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001558-30.2015.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – MAUS ANTECEDENTES – PERÍODO DEPURADOR ULTRAPASSADO – IRRELEVÂNCIA – REGIME PRISIONAL – EXCESSIVO RIGOR – ABRANDAMENTO NECESSÁRIO – SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

O decurso do período depurador afasta tão somente a possibilidade de se considerar a condenação transitada em julgado para fins de reincidência, permitindo, porém a utilização da mesma para fins de negativação dos antecedentes.

Cabível o abrandamento do regime prisional quando demonstrado que aquele imposto na sentença revela-se excessivamente gravoso quando confrontado com o *quantum* da pena e as peculiaridades do caso concreto.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o acusado não preencher todos os requisitos cumulativamente elencados no art. 44, do Código Penal.

Incabível a concessão da suspensão condicional da pena quando o acusado ostenta circunstancia judicial negativa.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, para adequar o regime de cumprimento da pena para o aberto.

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 em parte por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o 1º Vogal. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Silvano Garcia Agueiro interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a 06 (seis) meses de detenção – em regime semiaberto – 30 (trinta) dias-multa e 02 (dois) meses de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, ante a prática do crime do art. 306 (embriaguez ao volante), § 1º, II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Pugna pelo afastamento dos antecedentes criminais e da reincidência para fins de abrandamento do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Alternativamente, requer a suspensão condicional da pena.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 136/143).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 151/157).

VOTO

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

Silvano Garcia Agueiro interpõe apelação objetivando a reforma da sentença que o condenou a 06 (seis) meses de detenção – em regime semiaberto – 30 (trinta) dias-multa e 02 (dois) meses de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, ante a prática do crime do art. 306 (embriaguez ao volante), § 1º, II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Aos 13 de agosto de 2015, por volta das 10h55min, na Rua Nicola Candia nº 495, Bairro Mondego, em Miranda, o acusado foi surpreendido conduzindo o veículo Fiat Uno Mille Fire, placas DFW 0153, ano 2002/2003, cor preta, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool.

Processado e condenado, busca o afastamento dos antecedentes criminais e da reincidência para fins de abrandamento do regime prisional, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ocorre que, malgrado a argumentação defensiva, deve persistir a negativação dos antecedentes, pois ainda que decorrido o período depurador do art. 64, I, do Código Penal, tal fato não impede o reconhecimento das condenações definitivas anteriores como circunstância judicial.

Este posicionamento vem sendo empregado fortemente pela jurisprudência:

> "*A condenação anterior do agente pela prática do delito previsto no art. 157, §2º, inciso II c/c art. 14, inciso II, ambos do CP, embora não possa caracterizar reincidência, em razão do decurso de lapso temporal superior a 05 anos contados entre a data do novo crime e o trânsito em julgado da sentença condenatória por crime anterior, é suficiente para macular a vida pregressa do embargante, razão pela qual agiu com acerto o voto vencedor ao valorar negativamente a circunstância judicial relativa aos antecedentes do recorrente.*" [1]

> "*Decorrido o período depurador previsto no art. 64, I, do CP, a condenação criminal transitada em julgado não mais servirá para agravar a pena a título de reincidência, entretanto, nada obsta sua valoração negativa como antecedentes criminais.*
>
> *Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis é de rigor a fixação da pena-base acima do mínimo legal.*" [2]

O Superior Tribunal de Justiça chancela referido entendimento:

> "*Em virtude da regra prevista no art. 64, inciso I, do Código Penal, as condenações penais transitadas em julgado há mais de cinco anos não prevalecem para fins de reincidência. Entretanto, podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte.*" [3]

1 TJES, EIfNu 0123323-27.2011.8.08.0012, Câm. Crim. Reunidas, rel. Des. Ewerton Schwab Pinto Junior, j. 11/03/2013, DJ 15/03/2013.

2 TJMS, Ap 0006581-81.2011.8.12.0019, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Romero Osme Dias Lopes DJ 04/02/2013.

3 HC 199.608/SP, 5ª T., rel.ª Minª Laurita Vaz, j. 06/09/2011, DJ 27/09/2011.

Entretanto, não obstante o acusado conte com a análise negativa dos antecedentes criminais, o que a princípio bastaria para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, é certo que a imposição do regime inicial de cumprimento de pena deve se dar em atenção aos propósitos da pena que, além da ressocialização, objetiva ao condenado uma reflexão acerca de seus atos e alertar aqueles que pretendem delinquir que o Estado não se coaduna com a impunidade.

Nessa esteira, não se reputa razoável a fixação do regime semiaberto, eis que a lei reserva tal gravame aos condenados a pena igual ou superior a 04 (quatro) anos de prisão, situação na qual o acusado não se encaixa, daí porque deve ser aplicado o regime aberto.

Por outro lado, e justamente por conta da existência de circunstância judicial desfavorável, mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, III, do Código Penal), sendo que pela mesma razão não há falar em suspensão condicional da pena (art. 77, II, do Código Penal).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo interposto por Silvano Garcia Agueiro para o fim de fixar o regime inicial de cumprimento de pena no aberto.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Divirjo em parte do nobre Relator para dar provimento integral ao recurso defensivo.

Entendo que a circunstância judicial dos antecedentes do apelante deve ser neutralizado.

Com efeito, maus antecedentes somente se configuram a partir da segunda condenação transitada em julgado anterior e por crime antecedente aos novos fatos, desde que não ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do Código Penal que, apesar de referir-se à reincidência, estende-se à configuração dos antecedentes negativos, sopesados o princípio da dignidade da pessoa humana e as finalidades da pena, incompatíveis com a eternização dos efeitos deletérios e estigmatizantes da atuação do Direito Penal em concreto.

Nesse sentido:

> *EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5°, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos.* (HC 142371, Relator(a): Minº Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, Processo Eletrônico DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017)

> *EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. CONDENAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06). DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. Valoração negativa da natureza e da quantidade da droga (1.240 g de crack). Admissibilidade. Vetores a serem considerados necessariamente na dosimetria, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. Valoração negativa de condenações transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos como maus antecedentes. Impossibilidade. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Precedentes. Constrangimento*

ilegal configurado. Ordem concedida. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 3. Ordem concedida tão somente para determinar ao juízo da execução competente que, afastado o aumento decorrente da valoração como maus antecedentes de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente nos autos do processo nº 02411025822-5. (STF, HC 132600, Relator(a): Minº Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, Processo Eletrônico DJe-109 DIVULG 27-05-2016 PUBLIC 30-05-2016).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM DECORRÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INCISO I DO ART. 64 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida. (STF, HC 130613, Relator(a): Minº Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, Processo Eletrônico DJe-255 DIVULG 17-12-2015 PUBLIC 18-12-2015)

Conferir também: (STF - HC 130613, Relator(a): Minº Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, processo eletrônico DJe-255 divulg 17-12-2015 public 18-12-2015; HC 130500, Relator(a): Minº Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, processo eletrônico DJe-255 divulg 17-12-2015 public 18-12-2015; HC 126315, Relator(a): Minº Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, Processo Eletrônico DJe-246 divulg 04-12-2015 public 07-12-2015, entre outros).

Feitas tais considerações, passo a nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, neutralizada a circunstância judicial dos antecedentes, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 06 meses de detenção e pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão espontânea, porém deixo de reduzir a pena-base, por entender que a reprimenda intermediária estabelecida no mínimo legal afigura-se proporcional e razoável no caso concreto.

Na terceira fase, ausentes outras moduladoras a serem apreciadas de modo que fixo a definitivamente em 06 meses de detenção e 10 (dias-multa), mantendo a suspensão da habilitação para dirigir por 02 (dois) meses.

Acompanho o nobre relator para abrandar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

Outrossim, verifico que a pena é inferior a 4 anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e o réu é tecnicamente primário, preenchendo-se os primeiros requisitos exigidos nos incisos I e II do art. 44, do CP.

Ademais, não há nenhuma circunstância judicial desfavorável ao réu, fixando-se a pena-base no mínimo legal. Sendo assim, não é possível afirmar que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e

a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição não seja suficiente, não sendo possível impedir a benesse com base no inciso III, do art. 44, do CP.

Diante do exposto, divirjo em parte do e. Relator e voto no sentido de dar provimento integral ao apelo de Silvano Garcia Agueiro, a fim de neutralizar os antecedentes, fixando a pena definitiva em 06 meses de detenção, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa. Outrossim, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito a ser fixada pelo juízo da execução penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 1º vogal. Decisão em parte com o parecer.

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. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001355-36.2013.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – ERRO DE TIPO – NÃO COMPROVAÇÃO – ALEGADA FALTA DE OFENSIVIDADADE DA CONDUTA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – PENA AQUÉM DO MÍNIMO – IMPOSSIBLIDADE – NÃO PROVIMENTO.

O reconhecimento do erro sobre elementar do tipo exige que o engano seja invencível, inevitável e escusável, de tal forma que se o agente tivesse conhecimento da realidade não praticaria tal conduta.

A conduta de possuir arma de fogo e respectivas munições constitui fato típico, representando eminente perigo às pessoas, não havendo de se cogitar a hipótese absolutório por atipicidade da conduta.

Impossível a aplicação da atenuante da confissão espontânea para reduzir a pena aquém do mínimo legal. Aplicação da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a correta aplicação da lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, não prover unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 5 de fevereiro de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Emerson de Souza Serrano, objetivando a reforma da decisão que o condenou a 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 16 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), da Lei nº 10.826/2003.

Pugna pela absolvição, alegando que sua atitude não trouxe nenhum potencial ofensivo, bem como pelo desconhecimento da ilicitude do fato praticado. Subsidiariamente, pleiteia redução da pena-base para aquém do mínimo legal, em razão do reconhecimento da confissão espontânea (f. 237/240).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 244/256).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 264/270).

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Emerson de Souza Serrano, objetivando a reforma da decisão que o condenou a 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 16 (porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), da Lei nº 10.826/2003.

Consta da denúncia que, aos 18 de agosto de 2013, por volta das 02 horas, no posto base da polícia rodoviária federal, na BR 163, km 22,5, zona rural, em Mundo Novo - MS, o acusado transportava arma de fogo de uso restrito - pistola marca Czech Republic, 9 mm, com cabo de polímetro, número de série AB 81960 - com 15 (quinze) munições 9 mm, marca Águila, sem autorização legal.

Os agentes públicos receberam denúncia de que o acusado teria se dirigido à sua residência, localizada em Eldorado - MS, para buscar uma arma de fogo com intuito de "encontrar seu desafeto". Assim, enquanto conduzia veículo automotor na referida rodovia, o acusado foi abordado pela polícia rodoviária federal, constatando-se que conduzia o veículo em via pública com capacidade motora alterada em razão da influência de álcool. Realizado teste com etilômetro, aferiu-se a concetração de 0,75 miligramas de álcool por litro de ar expelido.

Após o regular processamento do feito, a denúncia foi julgada procedente, a fim de condenar o acusado a 03 (três) anos de reclusão, 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto, mais 20 (vinte) dias-multa, bem como suspensão do direito de dirigir veículo automotor por 02 (dois) meses, pela prática dos crimes previstos no art. 16, do Estatuto do Desarmamento, e no art. 306 do CTB.

A seguir, o magistrado singular verificou que, entre a data da denúncia - 28 de janeiro de 2013 - e a publicação da sentença condenatória - 31 de janeiro de 2017 -, passaram-se mais de 03 (três) anos, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva do delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Inconformada com a decisão, a defesa interpôs a presente apelação, pugnando, em primeiro lugar, pela absolvição do acusado, sob o fundamento de que sua atitude não trouxe nenhum potencial ofensivo, bem como pelo desconhecimento da ilicitude do fato praticado.

O recurso não deve ser provido.

O art. 16, do Estatuto do Desarmamento, prevê ser crime *"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 regularmentar"*.

Desse modo, para que o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito se caracterize, basta que o acusado pratique qualquer um dos verbos arrolados no artigo supracitado. Assim, a mera alegação de erro de tipo, sob alegação de desconhecimento do caráter restrito da arma, sem qualquer respaldo probatório, não pode levar à absolvição.

Como bem asseverou a d. PGJ, *"o reconhecimento do erro sobre elementar do tipo exige que o engano seja invencível, inevitável, escusável, de tal forma que se o agente tivesse conhecimento da realidade não praticaria tal conduta"* (f. 266), o que não ocorre no presente caso.

A suposta falta de ofensividade do porte de arma de fogo é matéria superada tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, por se tratar de crime de perigo abstrato. Aliás, no tocante ao tema, precisa é

a lição encartada na apelação nº 2013.01.1.052620-4, julgada aos 15 de maio de 2014, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> "*O réu requer a sua absolvição, alegando ser a conduta atípica materialmente ante a inexistência de ofensividade mínima, pois, além da arma ser antiga e ineficiente, guardada apenas porque pertencia ao pai falecido-, ela foi entregue espontaneamente à autoridade policial, a indicar a sua boa-fé e a ausência de dolo de com ela praticar algum ato ilícito.*
>
> *Razão não lhe assiste.*
>
> *O delito de posse de arma de fogo é crime de mera conduta, sendo irrelevante a efetiva lesão à vida ou à integridade física, pois, para sua configuração, basta o agir em desconformidade com a norma legal.*
>
> *Damásio de Jesus, com muita propriedade, leciona que os delitos de porte de arma e figuras correlatas são crimes de lesão porque o infrator, com sua conduta, reduz o nível de segurança coletiva exigido pelo legislador, atingindo a objetividade jurídica concernente à incolumidade pública. E são crimes de mera conduta porque basta à sua existência a demonstração da realização do comportamento típico, sem necessidade de prova de que o risco atingiu, de maneira séria e efetiva, determinada pessoa.*
>
> *Fernando Capez, tratando do mesmo tema, ensina que o bem jurídico precipuamente tutelado pela Lei nº 10.826/2003 é a incolumidade pública. Em última análise, o que a lei pretende proteger é o direito à vida, à integridade corporal e, com isso, garantir a segurança do cidadão em todos os aspectos. Para atingir esse objetivo, o legislador procurou coibir o ataque a tão relevantes interesses de modo bastante amplo, punindo a conduta perigosa ainda em seu estágio embrionário. Com efeito, tipifica-se a posse ilegal de arma de fogo, o porte e o transporte dessa arma em via pública, o disparo, o comércio e o tráfico de tais artefatos, com vistas a impedir que tais comportamentos, restando impunes, evoluam até se transformar em efetivos ataques. Em outras palavras, pune-se o perigo, antes que se convole em um dano.*
>
> *(...)*
>
> *Repita-se que o crime em questão é de mera conduta e de perigo abstrato, em que não se exige a efetiva exposição de outrem a risco. Foi opção do legislador em ver a incolumidade pública protegida em qualquer hipótese, reprimindo a conduta reprovável desde a menor manifestação de expor a perigo o bem protegido, evitando-se assim maior desdobramento da ação no sentido de efetivamente atingir o bem tutelado.*
>
> *Confira-se a respeito o julgado do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *(...)*
>
> *O legislador, ao criminalizar o porte clandestino de armas, preocupou-se, essencialmente, com o risco que a posse ou o porte de armas de fogo, à deriva do controle estatal, representa para bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, o patrimônio, a integridade física, entre outros, levando em consideração que o porte, usualmente, constitui ato preparatório (delito de preparação) para diversas condutas mais graves, quase todas dotadas com a relevante contingência de envolver violência contra a pessoa.*
>
> *Assim, antecipando a tutela penal, pune essas condutas antes mesmo que representem qualquer lesão ou perigo concreto.*"

Desse modo, considerando que o crime em apreço é de perigo abstrato, há uma presunção legal de probabilidade de ocorrência de dano pelo mau uso da arma. Por isso, não há que se provar a situação de perigo para a caracterização do crime.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CRIME FORMAL OU DE PERIGO ABSTRATO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 83/STJ. INCIDÊNCIA.*
>
> *1. O Tribunal de origem, ao entender que o delito pelo qual o recorrente restou condenado é de perigo abstrato e de mera conduta, cuja consumação se dá com o simples fato de estar na posse ou porte de arma de fogo, munição ou acessório, não se exigindo qualquer finalidade específica, isto é, dolo específico, decidiu em conformidade com a hodierna e pacífica jurisprudência deste Sodalício.*
>
> *2. Agravo regimento improvido"*[1].

Assim, a condenação deve ser mantida.

Subsidiariamente, pede a redução da pena-base para aquém do mínimo legal.

No entanto, razão não lhe assiste.

A Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, é expressa ao estabelecer que é vedada a incidência de circunstância atenuante capaz de conduzir a pena aquém do mínimo legal.

É certo que o mencionado preceito sumular não é vinculante contudo contém em sua disposição princípio basilar de nosso ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da legalidade, na medida em que traduz o comando normativo constitucional e penal que obriga o julgador a aplicar a pena nos exatos contornos da lei.

Assim, preceitua a Constituição Federal, no art. 5º, XXXIX, no seu rol de garantias fundamentais que "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"* e conferindo efetividade a esse comando o Diploma Repressor determina, no art. 53, que "*as penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime*".

Nessa esteira, permitir que o julgador desborde dos limites cominados expressamente pelo legislador tanto aquém quanto para além, será conferir discricionariedade que pode resultar em arbitrariedade gerando violação de direitos e deveres expressamente elencados na Carta Magna, tal como aplicação de penas perpétuas, etc.

Assim, há de se respeitar os limites legalmente cominados estando o pensamento do "Tribunal da Cidadania" em plena harmonia com os valores constitucionais vigentes.

Nesse sentido, oportuna a lição da doutrina:

> "*Quando a pena-base estiver fixada no mínimo, impedirá sua diminuição, ainda que se constate in concreto a presença de uma ou mais atenuantes, sem que isso caracterize 'prejuízo' ao réu, que já recebeu o mínimo possível.*" [2]

1 STJ, AgRg no AREsp nº 610.230/DF, Quinta Turma, rel. Minº Jorge Mussi, j. 14/04/2015.

2 PRADO, Luiz Régis; BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal anotado, apud CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da pena.**, 2. ed., Rio de Janeiro:

> "*Por isso que o juiz não pode, ao estabelecer a pena base, ou ao apreciar as circunstâncias legais, reduzir a pena aquém ou elevá-la acima dos limites previstos no tipo. Não fosse dessa maneira, o princípio da legalidade estaria burlado, já que num crime de homicídio simples, por exemplo, fixada a pena-base em 10 anos, o juiz poderia, considerando uma atenuante ou uma agravante, fixá-la definitivamente em um mês ou em 30 anos, o que seria um absurdo. E por isso, é que pode fazê-lo em relação às causas especiais de aumento ou de diminuição, sem que tal configure arbitrariedade porque, para estas, há um limite preestabelecido (de um sexto a um terço, de um a dois terços).*" [3]

Reafirmando – mesmo desnecessariamente – o entendimento do Tribunal Superior, extrai-se do julgamento em caso análogo:

> "***A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a incidência de circunstâncias atenuantes, inclusive a menoridade relativa e a confissão espontânea, não podem reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal***." [4] (Destaques não originais)

Em caso tão patente, claro e incontroverso decidir de forma diversa ao pactuado na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça é operar contra o Direito, criar fato inexistente e ofender os princípios mais comezinhos de aplicação da lei penal.

Na esteira de tais argumentos, é de se mater inalterada a pena-base aplicada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação interposta por Emerson de Souza Serrano, mantendo-se inalterada a sentença.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)

Acompanho o e. Relator para negar provimento ao recurso.

De fato, restou suficientemente comprovado que o réu criou um risco não permitido juridicamente relevante ao portar arma de fogo de uso restrito, devidamente municiada e comprovadamente eficaz para efetuar disparos, conforme o laudo pericial de f. 32. A conduta amolda-se ao tipo do artigo 16 da Lei 10.826/2003, ensejando condenação notadamente porque não existe mais dúvida razoável acerca da proibição de se portar arma de uso restrito sem autorização legal ou regulamentar.

Com relação à dosimetria da pena, entendo que inexiste vedação legal impedindo a redução da pena a patamar aquém do mínimo em razão das circunstâncias atenuantes. Porém, no presente caso, deve-se preservar a pena mínima, haja vista que eventual redução resultaria em pena insuficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Além do mais, existe forte corrente jurisprudencial em sentido oposto (vide súmula 231 do STJ) , que não convém ser contrariada na espécie, já que serviria tão somente para gerar expectativas efêmeras de reforma.

Com tais ressalvas, acompanho o e. Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Forense, 2003, p. 122.

3 FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**, apud CARVALHO NETO, op. cit., p. 122.

4 HC 223.428, 6ª T., rel. Minº OG Fernandes, j. 23/02/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Não proveram unânime. Decisão com o parecer.

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. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 05 de fevereiro de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1400240-67.2018.8.12.0000 - Bataguassu
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – ROUBO – PRISÃO PREVENTIVA – RÉ FORAGIDA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE – PRISÃO DOMICILIAR – PACIENTE GESTANTE – NÃO COMPROVAÇÃO DA GESTAÇÃO DE ALTO RISCO – NÃO CONCESSÃO.

Se a ré, acusada do crime de estupro de vulnerável, está foragida há 06 (seis) anos, não se cogita a ilegalidade da custódia preventiva, visto que se mostra notório o seu intuito furtivo, devendo-se garantir a aplicação da lei penal até para assegurar o resultado útil do processo.

Nos termos do que dispõe o art. 318, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a possibilidade de substituição da prisão preventiva para domiciliar encontra-se atrelada ao preenchimento de requisitos, que, uma vez não verificados, impedem a concessão da benesse.

Se a paciente, além de não demonstrar que sua gestação é de alto risco, também não apresenta provas da impossibilidade de acompanhamento médico no cárcere, bem como de não reunir o local condições para abrigar pessoa naquela condição, não se cogita a concessão da prisão domiciliar.

Habeas corpus a que se nega concessão ante a inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, conhecer integralmente do recurso, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o 2º Vogal. No mérito, denegaram a ordem, por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Os advogados Selmen Yassine Dalloul e Mahomed Ale Cristaldo Dalloul ingressam com pedido de *habeas corpus*, com pleito liminar, em favor de Mirian Pereira Ferreira, sob a alegação de que essa sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu.

Relatam que a paciente está gestante, sendo referida gravidez de risco conforme exame de ultrassonografia.

Inobstante referida condição médica compareceu perante a autoridade policial para cumprir a prisão preventiva decretada pela prática de roubo circunstanciado e corrupção de menores.

Asseguram que a paciente não teria condições de participar dos crimes imputados dada sua especial situação física.

Argumentam que não se fazem presentes os motivos autorizadores da prisão cautelar e que a paciente ostenta condições pessoais favoráveis.

Alegam que a autoridade coatora insiste em manter a paciente segregada sem fundamentação idônea.

Asseveram, outrossim, que a paciente faz jus a prisão domiciliar.

Pugnam pela concessão da ordem.

A liminar foi indeferida (f. 177/178), e a autoridade coatora prestou informações (f. 182/184).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela não concessão (f. 187/199).

VOTO

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

A paciente Miriam Pereira Ferreira foi presa preventivamente, aos 20 de dezembro de 2017, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal) e delito de corrupção de menores (art. 244-B, da Lei nº 8.069/90).

Consta que, aos 14 de dezembro de 2017, por volta da 01 h, na Fazenda Memória, situada na Rodovia MS-040, km 189, em Santa Rita do Prado, juntamente com Ladislau Leal Martins, Antônio Matheus Arruda da Sulva, José Henrique Martines, Osmir De Souza Pereira e o adolescente G.B.G., mediante grave ameaça, consistente no emprego de arma de fogo, bem como restrição à liberdade das vítimas, subtraíram diversos bens de propriedade de Livia Lima da Silva, Olídia Maria Lima da Silva, André Aparecido Alves, Mariana Christini, Anderson da Silva Nascimento e Eric Araújo Vicente Ferreira.

Ao decretar a prisão da paciente o magistrado consignou (f. 60/61):

> *"(...)*
>
> *Pelas informações constantes dos autos, conclui-se que é necessária a decretação da prisão preventiva da representada, de imediato.*
>
> *Frise-se, desde logo, que aos crimes, em tese, praticados há cominação de pena máxima de reclusão superior a 04 (quatro) anos, o que permite a medida excepcional (artigo 313, I, do CPP).*
>
> *Inexiste dúvidas de que estão presentes prova da materialidade, pelo menos indiciária. Os indícios de autoria, por sua vez, estão consubstanciados nos interrogatórios dos demais indiciados, onde é clara a informação de que a representada, juntamente com seu esposo, é uma das mentoras intelectuais dos delitos cometidos.*
>
> *Ainda, verifica-se que a mesma não reside no distrito da culpa, empreendeu logo após a chegada da polícia e encontra-se em local incerto, de modo que a prisão é necessária para assegurar a aplicação da lei penal.*

> *Não bastasse isso, o crime supostamente praticado é de extrema gravidade e repugnância, daqueles que causam abalo social significativo na comunidade local, acarretando risco a ordem pública o que reclama uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações.*
>
> *Em casos tais o princípio do estado de inocência deve ceder passo quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. E aqui não se trata de invocar a segurança pública como mera abstração, mas a sua necessária concretização, diante de hipóteses excepcionalíssimas.*
>
> *Assim, no caso em tela a gravidade do crime praticado, roubo qualificado e corrupção de menores, reclama uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal, ainda mais em uma cidade pequena como a de Santa Rita do Pardo/MS.*
>
> *Posto isso, decreto a prisão preventiva da representada Mirian Pereira Ferreira, já qualificada, nos termos da fundamentação."*

Tenho, assim, que se fazem presentes os requisitos da prisão preventiva contidos no artigo 312, do Código de Processo Penal, eis que há nos autos prova da existência do crime e indícios da autoria e, a custódia é necessária para a assegurar a aplicação da lei penal.

Conforme leciona Guilherme de Souza Nucci [1]:

> *"Assegurar a aplicação da lei penal significa garantir a finalidade útil do processo pena, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal. Não tem sentido o ajuizamento de ação penal, buscando respeitar o devido processo legal para a aplicação da lei penal ao caso concreto, se o réu age contra esse propósito, tendo, nitidamente, a intenção de frustrar o respeito ao ordenamento jurídico. Não bastasse já ter ele cometido o delito, que abala a sociedade, volta-se, agora, contra o processo, tendo por finalidade evitar que o direito de punir se consolide. Exemplo maior disso é a fuga deliberada da cidade ou do País, demonstrando que não está nem um pouco interessado em colaborar com a justa aplicação da lei.*"

O caso em apreço enquadra-se perfeitamente na situação descrita pelo doutrinador, eis que a paciente cometeu o delito e fugiu para não responder pelas consequências de seus atos, situação que perdurava até recentemente.

Com efeito, é nítida a intenção da paciente de não colaborar com a justiça e evitar a todo custo a aplicação da lei penal. Ao contrário do que alega o impetrante, a paciente, não pretende colaborar com a aplicação da lei, pois apenas "compareceu" em virtude do cumprimento do mandado de prisão.

Em caso semelhante por esta E. 2ª Turma Criminal já se pronunciou, *in verbis*:

> *"HABEAS CORPUS – ROUBO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – RÉU FORAGIDO HÁ MAIS DE 04 (QUATRO) ANOS – PRISÃO PREVENTIVA – APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORDEM DENEGADA.*
>
> *Se o réu, acusado dos crimes de roubo e formação de quadrilha, está foragido há mais 04 (quatro) anos, dando azo à suspensão da persecução criminal, não se cogita a ilegalidade da custódia preventiva, visto que se mostra notório o seu intuito furtivo, devendo-se garantir a aplicação da lei penal até para garantir o resultado útil do processo."* [2]

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado.** 4. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 585.

2 HC 2007.028300-7, 2ª T. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 17/10/07.

Também nesta senda caminha o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> *"A fuga do acusado do distrito da culpa é causa bastante à decretação de sua custódia preventiva, por conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal."* [3]

De outro vértice, o fato de a paciente estar grávida não representa garantia de que possa responder a acusação em liberdade.

O Código de Processo Penal dispõe que:

> "*Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
>
> *(...)*
>
> *III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*
>
> *IV – gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco;*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.*"

Neste cenário, a alegação de gravidez de alto risco sem qualquer comprovação não é suficiente para afastar a necessidade de encarceramento, mormente quando a impetração não demonstrou minimamente a existência de prejuízo ao nascituro e que o local onde se encontra recolhido não possui condições de lhe oferecer condições de tratamento adequado.

Ante o exposto, nego concessão ao *habeas corpus* impetrado em favor de Mirian Pereira Ferreira.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Divirjo do nobre Relator para conceder a ordem.

In casu, a necessidade da prisão preventiva foi idoneamente justificada para garantia da ordem pública, diante dos elementos indiciários apontando que a paciente é, juntamente com seu esposo, autora intelectual do crime de roubo cometido na comarca de Santa Rita do Prado.

No entanto, a despeito da aparente gravidade dos fatos, entendo que a ordem deve ser concedida a fim de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar.

Na data de 9/3/2016 passou a vigorar a Lei nº 13.257/2016, a qual estabelece conjunto de ações prioritárias que devem ser observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade), mediante "*princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano*" (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A novel legislação acabou por promover significativa modificação no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do art. 318 CPP, além de acrescer-lhe os incisos V e VI, nestes termos:

3 HC 10.657-GO, rel. Minº Edson Vidigal, 5ª T., j. 09/11/99, in AMARO, Mohamed. **Código de Processo Penal na expressão dos Tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2007, p.369.

> *"Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
>
> *I - maior de 80 (oitenta) anos;*
>
> *II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;*
>
> *III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;*
>
> *IV - gestante;*
>
> *V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;*
>
> *VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*
>
> *Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo."*

Verifica-se, portanto, que a lei em sua redação atual não mais exige que a gravidez seja "*a partir 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco*", passando a autorizar a substituição da prisão preventiva por domiciliar em qualquer estágio da gestação.

Conforme ensina Aury Lopes Jr., *"essa é uma prisão domiciliar por motivos pessoais do agente, de* ***natureza humanitária*****,** *diversa, portanto, da medida cautelar de recolhimento domiciliar previsto no art. 319, V".* (in **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, cap XV - destaquei).

Pois bem, na hipótese, a substituição da prisão preventiva por domiciliar mostra-se ainda mais necessária pois conforme laudo médico de p. 57, há risco de parto prematuro.

Assim, considerando que a paciente encontra-se grávida, o que autoriza a concessão da benesse nos termos do inciso IV do artigo 318 do CPP e, especialmente, em atenção ao seu estado de saúde e também ao princípio da dignidade humana, entendo que a concessão da ordem é medida impositiva.

Até porque, não considero possível submeter uma acusada presumidamente inocente e em tais condições ao falho sistema carcerário, contribuindo ainda mais para o agravamento do seu estado de saúde, mormente diante da limitada e deficiente assistência médica disponibilizada aos presidiários. Aliás, é cediço que os estabelecimentos penais femininos do estado enfrentam problemas de superlotação, insalubridade e de falta de estrutura física para acolhimento de presas grávidas, sobretudo se a gestação é de alto risco.

Cumpre recordar que a norma constitucional determina, ao estado e a seus agentes, o respeito efetivo à integridade física da pessoa sujeita à custódia do Poder Público (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). No mesmo sentido, o art. 40, da LEP, exige de todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Aliás, o direito à saúde vem reafirmado no art. 41, VII, do mesmo diploma legal.

Ademais, a medida processual substitutiva permite assegurar a manutenção das cautelas diversas da prisão, cujo bem jurídico relevante deve prevalecer e ser salvaguardado pelo Estado.

Por fim, devo salientar que na recente data de 20 de fevereiro de 2018, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu ordem de *habeas corpus* coletivo (HC 143.641 SP) para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas

previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA.

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do nobre Relator e voto no sentido de conceder a ordem em favor de Mirian Pereira Ferreira, a fim de substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso IV, do CPP, devendo a paciente manter-se recolhida em sua residência e se ausentar mediante autorização judicial (art. 317 do CPP).

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Os advogados Selmen Yassine Dalloul e Mahomed Ale Cristaldo Dalloul ingressam com pedido de *habeas corpus*, com pleito liminar, em favor de Mirian Pereira Ferreira, sob a alegação de que essa sofre constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bataguassu.

Relatam que a paciente está gestante, sendo referida gravidez de risco conforme exame de ultrassonografia. Inobstante referida condição médica compareceu perante a autoridade policial para cumprir a prisão preventiva decretada pela prática de roubo circunstanciado e corrupção de menores. Asseguram que a paciente não teria condições de participar dos crimes imputados dada sua especial situação física. Argumentam que não se fazem presentes os motivos autorizadores da prisão cautelar e que a paciente ostenta condições pessoais favoráveis. Alegam que a autoridade coatora insiste em manter a paciente segregada sem fundamentação idônea. Asseveram, outrossim, que a paciente faz jus a prisão domiciliar.

O Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, está denegando a ordem.

Divirjo parcialmente do Relator.

Inicialmente, não conheço do pedido de prisão domiciliar, em razão da gravidez da paciente, pois em consulta ao SAJ-PG-Bataguassu, constatei que este pedido não foi requerido perante a autoridade apontada como coatora.

Portanto, inexistindo indeferimento do Juízo da ação penal, conhecer deste pedido caracterizaria supressão de instância.

A respeito:

> *HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO DEFINITIVA – REGIME SEMIABERTO - INGRESSO DE REVISÃO CRIMINAL - PLEITO DE SALVO-CONDUTO – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – NÃO CONHECIMENTO - PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP - EXCEPCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA - ORDEM NÃO CONHECIDA. Carece de interesse de agir o pedido de salvo-conduto para agente com condenação analisada em duplo grau de jurisdição a qual já transitou em julgado. O mero ingresso de revisão criminal não tem o condão de impedir ou suspender a execução da pena oriunda de condenação definitiva. A prisão domiciliar em regra somente é admitida aos condenados em regime aberto e excepcionalmente em regime mais severo. Havendo notória supressão de instância do pleito, que não fora submetido à análise do juízo de primeiro grau, não se conhece do pedido.* (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1400678-64.2016.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 16/02/2016, p: 17/02/2016)
>
> *HABEAS CORPUS – CRIME DE ROUBO MAJORADO (157, §2º, II, do CP – POR DUAS VEZES) – PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR – QUESTÃO NÃO SUBMETIDA Á ANÁLISE DO MAGISTRADO*

> *A QUO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PEDIDO NÃO CONHECIDO NESTE PONTO – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NO TRÂMITE DA AÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – INSTRUÇÃO PROCESSUAL CONCLUÍDA – SÚMULA 52 DO STJ – AUSÊNCIA DE DESÍDIA JUDICIAL NA SUA CONDUÇÃO – ORDEM DENEGADA. Não há prova de o pedido de prisão domiciliar fora analisado pelo Magistrado singular, como tal não deve ser conhecida tal pretensão, haja vista que sua análise por este órgão colegiado implicaria em hipótese de supressão de instância. Se o Paciente já foi interrogado, as testemunhas arroladas já foram ouvidas em juízo, e a instrução está encerrada, estando o processo com o MP para alegações finais, não há cogitar de excesso de prazo, devendo ser aplicada a Súmula nº 52 do Superior Tribunal de Justiça. Ordem parcialmente conhecida e, na parte conhecida, denegada.* (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1406420-36.2017.8.12.0000, Bandeirantes, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 25/07/2017, p: 27/07/2017)

Além disso, o Acórdão do Supremo Tribunal Federal, referente ao julgamento do *habeas corpus* nº 143.641, ainda não foi publicado, havendo somente notícias publicadas na *internet*.

Com relação à revogação da prisão preventiva da paciente, acompanho o Relator para denegar a ordem, pois presente os requisitos contidos no art. 312 do CPP, principalmente diante da fuga da paciente, devendo ser garantida a aplicação da lei penal.

Quanto ao mérito, acompanho integralmente o relator para denegar a ordem.

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço parcialmente da ordem (somente com relação à revogação da prisão preventiva) e, nesta parte, a denego.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, conheceram integralmente do recurso, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o 2º vogal.

No mérito, denegaram a ordem, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Decisão com o parecer.

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. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 26 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0035686-89.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA – ABSOLVIÇÃO.

Das provas coligidas nos autos surge séria dúvida no espírito do julgador. As testemunhas são uníssonas ao afirmar que a senha de acesso ao sistema da ré era utilizada por terceiras pessoas em razão do volume de trabalho. Efetivamente o relatório técnico demonstra que para inserção dos dados falsos foi utilizada a senha da ré como servidora, todavia, diante dos outros elementos de prova supracitados, são insuficientes para concluir sem dúvida, a autoria por parte da ré e, pretender que esta prove que não o fez é exigência da prova de um fato negativo, que sabidamente deve ser rechaçado em nosso ordenamento jurídico pois consiste na chamada prova diabólica por ser impossível ou excessivamente difícil de ser produzida. Outrossim, trata-se de crime que tem como elemento subjetivo do tipo o dolo específico consistente na finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, não se punindo a figura culposa. No presente caso, dos elementos apresentados, há uma dúvida plena, diante das provas produzidas na fase inquisitorial e sob o crivo do contraditório, dúvida esta que milita em favor da ré, pois dos elementos supramencionados, sua versão pode ser verdadeira, ao passo que a imputação feita pela acusação carece de provas concludentes acerca da responsabilidade penal da acusada, desta forma, imperativa a absolvição.

Com o parecer, recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de março de 2018.

Juiz Emerson Cafure – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que julgou improcedente a denúncia e absolveu a acusada Sandra Maria Gomes Pereira da imputação da prática do crime tipificado no art. 313-A do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O recurso pretende a condenação da apelada Sandra Maria Gomes Pereira pela prática do crime tipificado no art. 313-A do Código Penal (f. 355/361). Sustenta a existência de provas suficientes nos autos para embasarem a condenação.

A defesa apresentou contrarrazões pugna não pelo desprovimento do recurso as f. 370-375.

Parecer da Procuradoria de Justiça as f. 382-386 pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul em face da sentença que julgou improcedente a denúncia e absolveu a acusada Sandra Maria Gomes Pereira da imputação da prática do crime tipificado no art. 313-A do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O recurso pretende a condenação da apelada Sandra Maria Gomes Pereira pela prática do crime tipificado no art. 313-A do Código Penal (f. 355/361). Sustenta a existência de provas suficientes nos autos para embasarem a condenação.

Passo a analisar.

A sentença absolutória está assim fundamentada:

> *"A materialidade do delito é irrefutável, assentando-se, mui especialmente, no boletim de ocorrência de f. 16, nos documentos de f. 17, 55, 57 e 80.*
>
> *Quanto à autoria, analisando o bojo probatório, observo que não há provas contundentes de que a ré tenha inserido no sistema do Detran-MS, dolosamente, dados falsos ou alterado dados corretos sobre o veículo Gol 1000, placas HQG-2803, com a finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano ao seu proprietário.*
>
> *O tipo penal encontra-se descrito nos seguintes termos:*
>
> *Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.*
>
> *A respeito do elemento subjetivo (fundamental para o deslinde da causa), destaco a lição de Cezar Roberto Bitencourt, verbis:*
>
> *"Elemento subjetivo do tipo é o dolo, representado pela vontade consciente de praticar qualquer das condutas tipificadas de inserir ou facilitar a inclusão de dados falsos, ou, ainda, alterar ou excluir indevidamente dados corretos dos sistemas informatizados da Administração Pública. Exige-se a presença do elemento subjetivo especial do injusto, qual seja o especial fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou simplesmente de causar dano. É desnecessário que a vantagem seja obtida; basta que exista subjetivamente como condutora do comportamento do sujeito ativo"1.*
>
> *A ré, em juízo (f. 289), negou a prática delitiva; afirmou que trabalhou no Detran-MS de 1984 até 14/3/2012, quando foi exonerada por esses fatos e outros semelhantes; à época dos fatos era chefe do setor de emissão de CRV (Certificado de Registro Veicular), despachante e particular; trabalhavam com aproximadamente 16 funcionários; relatou que, quando alguma pessoa chegava no Detran solicitando algum serviço, havia alguns*

funcionários responsáveis por atendê-la, solicitar os documentos necessários e emitir a guia de pagamento; após ela devolver a guia devidamente paga, esses documentos eram colocados dentro de um envelope plástico e entregue aos responsáveis por sua conferência; após essa conferência, criava-se uma espécie de capa, com os dados necessários ao registro no sistema, que era feito por outros funcionários do setor; que devido ao grande volume de serviço, às vezes ajudava os dois funcionários responsáveis por lançarem os dados dos requerentes e dos veículos no sistema; que lançava os dados contidos na capa do envelope e não verificava se eles estavam corretos com os documentos apresentados, devido ao volume de trabalho e por ter havido essa conferência por outros funcionários; afirmou que ela possuía sala reservada e matrícula e senha de uso pessoal e intransferível, porém, deixava outros funcionários (Pollyana e Pedro Rubem, por exemplo) acessarem o sistema com sua matrícula; que a segunda via do CRV era muito fácil de ser emitida, visto que era só digitar a placa do veículo no sistema que já apareciam todas as informações e os dados necessários para emissão dessa nova via; para sua emissão, o proprietário do veículo tinha que apresentar cópia de seu RG e CPF e do boletim de ocorrência; alegou que sempre ocorreu de haver erros na inserção de dados no sistema, devido à falta de atenção dos registradores; afirmou que Pedro Rubem sempre estava em sua sala pedindo para que ela registrasse os dados para emissões de 2.ª via de CRVs, sob as alegações de que era para um amigo, professora de seu filho ou porque a pessoa estava nervosa etc; que após terem surgidos os dois primeiros casos de alteração de dados do sistema com sua matrícula, passou a conferi-los com os documentos apresentados; verificou que em um dos requerimentos que Pedro Rubem lhe pediu para lançar os dados no sistema o RG não pertencia ao proprietário do veículo e, por essa razão, levou o fato ao conhecimento da diretoria do Detran, e esclareceu que os seis processos criminais existentes em seu desfavor estão relacionados aos dados que ela lançou no sistema a pedido de Pedro Rubem (entre 37" a 14'12" de gravação).

A testemunha Pedro Rubem Maciel Medina, às f. 275, relatou que trabalhou no Detran, pela empresa tercerizada Itel, de 2/2/2004 até 88/2007; fazia atendimento ao público, onde recebia dos documentos necessários para realização dos serviços requeridos pelos usuários, como a emissão de 2ª via do CRV; após encaminhava os documentos, dentro de um envelope, para outra equipe conferi-los; depois de conferidos, registrava os dados em sua capa e, posteriormente, os envelopes eram entregues aos digitadores para lançarem no sistema; que os lançamentos eram feitos com os dados contidos nas capas dos envelopes; que a ré também fazia esses lançamentos no sistema, devido ao volume de serviço e, esclareceu que, à época dos fatos, ele tinha um filho que trabalhava para um despachante (entre 1'17" a 8'54" de gravação).

A testemunha Pollyana Alvarenga Melgarejo, em juízo (f. 289), afirmou que a ré era sua chefe, no setor de emissão de CRV do Detran; que ela recolhia a documentação dos requerentes, emitia a guia para pagamento e após estar ser devolvida, devidamente paga, colocava os documentos em um envelope plástico e entregava para outras pessoas fazerem a conferência; depois dessa análise, registrava os dados na capa dos envelopes e deixava-os para serem lançados no sistema; que esses lançamentos eram feitos pelos dados contidos na capa dos processos por outros funcionários e também pela ré, devido ao grande volume de serviço; relatou que a ré tinha o hábito de deixar o sistema aberto com sua matrícula e senha para que, caso houvesse necessidade de fazer alguma alteração no sistema em sua ausência, outros funcionários pudessem realizá-la (entre 2" a 6'08" de gravação).

A testemunha Aline Gonçalves Sinnott Lopes, em juízo (f. 275), disse que começou a trabalhar na corregedoria de trânsito após a apuração dos fatos e não se recorda do cargo que a ré ocupava ou dela ter praticado atos semelhantes ao deste processo; esclareceu que quando se realiza a solicitação da segunda via do CRV, a anterior é anulada; que isso pode

ter ocorrido para legalizar veículo furtado com as mesmas características do veículo da CRV ou para fraudar financiamento bancário (entre 1'20" a 5'30" de gravação).

A testemunha Francisco Libório Silveira, às f. 275, informou que era diretor adjunto do Detran à época dos fatos; que a ré lhe informou que estava desconfiada de que algum funcionário pudesse ter se apropriado de sua senha do sistema para realizar algo ilícito; que foi aberta uma sindicância para apurar os fatos e disse se recordar de que um funcionário terceirizado se utilizou da senha da ré para entrar no sistema do Detran; afirmou que ela sempre exerceu suas funções com competência, não tem conhecimento de nada que possa desabonar sua conduta profissional e que ela foi exonerada em razão desses tipos de fatos (entre 47" a 4'18" de gravação).

A testemunha Sidney Vasques Moreira, em juízo (f. 275), afirmou que trabalhou com a ré; que ela sempre demonstrou cuidado com a segurança dos procedimentos para emissão de documentos e que devido ao volume de serviço de seu setor, delegava a realização de alguns serviços para outros funcionários (entre 45" a 2'53" de gravação).

Anderson Peres de Oliveira, proprietário do veículo que gerou o problema com a CRV, em juízo (f. 309), disse que vendeu seu veículo Gol 1000, placas HQH-2803, para Wilson Teixeira e não conseguiu transferí-lo, em razão de haver registro de emissão de uma 2ª via do CRV; que procurou o Detran desta capital, e não foi localizado o procedimento referente a essa solicitação, e que conseguiu transferir o veículo para o nome de Wilson aproximadamente 4 meses depois (entre 10" a 1'05" de gravação).

De modo semelhante, Wilson Teixeira, em juízo (f. 309), afirmou que comprou o veículo Gol de Anderson e não conseguiu transferi-lo para o seu nome, em razão de constar no sistema do Detran registro de emissão de uma 2ª via do CRV; que alguns meses depois, Anderson conseguiu resolver o problema e fazer a transferência do veículo para o seu nome e que não sabe informar quem teria alterado o sistema ou emitido essa 2ª via do certificado de registro veicular (entre 25" a 3'08" de gravação).

A testemunha Suely Machado, em juízo (f. 275), disse não ter conhecimento a respeito dos fatos e afirmou não ter conhecimento de nada que possa desabonar a conduta da ré (entre 46" a 2'10" de gravação).

Da análise do bojo probatório, não há dúvidas de que a alteração dos dados do sistema do Detran referentes ao veículo Gol 1000, placas HQH-2803, foi realizada com a matrícula da ré (AE370856), conforme se depreende de f. 55, 57 e 80.

Todavia, não restou seguramente comprovado, conforme se constata dos depoimentos prestados pelas testemunhas, que foi a ré quem inseriu dados falsos ou alterou dados corretos do sistema do Detran para obter vantagem indevida ou para causar dano, e muito menos há comprovação de que ela tenha agido dolosamente para, em tese, realizar tais fatos.

Restou comprovado que ela era chefe do setor do Detran responsável pela emissão de CRVs; que os lançamentos dos dados dos clientes no sistema eram feitos após outra equipe conferir os documentos apresentados; que a ré, devido ao grande volume de trabalho e para auxiliar os dois funcionários responsáveis por esses lançamentos, ajudava a realizar esse trabalho; que os registros lançados no sistema eram os dados que constavam nas capas dos envelopes de requerimentos; que em algumas vezes ela lançou no sistema os dados apresentados por Pedro Rubem, sem fazer a conferência com os documentos apresentados, e, em outras, ela mesma deixava o sistema aberto para que outros funcionários pudessem realizar alguma alteração devida.

Destarte, a acusação não conseguiu demonstrar de forma segura, clara e cristalina que a ré, dolosamente (ainda que fosse dolo eventual), praticou os fatos que lhe foram imputados na denúncia, mesmo porque há prova de que ela, quando soube da ocorrência desses fatos, passou a conferir os dados registrados nas capas dos procedimentos com os documentos apresentados.

Como o crime em questão não prevê punição na modalidade culposa, a absolvição da ré, por ausência de prova segura de que ela tenha agido com dolo em alterar ou excluir dados corretos do sistema informatizado do Detran, é medida que se impõe, em face da fragilidade das provas colhidas a respeito, em obediência ao princípio do in dubio pro reo.

A respeito do tema, para ilustrar, cito as seguintes e precisas lições doutrinárias:

"Consoante pacífico entendimento, doutrinário e jurisprudencial, uma decisão condenatória somente é possível diante de um juízo de certeza (..); até mesmo a alta probabilidade servirá como argumento absolutório, pois teríamos só um juízo de incerteza que nada mais representa que não a dúvida quanto à realidade (..); uma prova deficiente, incompleta ou contraditória, gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência". (Adalberto de Camargo Aranha, in Da Prova no Processo Penal, 5ª edição, Ed/Saraiva, páginas 81-83).

"O primeiro aspecto apontado da presunção de inocência refere-se ao ônus probatório no processo penal (...) para todos eles, o ônus de provar no processo penal é da acusação, uma vez, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do estado de inocência do cidadão, é a ele que cabe demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo e, portanto, caberá a ele o ônus de demonstrar essa teste não pressuposta pela Constituição". (MORAES, Maurício Zanoide de, *in* **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro.** Ed Lumen Juris, p. 462).

"Em outras palavras (...); é dever constitucional do juiz ingressar no feito convencido da inocência do acusado: é um pré-juízo constitucional. Logo, a condenação somente poderá explodir quando, apesar de todos os esforços interpretativos, for impossível absolver (...)". (CARVALHO, Amilton Bueno de, *in* **Eles, os juízes criminais, visto por nós, os juízes criminais.** Ed/Lumen Juris, p. 7).

A jurisprudência também tem se posicionado neste sentido: "A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastante nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela. Dúvida razoável que enseja a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal". (Relator(a): Des. Francisco Gerardo de Sousa; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 04/11/2013; Data de registro: 10/12/2013).

"Uma condenação criminal, com todos os seus gravames e consequências, só pode apoiar-se em prova cabal e estreme de dúvidas, sendo que presunções e indícios não os tenham as qualidades de segurança e certeza, não podendo servir de fundamento para tanto". (TACRIM-SP RJDTACRIM 40/249).

"A prova indiciária somente autoriza a condenação quando concatenada e concorde, de molde a excluir toda e qualquer hipótese favorável ao acusado".(JTACRESP 61/301).

Sendo assim, em face da fragilidade das provas colhidas a respeito da autoria dolosa do crime narrado na denúncia a absolvição da acusada é medida que se impõe."

Das provas coligidas nos autos surge séria dúvida no espírito do julgador acerca da autoria delitiva imputada à apelada.

As testemunhas são uníssonas ao afirmar que a senha de acesso ao sistema da ré era utilizada por terceiras pessoas em razão do volume de trabalho.

A acusação não requereu perícia técnica específica para identificação precisa acerca da máquina de onde os dados teriam sido inseridos.

Efetivamente o relatório técnico a f. 54,55 e 80 demonstra que para inserção dos dados falsos foi utilizada a senha da ré como servidora, todavia, diante dos outros elementos de prova supracitados, são insuficientes para concluir sem dúvida, a autoria por parte da ré e, pretender que esta prove que não o fez é exigência da prova de um fato negativo, que sabidamente deve ser rechaçado em nosso ordenamento jurídico pois consiste na chamada prova diabólica por ser impossível ou excessivamente difícil de ser produzida.

Outrossim, trata-se de crime que tem como elemento subjetivo do tipo o dolo específico consistente na finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, não se punindo a figura culposa.

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela.

Oportuna a exposição de Nucci:

> *"Como ensina Carrara, "a certeza está em nós; a verdade está nos fatos" (Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidad de Pisa, v. 2, p. 291). Dessa forma, observa-se ser a descoberta da verdade sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros (cuida-se da verdade subjetiva).*
>
> *(...)*
>
> *A parte deve convencer o magistrado, valendo-se dos variados recursos proporcionados pelo raciocínio lógico, de que a sua noção da realidade é correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (corresponde à realidade – verdade objetiva) ou errônea (não corresponde à realidade – verdade subjetiva), mas jamais falsa, que é um "juízo não verdadeiro". Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma "certeza incerta", o que é um contra-senso*."[1]

No presente caso, dos elementos apresentados, há uma dúvida plena, diante das provas produzidas na fase inquisitorial e sob o crivo do contraditório, dúvida esta que milita em favor da ré, pois dos elementos supramencionados, sua versão pode ser verdadeira, ao passo que a imputação feita pela acusação carece de provas concludentes acerca da responsabilidade penal da acusada, desta forma, imperativa a absolvição.

Por fim, cito Marco Antonio de Barros:

> *"Verdade e certeza não se confundem. A verdade, já foi dito, é a conformidade da ideia com a coisa (adaequatio intellectus et rei), enquanto que a certeza se configura com a manifestação subjetiva da verdade, isto é, a crença de que o afirmado é a verdade.*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal.** São Paulo:RT, 2009

> *(...)*
>
> *Disso resulta concluir, que a convicção do juiz é livre, submete-se à sua própria consciência, porém, a sua decisão deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo.*
>
> *Consagra-se nesse sistema de apreciação da prova a sua principal finalidade, que é a de formar a convicção do juiz, especialmente quanto à veracidade das alegações feitas pelas partes.*"

Mantenho a absolvição.

Com o parecer, recurso não provido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Juiz Waldir Marques e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 22 de março de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0027069-09.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E PREVARICAÇÃO – PROVAS ROBUSTAS DAS PRÁTICAS DELITIVAS PELO ACUSADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ATENTANDO VIOLENTO AO PUDOR PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41 OU ART. 222 DO CPM – NÃO ACOLHIMENTO – ATO PRATICADO PELO ACUSADO QUE VISAVA A SACIAR SUA LASCÍVIA – DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE PREVARICAÇÃO PARA O PREVISTO NO ART. 324 DO CPM (INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO) – INCABÍVEL – COMPROVADO QUE O RÉU AGIU MOVIDO POR INTERESSE PESSOAL – PENA-BASE MANTIDA – MODULADORAS BEM SOPESADAS – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO COMPORTAMENTO MERITÓRIO – INAPLICABILIDADE – COMPENSAÇÃO COM AGRAVANTES – PLEITO PREJUDICADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Deve ser mantida a sentença condenatória amparada em farto conjunto probatório. As narrativas da vítima tanto na fase inquisitiva, como em juízo, se apresentam firmes, coerentes e concatenadas, bem como estão em consonância com o relatório social, a prova testemunhal e o laudo pericial no telefone celular, no sentido de que o acusado praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Sabe-se que em delitos desse jaez, ordinariamente cometidos às ocultas, a palavra da vítima possui valor probatório diferenciado, servindo de substrato condenatório quando as declarações ocorrem de maneira coerente e sem contradições, conforme entendimento jurisprudencial já consolidado. É a hipótese em análise. Não há falar em desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção de perturbação da tranquilidade ou delito de constrangimento ilegal, quando a prova demonstra que a intenção do acusado era satisfazer sua lascívia ao praticar a conduta descrita na peça exordial.

Incabível a absolvição ou desclassificação do delito de prevaricação, pois o conjunto probatório deixa claro que o agente deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse pessoal.

Pena-base mantida acima do mínimo legal, pois a moduladoras desfavoráveis foram acertadamente sopesadas e o patamar fixado na 1ª etapa da dosimetria mostra-se adequado, proporcional e suficiente.

Inviável o reconhecimento da atenuante prevista na alínea "l", do inciso II, do art. 70 do CPM quando os registros apesar de elogiosos, são de comportamento esperado na vida castrense, sem demonstrar conduta excepcional àquela do cotidiano da caserna. Não reconhecida a atenuante, não há falar em compensação com as agravantes.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de março de 2018.

Juiz Emerson Cafure – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Fábio Lopes Junior, inconformado com a sentença de f. 369-381/394-400 que o condenou à pena de 01 ano de detenção, no regime aberto, por infração ao art. 319 do Código Penal Militar e 03 anos e 07 meses de reclusão, no regime aberto, por infração ao art. 233 c/c art. 70, inciso II, alíneas "g" e "l", do Código Penal Militar.

Segundo a denúncia:

> *"(...)*
>
> *no dia 22/10/2013, por volta das 20h, na Base de Trânsito, situada na cidade de Naviraí/MS, constrangeu a civil Milca dos Santos de Oliveira, mediante grave ameaça, a permitir a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.*
>
> *Outrossim, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado Sd Fábio Lopes Júnior deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.(...)".* (f. 01-04).

Nas razões do apelo, a defesa requer a absolvição dos crimes de atentado violento ao pudor e prevaricação, argumentando, em síntese, que não existem provas suficientes para embasar a condenação. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção penal prevista no art. 65 da LCP e do crime de prevaricação para o delito de inobservância de lei previsto no art. 324 do CPM. Requer, ainda, a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, II, do CPM e a compensação com agravantes previstas no art. 70, II, "l" e "g" do CPM (f. 414-432).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo não provimento do recurso (f. 439-461).

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 470-521).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Fábio Lopes Junior, inconformado com a sentença de f. 369-381/394-400 que o condenou à pena de 01 ano de detenção, no regime aberto, por infração ao art. 319 do Código Penal Militar e 03 anos e 07 meses de reclusão, no regime aberto, por infração ao art. 233 c/c art. 70, inciso II, alíneas "g" e "l", do Código Penal Militar.

Segundo a denúncia:

> *"(...)*
>
> *No dia 22/10/2013, por volta das 20h, na Base de Trânsito, situada na cidade de Naviraí/MS, constrangeu a civil Milca dos Santos de Oliveira, mediante grave ameaça, a permitir a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.*
>
> *Outrossim, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado Sd Fábio Lopes Júnior deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.(...)".* (f. 01-04).

Nas razões do apelo, a defesa requer a absolvição dos crimes de atentado violento ao pudor e prevaricação, argumentando, em síntese, que não existem provas suficientes para embasar a condenação. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção penal prevista no art. 65 da LCP e do crime de prevaricação para o delito de inobservância de lei previsto no art. 324 do CPM. Requer, ainda, a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, II, do CPM e a compensação com agravantes previstas no art. 70, II, "l" e "g" do CPM (f. 414-432).

Absolvição

A defesa aduz que inexistem provas dos crimes de atentado violento ao pudor e prevaricação, razão pela qual o réu deve ser absolvido.

1 – Crime de atentado violento ao pudor

O réu tanto perante a autoridade policial (f. 83-84) quanto em juízo (f. 254-255 – arquivo audiovisual) negou a prática delitiva, tendo declarado que não sabe porque a ofendida o acusa de tal crime.

Contudo, essa negativa mostra-se isolada do conjunto probatório produzido nos autos.

Ao ser ouvida na fase inquisitorial a ofendida Milca dos Santos de Oliveira narrou detalhadamente como se deu a conduta delituosa do réu:

> *"(...) no dia 22/10/2013 por volta das 20h, estava no Parque Sucupira se exercitando na pista de corrida (...); ao sair do Parque percebeu que havia dois policiais militares conversando com o vigia do Parque; Que, a declarante pediu ao vigia a sua bolsa e seu capacete; Que, o vigia entregou o capacete e a bolsa da declarante; Que, pegou sua motocicleta Titan 250 de cor vermelha e saiu; Que, a declarante saiu pela saída da Rua Henrique Dias e seguiu, quando se aproximava de uma avenida no final da Rua Henrique Dias a declarante foi abordada pelo policial militar que estava conversando com o vigia no parque (...); Que o policial mandou a declarante estacionar e pediu seus documentos; Que, de imediato a declarante disse ao policial que não tinha carteira nacional de habilitação (...); Que, o policial voltou local e mandou que ela o seguisse até a base de trânsito (...); ao chegar o local não havia ninguém, então o policial abriu a porta e entrou, mandou que ela entrasse e se sentasse (...); Que, o policial então foi checar os documentos da declarante; Que, o policial mandou que a declarante ficasse de frente para uma prateleira de costas para ele, ordenou que ela desce dois passos para frente, depois mandou que ela desce dois passos para trás; Que, o policial estava atrás da declarante e começou a se esfregar nas nádegas da declarante; Que, a declarante sentiu o pênis ereto dele roçando em sua nádega; Que, nesse momento a declarante sentiu muito medo do policial, pois eles estavam sozinhos naquele local; Que, a declarante disse ao policial "moço eu não posso eu to suja"; Que, o policial disse que não tinha problema, pois ele também estava sujo,*

> *estava trabalhando o dia todo; (...) Que, o policial disse a ela novamente que não tinha problemas, que ele tinha visto ela correr e que ele tinha achado ela muito bonita (...) Que, com medo dele a declarante disse que iria dar o número de telefone dela, e que iria para casa, fez isso para ver se ele deixava ela ir embora; Que, o policial disse que iria telefonar para ela (...) Que, depois que a declarante aceitou marcar um encontro com o policial, ele a liberou entregou o documento dela e não a multou; Que, o policial telefonou para a declarante por três vezes consecutivas, usando os números 3461-9539 e 3461-0671; (...) Que, o policial disse que queria se encontrar com ela (...) Que, a declarante disse que estava com medo de sair com a motocicleta dela, pois ele já tinha parado ela uma vez e o outro policial poderia parar ela novamente; Que, o policial então disse que não tinha problema, pois ele iria telefonar para o outro policial e avisar ele para não abordar a declarante "iria liberar ela"; (...) Que, a declarante tentou enrolar ele, mas ele passou a ameaçar ela dizendo que não poderia ter feito isso com ele pois ele tinha liberado ela; (...) Que, disse ainda que ele poderia prejudicar ela e a mesma disse a ele que já tinha passado na prova da autoescola e que iria pedir para liberar a carteira (...) para ela poder andar certo, então o policial revidou dizendo: "mas uma hora eu posso te parar por causa de uma viseira (...)".* (f. 16-18).

Sob o crivo do contraditório e ampla defesa a vítima ratificou integralmente seu depoimento da fase inquisitorial, asseverando que foi abordada pelo réu e não possuía carteira de habilitação, sendo conduzida até o posto de atendimento da polícia militar - Jari. No local o réu consultou no computador seus dados e após mandou ela levantar, ficar de costas ocasião em que pegou no seu pescoço e se esfregou nela. A vítima declarou que ficou com muito medo, começou a chorar e disse que estava suja e precisava ir para casa tomar banho, até que o réu concordou e a liberou. Quando já estava em casa o apelante ligou três vezes insistindo para ela ir ficar com ele e ameaçando-a (f. 254-255 – arquivo audiovisual).

Nas duas oportunidades em que foi atendida pelas Assistentes Sociais do município (f. 34-37/68) a ofendida manteve a mesma versão de forma consistente, relatando com detalhes que o réu praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal consistente em pegá-la pelo pescoço e esfregar as partes íntimas em suas nádegas.

O laudo pericial de f. 43-47 comprovou que na data dos fatos foram efetuadas ligações telefônicas no celular da vítima originadas da Base de Trânsito. Os telefonemas foram realizados a partir das 22h39min e um deles foi atendimento pela ofendida e durou mais de 14 minutos. Como bem assinalado pelo juízo singular, tal circunstância demonstra que *"a intenção do réu não era a de somente orientar a civil - porque se o fosse, certamente a conversa não teria demorado tanto assim -, mas sim de convencê-la a cumprir o "combinado" de se encontrar para satisfazer a sua lascívia"* (f. 376), ou seja, não se mostra plausível a alegação defensiva de que o apelante apenas ligou várias vezes no celular da ofendida tarde da noite apenas para orientá-la a não transitar mais com a motocicleta.

Conforme se vê de todo o conjunto probatório, o depoimento da vítima foi firme e seguro tanto na fase policial quanto em juízo. Ressalte-se que a palavra da vítima tem importante valor probatório, tendo em vista que os crimes contra a liberdade sexual mormente ocorrem às ocultas, como na hipótese.

Nesse sentido, trago o entendimento jurisprudencial do STJ:

> *"(...) Esta Corte Superior tem o entendimento jurisprudencial no sentido de que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, desde que coerente com as demais provas dos autos, tem relevância como elemento de convicção, sobretudo porque, em grande parte dos casos, tais delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios. (...)."* (AgRg no AREsp 312.577/RN, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

> *"(...) É assente nesta Corte que "nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima é importante elemento de convicção, na medida em que esses crimes são cometidos, frequentemente, em lugares ermos, sem testemunhas e, por muitas vezes, não deixam quaisquer vestígios, devendo, todavia, guardar consonância com as demais provas coligidas nos autos". (AgRg no REsp 1346774/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/12/2012, DJe 1º/2/2013). (...)."* (AgRg no REsp 1407792/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 26/11/2013)

Corroborando a versão da ofendida, seus genitores Francisco dos Santos de Oliveira e Lucinda Ferreira de Oliveira, assim como sua irmã Jeane dos Santos Oliveira, que inclusive atendeu a um dos telefonemas do réu para a vítima na data dos fatos, relataram em juízo que tomaram conhecimento pela ofendida sobre a conduta delituosa do réu e que ela ficou muito abalada (f. 254-255/276 – arquivo audiovisual).

Além disso, a testemunha Marli Lopes Moreno, ouvida em juízo, declarou que é assistente social e fez o atendimento da vítima, que lhe relatou ter sido abordada por um policial, o qual a conduziu para uma sala e tentou ter alguma coisa com ela. Asseverou que a ofendida apresentava-se muito nervosa, abalada e chorou muito, bem como depois ficou com trauma e medo (f. 254-255 – arquivo audiovisual).

De outro lado, a versão apresentada pelo réu apresenta-se inverossímil.

Na fase extraprocessual declarou que atendeu Milca em uma sala com as portas abertas e que seu colega de trabalho teve contato visual o tempo todo (f. 83-84). Em juízo alterou a narrativa, afirmando que ficou em uma sala com a ofendida e o colega policial Esmael permaneceu em outra sala fazendo atendimento de outro civil (f. 254-255 – arquivo audiovisual).

A testemunha Esmael Aparecido dos Santos Ramos Lopes, policial militar que estava de serviço junto com o réu na data dos fatos, ao ser ouvido tanto na fase extraprocessual (f. 40-41) quanto em juízo (f. 254-255 – arquivo audiovisual) afirmou que estava realizando o atendimento de um civil (Fábio) em uma das salas enquanto o réu estava em outra sala com a vítima, sendo que em dado momento foi ao banheiro e visualizou o réu e a vítima, mas não percebeu nada de estranho que viesse chamar a atenção.

A testemunha Fábio Nunes Brigato em juízo afirmou que estava em uma sala sendo atendido pelo policial Esmael e, em dado momento, saiu para ir ao banheiro e viu a vítima em outra sala sentada, que a porta estava aberta. Declarou que a ofendida foi liberada primeiro que ele (f. 254-255 – arquivo audiovisual).

Referidas testemunhas, que também estariam no posto de atendimento de trânsito na data dos fatos, não maculam o depoimento da vítima, até mesmo porque extrai-se do acervo probatório produzido nos autos que eles não estavam presentes o tempo todo na sala em que o réu e a vítima se encontravam.

Em relação à testemunha Fábio Brigado, seu depoimento deve ser visto com ressalvas. Inexiste provas que tenha sido conduzido à JARI pela guarnição. O documento de f. 304-305 apenas demonstra que seu nome foi consultado no sistema SIGO, sem informar qual local a consulta foi realizada, de forma que o policial Esmael poderia ter consultado em qualquer computador com acesso à *internet*.

Além disso, referida testemunha afirmou em juízo dava para ouvir a vítima Milca e o policial conversando o tempo todo perfeitamente, não escutando nada anormal nem choro. Por outro lado, o próprio recorrente afirmou sob o crivo do contraditório e ampla defesa que a ofendida estava chorando quando estava na sala da JARI, situação também confirmada pela vítima Milca.

Outrossim, como bem ressaltou o juízo singular: *"outro ponto que torna nebulosa a versão do réu é quando ele afirma que só abordou a vítima porque, por rotina diária, os policiais têm o dever de registrar 4 boletins de abordagens de fiscalização de trânsito. Entretanto, agindo totalmente contrário à sua pretensa*

justificativa, não registrou nenhuma ocorrência, mesmo admitindo ao final de seu interrogatório que tinha conhecimento de que quando surpreendeu a vítima sem CNH não deveria sequer deixá-la conduzir a motocicleta até a Base - haja vista que deveria reter o veículo e só liberá-lo para pessoa devidamente habilitada, além de proceder aos registros da ocorrência de acordo com as normas de regência.

E quarto, porque não prospera a alegação do denunciado no sentido de que a acusação feita pela vítima pode ter sido motivada por eventual desejo de vingança. Conforme restou incontroversamente comprovado nos autos, o réu não adotou nenhuma das providências legais que deveria ter adotado contra a vítima em razão da manifesta infração de trânsito. Logo, não há nenhum motivo para justificar uma suposta vingança - pelo menos o denunciado não produziu nenhuma prova ou indício de prova nesse sentido". – f. 376.

Portanto, a versão firme, segura e coerente apresentada pela vítima em ambas as fases, aliada aos relatórios sociais, ao laudo pericial realizado no telefone da ofendida, bem como aos depoimentos das testemunhas formam um conjunto probatório seguro no sentido de que o réu praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal mediante grave ameaça contra a vítima nas dependências do posto de atendimento policial de trânsito.

2 – Crime de prevaricação

O réu foi condenado nas penas do art. 319 do CPM porque deixou de tomar as providências legais cabíveis em relação à civil Milca dos Santos de Oliveira, flagrada pilotando uma motocicleta sem possuir e portar carteira de habilitação, em razão de acreditar que ela teria um encontro íntimo com ele.

A Defesa sustenta que não restou comprovado o elemento subjetivo do tipo penal, qual seja, que o delito foi motivado para satisfazer interesse pessoal, mas sim porque o réu ficou na dúvida sobre qual providência adotar, razão pela qual pleiteia a absolvição.

Todavia, o conjunto probatório produzido nos autos deixa claro que o réu (ao atuar como policial do trânsito) deixou indevidamente de praticar ato de seu ofício, previsto expressamente em lei, com o intuito de satisfazer interesse pessoal, consistente em favores de cunho sexual da vítima Milca dos Santos de Oliveira.

O réu é policial militar e habilitado como agente de trânsito desde o ano de 2009 e, na data dos fatos, abordou a civil Milca dos Santos de Oliveira que conduzia uma motocicleta sem portar carteira de habilitação. Ato contínuo determinou que ela o acompanhasse até a Base de Trânsito da PM (JARI) pilotando a referida motocicleta. Ao chegar no local e confirmar no sistema que a vítima não possuía carteira de habilitação para pilotar motocicleta, não confeccionou qualquer registro de ocorrência nem lavrou nenhum documento, liberando-a para ir embora pilotando a motocicleta porque pretendia obter vantagens sexuais com ela.

Em seu interrogatório em juízo o recorrente deixa claro que tinha conhecimento sobre qual providência deveria ser tomada:

> *"(...) que algumas partes da denúncia são verdadeiras, outras não; a abordagem aconteceu do jeito que foi dito aí (...); que eu não adotei nenhum procedimento administrativo por causa da dúvida; não foi feito nada em relação a infração de trânsito; (...) que no momento ela não apresentou o documento de habilitação, mas só um documento de identificação pessoal; que configuraria não portar o documento, configuraria qualquer uma das duas; que eu realmente fiquei na dúvida porque ela estava no processo para obter a categoria "b", então, não habilitado é gravíssimo, ela perderia todo o processo de habilitação; a não portar eu não recordo, mas não foi adotado o procedimento pela dúvida, talvez eu tenha me orientado pela pessoa errada, que falou na dúvida você libera;*

> *que foi amigo André que me orientou, ele é policial militar, acho que não estava de serviço; que acreditei ter sido a pessoa mais indicada para me orientar; que na unidade de Naviraí tem graduado de dia e comandante e estava no horário de expediente; que lá o sargento mais antigo é o graduado e fica de serviço 24hs; que a pessoa ideal para tirar a dúvida seria o comandante do trânsito; talvez eu tenha pecado aí, em não acionar o graduado de dia; (...) que funciona assim nós temos que registrar 4 boletins de abordagem de rotina, para fiscalização de trânsito, era abordagem de rotina com o fim de fiscalização de trânsito; que não tem boletim porque eu não sabia qual procedimento adotar e ela foi liberada; que não havia atitude de suspeito; que não era uma blitz; que a gente aborda normalmente; que o motivo era a fiscalização de trânsito; (...) sou agente de trânsito desde 2009; que o curso para formação de agente de trânsito foi em Naviraí; que eu não fiquei na dúvida quando eu a abordei; quando abordei não tive acesso a checagem do sistema; que não é permitido conduzir veículo sem habilitação; que o procedimento correto é fazer as medidas administrativas e liberar o veículo a pessoa habilitada (...)"* (f. 254-255 – arquivo audiovisual).

Resta claro que o réu tinha conhecimento a respeito das providências que deveriam ter sido adotadas. Se realmente tivesse dúvidas teria entrado em contato com o Comandante do Trânsito para buscar uma orientação (conforme ele mesmo afirmou), pois seria a pessoa indicada para resolver tal situação, no entanto, alega que ligou para um colega de farda chamado André que sequer foi arrolado como testemunha.

O apelante declarou ainda que apenas abordou a civil Milca porque tinha por obrigação registrar 4 boletins de abordagem de rotina por dia. Contudo, contrariamente à justificativa apresentada não foi confeccionado nenhum registro dessa ocorrência.

A civil Milca dos Santos em todas as oportunidades em que foi ouvida (f. 16-18/254-255 – arquivo audiovisual) declarou de forma uníssona que foi abordada pelo réu, informou que não possuía carteira de habilitação para pilotar a motocicleta e ele determinou que ela o acompanhasse até o Núcleo de Trânsito (JARI). No local, ficaram em uma sala somente os dois, ele fez a checagem da documentação e mandou que ela ficasse em pé e virasse de costas, ocasião em que esfregou o órgão genital em suas nádegas. Tal situação a fez ficar com muito medo e no intuito de se ver livre das investidas do réu, disse a ele que estava suja, pois estava fazendo atividade física e, se ele a liberasse para ir tomar um banho, poderiam marcar um encontro depois, sendo que após insistir o réu permitiu que ela fosse embora pilotando a motocicleta, anotou seu número do telefone celular e na mesma noite ligou três vezes para ela cobrando o encontro.

As ligações telefônicas efetuadas pelo réu no celular da ofendida estão comprovadas no laudo pericial de f. 43-47. Como bem ressaltou o sentenciante *"Como se não bastasse, os telefonemas foram realizados a partir das 22h39min, sendo que um deles foi atendido pela vítima e a conversa durou mais de 14 (quatorze) minutos - demonstrando que a intenção do réu não era a de somente orientar a civil - porque se o fosse, certamente a conversa não teria demorado tanto assim -, mas sim de convencê-la a cumprir o combinado de se encontrar para satisfazer a sua lascívia."* (f. 398).

Além disso, nas duas oportunidades em que foi atendida pelas Assistentes Sociais do município (f. 34-37/68) a ofendida manteve a mesma versão de forma consistente, o que foi confirmado, ainda, pelos depoimentos judiciais da testemunha Marli Lopes Moreno (assistente social) e dos familiares da vítima (f. 254-255 – arquivo audiovisual).

Portanto, por não ter o réu adotado as providências legais quanto à infração de trânsito praticada pela civil Milca dos Santos de Oliveira para satisfazer interesse pessoal - acreditando que teria um encontro sexual com a vítima -, deve ser mantida a condenação pelo crime previsto no art. 319 do Código Penal Militar.

Nesse sentido, trago os julgados deste Sodalício:

> *"APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL MILITAR. RECURSO MINISTERIAL. CORRUÇÃO PASSIVA MAJORADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. APELOS DEFENSIVOS. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. PREVARICAÇÃO. SUPOSTA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO À AUTORIA E AO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. IMPROCEDÊNCIA. PECULATO E CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA. ACERVO PROBATÓRIO DESFAVORÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. AGRAVANTES DO ART. 70, II, "B", E "L", DO CÓDIGO PENAL MILITAR. EXCLUSÃO INVIÁVEL. NÃO PROVIMENTO. A ausência de provas cabais acerca da responsabilidade dos acusados pelo cometimento do crime de corrupção passiva majorada impõe a manutenção da absolvição proferida em relação a tal conduta. Verificado que a sentença encontra-se ajustada ao quanto descrito na denúncia, procedendo à análise pormenorizada dos fatos ali elencados, não se reconhece qualquer nulidade por suposta falta de correção entre aquela e a peça acusatória.* ***Não se cogita o acolhimento do pleito absolutório pelo crime de prevaricação se a prova testemunhal, aliada às interceptações telefônicas, demonstra que os acusados dirigiram suas vontades à prática delituosa, deixando de praticar ato de ofício, a fim de satisfazer interesse de cunho pessoal****. (...)".* (TJMS; APL 0021784-06.2012.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJMS 11/09/2017) - destaquei.

> *"PREVARICAÇÃO – RECURSOS DEFENSIVOS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AGENTES QUE DEIXARAM DE PRATICAR, INDEVIDAMENTE, ATO DE OFÍCIO, PARA SATISFAZEREM INTERESSES PESSOAIS – CRIME CONFIGURADO – ERRO DE FATO CULPOSO (ART. 36, § 1º, DO CPM – CRIME DOLOSO – RECURSO DESPROVIDO. Se o conjunto probatório deixa evidente que os apelantes deixaram de praticar, indevidamente, ato de ofício, para satisfazerem interesses pessoais, não há falar em absolvição. Se os apelantes agiram dolosamente, impossível falar em reconhecimento do erro de fato culposo."* (TJMS; APL 0044774-54.2013.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 11/11/2015) – destaquei.

Mantenho, portanto, a condenação pelo delito de prevaricação.

Desclassificação

A defesa pede, subsidiariamente, a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção penal prevista no art. 65 da Decreto-Lei nº 3.668/41 (perturbação da tranquilidade) ou para o crime de constrangimento ilegal previsto no art. 222 do CPM, bem como do crime de prevaricação para o delito previsto no art. 324 do CPM (inobservância da lei, regulamento ou instrução).

Em relação ao delito de atentado violento ao pudor, o conjunto probatório produzido nos autos demonstra que a conduta do réu amolda-se ao tipo penal previsto no art. 233 do Código Penal Militar, pois atuando como agente de trânsito, conduziu a vítima civil Milca para uma sala em ambiente militar, durante o período noturno, em que ficaram apenas os dois e, agindo contra a vontade da vítima, pegou em seu pescoço por trás e passou a esfregar seu pênis nas nádegas da ofendida, com a intenção de satisfazer sua própria lascívia.

Apesar de não ter ameaçado verbalmente a vítima Milca, o ambiente criado pelo réu, que é policial militar, foi o suficiente para incutir temor à ofendida, retirando sua capacidade de autodeterminação. Logo, a conduta de cunho sexual praticada ultrapassou a simples importunação ofensiva ao pudor ou à tranquilidade

da vítima, pois restou clara a finalidade do réu de satisfazer sua própria lascívia, razão pela qual não se amolda à contravenção prevista no art. 65 da LCP.

Nessa trilha trago os julgados:

> *"(...) Não há que se falar em desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (artigo 65, da LCP), eis que o fato ultrapassou a mera importunação ofensiva ao pudor ou à tranquilidade da vítima, restando clara a finalidade do réu de satisfazer sua própria lascívia. (...)".* (TJES; Apl 0016316-95.2015.8.08.0024; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Adalto Dias Tristão; Julg. 21/06/2017; DJES 03/07/2017)

> *"(...) Há grande diferença entre os atos que atentam contra o pudor e os atos que simplesmente reprováveis e inoportunos que apenas molestam a vítima, estes últimos, consoante o entendimento jurisprudencial e doutrinário, configuram a contravenção de perturbação da tranqüilidade prevista no art. 65 da LCP. Operada a desclassificação para infração de menor potencial ofensivo (...)."* (TJMT, EIfNu nº 69065/2006). (TJMT; APL 69563/2017; Tangará da Serra; Rel. Des. Marcos Machado; Julg. 03/10/2017; DJMT 06/10/2017)

Da mesma forma, não há como desclassificar a conduta do réu para o crime de constrangimento ilegal previsto no art. 222 do CPM, pois apesar de ter agido constrangendo a ofendida mediante grave ameaça, restou clara que sua finalidade era a de satisfazer sua própria lascívia, configurando assim, o delito de atentado violento ao pudor.

Em relação ao pleito de desclassificação do crime de prevaricação para o delito previsto no art. 324 do CPM (inobservância da lei, regulamento ou instrução) igualmente não merece prosperar.

A conduta do réu consistiu em liberar a civil Milca que estava transitando de motocicleta sem possuir a carteira de habilitação com a promessa de que que teriam um encontro. Após liberar Milca permaneceu no núcleo de trânsito esperando por ela e, utilizando-se do telefone fixo do local, efetuou três ligações para o celular dela, cobrando e coagindo Milca a voltar e cumprir o "combinado".

Portanto, o recorrente prevaricou, sendo incabível já que claramente demonstrado que agiu movido pelo interesse pessoal de obter favores sexuais da vítima Milca.

Dosimetria

Requer, ainda, a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, II, do CPM e a compensação com agravantes previstas no art. 70, II, "l" e "g" do CPM.

Pena-base

O art. 69 do CPM dispõe:

> *"Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime."*

A pena-base do réu foi fixada sob os seguintes fundamentos:

Crime de atentado violento ao pudor

"Em atenção ao art. 69 do CPM, denota-se que as circunstâncias de tempo e lugar do fato revelaram-se de reprovabilidade elevada, porquanto o denunciado - a pretexto de necessidade para averiguação documental - conduziu a civil, em horário noturno, ao interior do Núcleo de Trânsito, sem a presença de nenhuma outra pessoa, relevando a vítima à situação de total ausência de possibilidade de resistir a sua conduta criminosa, sendo que esta só conseguiu se esquivar porque convenceu o réu a deixá-la ir para sua residência tomar um banho.

Ademais, conforme ficou claro no relatório social realizado (f. 34/37 e 68) pela Assistente Social Marli Lopes Moreno - o que foi repetido pela vítima nas diversa vezes em que foi ouvida sobre os fatos - a conduta do réu teve o condão de lhe causar trauma psicológico, o que revela-se natural para casos como esse, muitas vezes com sequelas psicológicas irreversíveis.

Caracterizado, portanto, dano psicológico de elevada extensão.

Diante disso, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, precisamente em 3 (três) anos de reclusão." (f. 380).

Crime de prevaricação

"Em atenção ao art. 69 do CPM, denota-se que as circunstâncias de tempo e lugar do fato revelaram-se de reprovabilidade mais elevada do que o corriqueiro para a prática do crime de prevaricação. Isso porque, conforme restou comprovado durante a instrução criminal, a conduta criminosa foi executada em período noturno, no interior do Núcleo de Trânsito, apenas com a presença da civil Milca dos Santos de Oliveira - contra quem praticou o crime de atentado violento ao pudor.

Ademais, mesmo reconhecendo que adotou procedimento incorreto diante da infração de trânsito praticada pela civil e que deveria sanar qualquer dúvida com o Comandante do Trânsito, em nenhum momento o denunciado mostrou arrependido da sua conduta revelando, ao contrário, atitude de indiferença ou arrependimento após o crime.

Diante disso, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, precisamente em 1 (um) ano de detenção (...)".(f. 399).

Vê-se que quanto ao crime de atentado violento ao pudor a pena-base foi exasperada em 01 ano diante das circunstâncias de tempo e lugar do crime e da extensão do dano, enquanto do delito de prevaricação foi elevada 06 meses acima do mínimo legal em virtude das circunstâncias de tempo e lugar do crime e atitude de indiferença e não demonstração de arrependimento após o crime.

As sanções impostas devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias do delito perpetrado e, ainda, com as características subjetivas do agente infrator. Em observância a isso, o julgador criminal, ainda com fundamento nas disposições previstas nos artigos 69 do CPM, fixa a reprimenda que entende adequada e suficiente para as finalidades retributiva e preventiva da sanção penal.

Desse modo, acertada a valoração desfavorável das circunstâncias de tempo e local do crime (período noturno nas dependências do Núcleo de Trânsito), bem como do extenso dano psicológico causado na ofendida (consoante relatos da ofendida, relatório social e depoimento da assistente social) e da atitude

de indiferença e não arrependimento do réu mesmo reconhecendo que não agiu corretamente diante da infração de trânsito da civil Milca.

Outrossim, o patamar fixado para os dois delitos na 1ª etapa da dosimetria mostra-se adequado, proporcional e suficiente, razão pela qual tenho como improcedente o pedido de redução da sanção penal, eis que foi quantificada rigorosamente segundo os critérios legais.

Atenuante do comportamento meritório

O apelante requer o reconhecimento da atenuante do comportamento meritório prevista no artigo 72, II, do CPM.

Contudo, não pode se beneficiado com a referida atenuante por ser inaplicável quando os registros apesar de elogiosos (f. 105-112), são de comportamento esperado na vida castrense, sem demonstrar conduta excepcional àquela do cotidiano da caserna.

Neste sentido, colaciono os julgados do Superior Tribunal Militar:

> *"EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO IN APELAÇÃO – DEFESA. – RECEPTAÇÃO DOLOSA – OMISSÃO – ATENUANTES DE COMPORTAMENTO MERITÓRIO E DE REPARAÇÃO DO DANO ANTES DO JULGAMENTO – INAPLICABILIDADE. 1.* ***Para se beneficiar da atenuante de comportamento meritório na dosimetria da pena, é necessário que o acusado tenha realizado condutas excepcionais não obrigatórias ou com risco de vida, não sendo suficientes, para a sua caracterização, as meras referências elogiosas por participação em atividades rotineiras da caserna. 2. Inaplicável a atenuante de reparação do dano antes do julgamento, quando terceiros, sem o*** *consentimento prévio do acusado, restituem a coisa subtraída ao verdadeiro dono.Embargos acolhidos parcialmente. Decisão unânime.* (Processo EMBDEC 86120097030203 DF 0000008-61.2009.7.03.0203 - Publicação 28/06/2012 Vol: Veículo: DJE Julgamento:13 de Junho de 2012 - Relator Artur Vidigal de Oliveira)

> *"EMENTA: REVISÃO CRIMINAL – DEFESA. ESTELIONATO – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO REJEITADA – INOCORRÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – INEXISTÊNCIA DE COMPORTAMENTO MERITÓRIO. 1. Satisfeitos os requisitos de conhecimento da Revisão Criminal, ao Juízo de admissibilidade exige-se apenas uma análise superficial da referida pretensão. 2. A Revisão Criminal não se presta a reexame das provas, como se fora uma segunda Apelação. 3.* ***O recebimento de Medalha Militar por tempo de serviço e referências elogiosas de per si não configuram a atenuante de comportamento meritório estabelecida no inciso II do art. 72 do CPM****. Pedido Revisional conhecido e indeferido. Decisão unânime.* (Processo REVCRIM 496820117000000 DF 0000049-68.2011.7.00.0000 - Publicação 13/04/2012 Vol: Veículo: DJE - Julgamento 9 de Março de 2012 Relator Artur Vidigal de Oliveira) – grifos meus.

Assim, diante do não reconhecimento da atenuante do comportamento meritório prevista no artigo 72, II, do CPM, resta prejudicada a análise do pleito de compensação com agravantes previstas no art. 70, II, "l" e "g" do CPM.

Dispositivo

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. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Juiz Waldir Marques e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 22 de março de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003549-29.2015.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – ROUBO, EXTORSÃO E CORRUPÇÃO DE MENOR – PLEITO DE CONDENAÇÃO DO CORRÉU – IMPOSSIBILIDADE – FRAGILIDADE PROBATÓRIA – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS DE ROUBO E EXTORSÃO – PROCEDENTE – PARCIALMENTE PROVIDO.

Dos elementos colhidos nos autos não há como desconstituir a sentença absolutória de Evandro. A vítima foi abordada na cidade de Dourados/MS, onde foi colocada dentro de seu veículo. Evandro foi cooptado na cidade de Bela Vista/MS e segundo a prova testemunhal, recusou-se a adentrar no veículo, todavia, foi pressionado verbalmente por Renato a fazê-lo. Contudo, o que se depreende é que não esboçou ação alguma, permanecendo todo o tempo calado, sem praticar qualquer conduta aderente à extorsão. Da prova testemunhal colhida nos autos, não é possível identificar coautoria ou sequer mera participação. A prova é demasiadamente frágil. A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade. Milita em favor do acusado a dúvida, e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, a manutenção da absolvição é medida que se impõe.

Em que pese parte da doutrina sustentar que "*afirmar que extorsão e roubo não são crimes da mesma espécie é distinguir onde a lei não distingue*"[1], os tribunais superiores têm sedimentado o entendimento contrário, "(...) *É clássica a jurisprudência desta Corte no sentido de que os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes (a) não se qualificam como fato típico único; e (b) por se tratar de crimes de espécies distintas, é inviável o reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71).* Precedentes. 2. Ordem denegada. (STF: HC 113900). Desta feita, merece acolhimento a pretensão ministerial de afastamento da continuidade delitiva entre os crimes, a fim de que seja reconhecido entre os crimes de roubo e extorsão as regras do concurso material de delitos, pois o réu e seu comparsa (falecido) não satisfeitos em subtrair o veículo da vítima, subjugaram-na, privando-a de sua liberdade, obrigando-a a fornecer a senha de seu cartão bancário para que efetivassem saque de sua conta bancária, caracterizando o concurso material previsto no artigo 69 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ROUBO, EXTORSÃO E CORRUPÇÃO DE MENOR – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO ÚLTIMO DELITO – INCABÍVEL – CRIME CONFIGURADO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE ROUBO – IMPOSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO PATAMAR DE MAJORAÇÃO DO CRIME DE ROUBO – ACOLHIMENTO – PARCIALMENTE PROVIDO.

Os núcleos do tipo penal são corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, *"com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la*." O entendimento é de que a corrupção é crime formal. Assim, basta a participação de inimputável para que haja a subsunção

1 BITENCOURT,Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 8. ed. São Paulo:Saraiva, 2014.

da conduta ao tipo do artigo 244-B do ECA. A mera exposição dos menores ao cometimento de delitos (o ato infracional dependendo da perspectiva) já caracteriza o início ou o agravamento do dano à formação moral da pessoa em desenvolvimento e, assim, ainda que o delito tenha se dado por iniciativa dos próprios adolescentes ou que voluntariamente tenham aderido à conduta criminosa, isso não obsta o reconhecimento do crime elencado no artigo 244-B do ECA. Se assim não considerarmos, enfraquecida estará a objetividade da própria tutela penal, que nada mais é do que a formação moral do menor.

Foram negativadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e consequências para o crime de roubo, sendo exasperada a pena em 02 anos acima do mínimo legal. Tais vetores servem para exasperar a reprimenda pela gravidade que apresentam, pois fundamentadas de maneira idônea. Da fundamentação da sentença, analisadas as especificidades do caso concreto, sopesados os elementos que tornam razoável e proporcional o aumento da pena-base ao patamar estipulado, observando a discricionariedade vinculada do julgador, não se identifica "*os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento*" (NUCCI, Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2010).

A quantidade de causas de aumento para o roubo é insuficiente para uma maior elevação da fração na terceira da dosimetria da pena, o que deve ser justificado com base no potencial lesivo de cada uma, diante de fundamentação concreta, quando ocorrerem circunstâncias especiais, tais como, por exemplo, participação de número excessivo de agentes relativamente organizados e uso de arma de excepcional potencialidade ofensiva, o que não é o caso. Aplicação da Súmula 443 do STJ.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial, reconhecendo o concurso material entre os delitos e; dou parcial provimento ao recurso defensivo a fim de reduzir o patamar de majoração da pena na terceira fase para 1/3 (pena definitiva total de 16 anos de reclusão e 233 dias-multa).

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 aos recursos.

Campo Grande, 22 de março de 2018.

Juiz Emerson Cafure – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual e Renato Rosa Galdino (pena privativa de liberdade total de 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e, ao pagamento de 180 (cento e oitenta) dias multa, condenado pela prática dos crimes descritos nos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e V, 158, § 3º, ambos do Código Penal Brasileiro e artigo 244-B, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no regime inicial fechado.

Nas razões recusais ministeriais de f. 612-630, o *Parquet* requer a condenação do co-denunciado Evandro Carvalho Zamurio pela prática do crime previso no artigo 158, § 3º, do Código Penal Brasileiro e no artigo 244-B, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e, por fim, pugnou pelo afastamento da continuidade delitiva, quanto ao apelado Renato Rosa Galdino.

A defesa nas razões recursais de f. 586-597, pugna pela absolvição pela prática do crime de corrupção de menor, redução da pena-base do crime de roubo e redução do patamar aplicado para as causas de aumento previstas os incisos I, II e V, do art. 157 do Código Penal.

Contrarrazões recíprocas as f. 651-660 e 632-647, combatendo as respectivas pretensões.

Parecer da Procuradoria de Justiça as f. 725-759 pelo provimento do recurso ministerial e desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual e Renato Rosa Galdino (pena privativa de liberdade total de 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e, ao pagamento de 180 (cento e oitenta) dias multa, condenado pela prática dos crimes descritos nos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e V, 158, § 3º, ambos do Código Penal Brasileiro e artigo 244-B, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, no regime inicial fechado.

Nas razões recusais ministeriais de f. 612-630, o *Parquet* requer a condenação do co-denunciado Evandro Carvalho Zamurio pela prática do crime previso no artigo 158, § 3º, do Código Penal Brasileiro e no artigo 244-B, da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e, por fim, pugnou pelo afastamento da continuidade delitiva, quanto ao apelado Renato Rosa Galdino.

A defesa de Renato Rosa Galdino nas razões recursais de f. 586-597, pugna pela absolvição pela prática do crime de corrupção de menor, redução da pena-base do crime de roubo e redução do patamar aplicado para as causas de aumento previstas os incisos I, II e V, do art. 157 do Código Penal.

Passo a analisar.

Narra a denúncia:

> *"FATO 01*
>
> *Consta dos autos do Inquérito Policial de número 0003549-29.2015 que, no dia 07 de julho de 2015, por volta das 10h10min, na Rua Oliveira Marques, Jardim Central, em frente à Imobiliária MUD, em Dourados/MS, Renato Rosa Galdino, agindo em unidade de desígnios com Clailton Moraes Gaino, subtraíram para si, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de facas, a camionete GM/S-10, ano 2013/2014, placa OOG-4587 e mais R$ 200,00 (duzentos reais); 01 Iphone 6; 01 Ipad e 01 smatphone Samsung Duos, pertencente a Mário Rubens Ferraz de Paula e, ainda, restringiram a liberdade da vítima após a consumação do crime, mantendo-a consigo durante a fuga.*
>
> *FATO 02*
>
> *Consta também que, no dia 07 de julho de 2015, entre às 10h10min e as 16h30min, na cidade de Bela Vista/MS, os denunciados Renato Rosa Galdino e Evandro Carvalho*

Zamurio, agindo em unidade de desígnios com Clailton Moraes Gaino e a adolescente A. R. P. dos S., constrangeram a vítima Mário Rubens Ferraz de Paula, restringindo sua liberdade e obrigando-o a entregar seu cartão de crédito e sua senha bancária, com o intuito promover saques de dinheiro da conta da vítima. O crime foi cometido mediante restrição da liberdade da vítima, que permaneceu em poder dos denunciados durante toda a ação criminosa em Bela Vista/MS e vinha sendo trazida a Ponta Porã/MS, para nova tentativa de saque em outro caixa eletrônico, quando se deu o flagrante.

FATO 03

Consta ainda que, nessa mesma data, Renato Rosa Galdino e Evandro Carvalho Zamurio facilitaram a corrupção da adolescente A. R. P. dos S., eis que com ela praticaram a extorsão qualificada, descrita no fato anterior.

Conforme restou apurado, na data dos fatos, por volta das 10h10min, a vítima Mário Rubens Ferraz de Paula chegava ao seu estabelecimento comercial - a Imobiliária MUD, sito à Rua Oliveira Marques, Jardim Central, em Dourados/MS -, ocasião em que foi surpreendida por Renato Rosa Galdino e Clailton Moraes Gaino, os quais, imbuídos do animus furandi, abordaram a vítima e anunciaram o assalto.

Ato contínuo, sacaram as facas que portavam e ordenaram a Mário que entrasse em seu veículo - a camionete GM/S-10, ano 2013/2014, placa OOG-4587, cor branca e deitasse no assoalho do banco traseiro.

Intimidada pela violência dos assaltantes e pelas ameaças de morte, a vítima acatou a ordem dada, tendo se deitado no assoalho traseiro da camionete; Clailton passou a conduzir o veículo, ao passo que Renato sentou-se no banco traseiro, de onde viagiava a vítima, sempre reiterando as ameaças.

O denunciado Renato e Clailton também subtraíram a quantia de R$ 200,00 (duzentos reais), em dinheiro, que estava na bolsa de serviço da vítima.

Mesmo de posse dos bens, o denunciado Renato e Clailton mantiveram a vítima sob seu poder e tomaram rumo à cidade de Nioaque, e de lá para Bela Vista/MS, pois, segundo consta, pretendiam cruzar a fronteira, rumo ao Paraguai.

Em Bela Vista/MS, Renato e Clailton foram até a casa da irmã deles, a adolescente Adriana, onde estabeleceram contato com mototaxista Marcos Cezar Caimar Dias, solicitando que ele fosse até a Ponte que dá acesso ao Paraguai e informasse se havia barreira policial.

Enquanto aguardavam o retorno da informação, os autores, acompanhados da adolescente Adriana, passaram a dar voltas pela cidade de Bela Vista, permanecendo por cerca de 02 horas, sempre em contato com o mototaxista.

Como foram informados que o "exército estava na Ponte", Renato e Clailton, acompanhados da adolescente Adriana, resolveram vir a Ponta Porã, pois "era fronteira seca", mas antes deram início a nova conduta criminosa, constrangendo a vítima para que lhes entregasse o cartão do banco e a senha, a fim de promoverem saques em sua conta corrente.

Diante das ameaças de morte, a vítima não teve alternativa e acabou entregando seu cartão aos autores, revelando, ainda, a senha para saque.

Em seguida, Renato e Clailton determinaram que a adolescente A. R. P. dos S.

descesse em um caixa eletrônico, do Banco do Brasil, em Bela Vista/MS, e realizasse um saque na conta da vítima, entretanto, a adolescente não conseguiu e retornou para o carro, momento em que a vítima foi novamente ameaçada de morte, pois lhe disseram que sua última chance seria Ponta Porã e que se não conseguissem mais dinheiro, seria morta.

Renato e Clailton resolveram buscar outro comparsa para concretizarem o intento criminoso e se dirigiram a casa do denunciado Evandro Carvalho Zamurio, morador de Bela Vista/MS, o qual aderiu a conduta criminosa e adentrou no veículo, sentando-se no banco traseiro, onde a vítima estava deitada no assoalho. Em seguida, todos decidiram vir a Ponta Porã/MS, a fim de tentarem mais uma vez sacar o dinheiro da vítima, e novamente os autores Renato, Clailton e Evandro a ameaçaram, dizendo que se não conseguissem sacar o dinheiro, iriam matá-la. Também diziam que, após o saque, se dirigiriam à Pedro Juan Caballero/PY, para vender a camionete.

Frise-se que Evandro aderiu completamente à execução das condutas criminosas, ingressando na camionete e passando a colaborar com os demais autores.

Também, durante todo tempo de restrição da liberdade, a vítima foi ameaçada e agredida, permanecendo sempre sob mira da faca.

A ação criminosa foi contida porque a filha da vítima estava acompanhando a localização do pai pelo celular (sistema "buscar iPhone") e comunicou às Autoridades Policiais que Mauro estava entre Antonio João e Ponta Porã, na MS 164.

A Delegacia de Ponta Porã/MS foi acionada e Policiais Civis foram ao encontro dos autores, enquanto outros montaram barreiras com vista a cercarem os assaltantes.

Na altura do KM 04/05, os denunciados e seus comparsas foram avistados pela polícia, iniciando-se perseguição. Foi necessário atirar nos pneus da camionete, pois, apesar das ordens de parada, os autores não paravam o veículo.

A perseguição só terminou porque os autores tentaram ingressar em uma estrada vicinal, rumo ao Paraguai, mas não conseguiram e acabaram parando o veículo.

Todos se renderam, exceto Clailton, que empreendeu fuga e acabou sendo alvejado pela polícia.

As facas utilizadas por Clailton e Renato foram apreendidas e periciadas - f. 135/139, 140/143. A res furtiva foi avaliada em R$ 111.091,00 (cento e onze mil e noventa e um reais) - f. 163/IP."

Recurso do Ministério Público

Dos elementos colhidos nos autos não há como desconstituir a sentença absolutória de Evandro Carvalho Zamurio.

A vítima foi abordada na cidade de Dourados/MS, onde foi colocada dentro de seu veículo, tendo Clailton (que veio a óbito) assumido a direção, enquanto Renato a constrangia sob ameaça utilizando uma faca. Evandro foi cooptado na cidade de Bela Vista/MS e segundo a prova testemunhal, recusou-se a adentrar no veículo, todavia, foi pressionado verbalmente por Renato a fazê-lo. Contudo, o que se depreende é que não esboçou ação alguma, permanecendo todo o tempo calado, sem praticar qualquer conduta aderente à extorsão.

Dos depoimentos da irmã do réu Renato, a corré Adriana, extrai-se que nenhum ato de constrangimento ativou ou passivo foi possível identificar na conduta do apelado (arquivo audiovisual de f. 391).

O réu Renato confirma que Evandro não participou de qualquer forma, relatando que Evandro tomou conhecimento do roubo do veículo já na cidade de Antônio João/MS, instante em que manifestou a vontade de sair do automóvel mas foi impedido (arquivo audiovisual de f. 502).

A acusação não realizou nenhum questionamento específico acerca da prática imputada a Evandro quando da oitiva da vítima (arquivo audiovisual de f. 451).

Não é possível identificar coautoria ou sequer mera participação. A prova é demasiadamente frágil.

Deve atentar o acusador para a rigidez na colheita das provas, como meio de desconstituir a presunção de inocência. Tal não ocorreu no caso vertente. Desta feita, não há circunstância provada, em que se amparem os indícios de autoria levantados pela acusação contra o réu.

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade**.**

Por fim, cito Marco Antonio de Barros:

> *"Verdade e certeza não se confundem. A verdade, já foi dito, é a conformidade da ideia com a coisa (adaequatio intellectus et rei), enquanto que a certeza se configura com a manifestação subjetiva da verdade, isto é, a crença de que o afirmado é a verdade.*
>
> *(...)*
>
> *Disso resulta concluir, que a convicção do juiz é livre, submete-se à sua própria consciência, porém, a sua decisão deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo.*
>
> *Consagra-se nesse sistema de apreciação da prova a sua principal finalidade, que é a de formar a convicção do juiz, especialmente quanto à veracidade das alegações feitas pelas partes.*"

Milita em favor do acusado a dúvida, e em atenção ao princípio constitucional da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, a manutenção da absolvição é medida que se impõe.

Continuidade delitiva quanto a condenação do apelado Renato Rosa Galdino

O juiz singular reconheceu a continuidade delitiva entre os delitos de roubo, extorsão e corrupção de menor, sob o seguinte fundamento:

> *"Na terceira fase incide o aumento da pena em 1/2 para o roubo conforme acima fundamentado, de modo que suas penas ficam em:*
>
> *1) para o roubo em 09 anos de reclusão e pagamento de 150 dias- multa.*
>
> *2) para a extorsão ao banco em 07 anos de reclusão e pagamento de 100 dias-multa.*
>
> *3) para a corrupção da menor: 01 ano de reclusão.*
>
> ***Ainda na terceira fase, ao invés de se somarem as penas, aplica-se a regra do artigo 71 do CP, de forma que aplica-se apenas a pena do crime mais grave, aumentada de 1/5, por se tratar de 03 crimes. Assim, sua pena fica definitivamente fixada em: 10 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e pagamento de 180 dias-multa no mesmo patamar.***" – grifei.

Em que pese parte da doutrina sustentar que "*afirmar que extorsão e roubo não são crimes da mesma espécie é distinguir onde a lei não distingue*"[2], os tribunais superiores têm sedimentado o entendimento contrário, conforme jurisprudência que colaciono:

> *"(...)* ***É clássica a jurisprudência desta Corte no sentido de que os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes (a) não se qualificam como fato típico único; e (b) por se tratar de crimes de espécies distintas, é inviável o reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71).*** Precedentes. 2. Ordem denegada. (HC 113900, Relator(a): Minº Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, Processo Eletrônico DJe-228 DIVULG 19-11-2014 Public 20-11-2014) g.nº
>
> *"Habeas Corpus. 2. Continuidade delitiva dos crimes de roubo e extorsão. Impossibilidade. Espécies distintas. 3. Constrangimento ilegal não evidenciado. 4. Ordem denegada.*(HC 106433, Relator(a): Minº Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, Processo Eletrônico DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011)
>
> *"(...)* ***Nos termos da jurisprudência desta Corte, malgrado os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando despiciendo o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal.*** 4. Hipótese na qual o Tribunal de origem, no julgamento da apelação interposta pelo réu, fundamentou concretamente a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. Em verdade, as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo e com o concurso de quatro agentes, denota a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.5. *Writ* não conhecido.(HC 387.171/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017) - grifei.
>
> *"(...) A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante emprego de violência ou grave ameaça, bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente.3. Agravo regimental não provido*.(AgRg no AREsp 323.029/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

Desta feita, merece acolhimento a pretensão ministerial de afastamento da continuidade delitiva entre os crimes, a fim de que seja reconhecido entre os crimes de roubo e extorsão as regras do concurso material de delitos, pois o réu e seu comparsa (falecido) não satisfeitos em subtrair o veículo da vítima, subjugaram-na, privando-a de sua liberdade, obrigando-a a fornecer a senha de seu cartão bancário para que efetivassem saque de sua conta bancária, caracterizando o concurso material previsto no artigo 69 do Código Penal.

Acerca do delito de corrupção de menores, não pairam dúvidas, vez que de natureza totalmente distinta, logo inaplicável a continuidade delitiva, incidindo na espécie o concurso formal, previsto no artigo 70 do Código Penal, eis que mediante uma só ação, Renato praticou a extorsão e o delito de corrupção de menor ao determinar à A. R. P. dos S. que de posse do cartão e senha, efetuasse o saque, restando, todavia, frustrada a ação em razão do bloqueio pela instituição financeira.

Assim, a pena do crime de extorsão, deve ser exasperada em 1/6 referente ao concurso formal com o delito de corrupção de menor e aplicado entre os delitos de roubo e extorsão o cúmulo material.

2 BITENCOURT,Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

Recurso da defesa de Renato Rosa Galdino

Incabível o acolhimento da pretensão de absolvição da corrupção de menores.

Os núcleos do tipo penal são corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, *"com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la*." O entendimento é de que a corrupção é crime formal. Assim, basta a participação de inimputável para que haja a subsunção da conduta ao tipo do artigo 244-B do ECA.

A mera exposição dos menores ao cometimento de delitos (o ato infracional dependendo da perspectiva) já caracteriza o início ou o agravamento do dano à formação moral da pessoa em desenvolvimento e, assim, ainda que o delito tenha se dado por iniciativa dos próprios adolescentes ou que voluntariamente tenham aderido à conduta criminosa, isso não obsta o reconhecimento do crime elencado no artigo 244-B do ECA. Se assim não considerarmos, enfraquecida estará a objetividade da própria tutela penal, que nada mais é do que a formação moral do menor.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 500:

> *"A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova."*

A argumentação de que não houve a participação da menor no delito está isolada nos autos, porquanto restou provada no processo de apuração de ato infracional registrado sob o número 0003382-12.2015 na Comarca de Ponta Porã/MS.

Mantenho a condenação.

Pena-base

O magistrado singular ao fixar a pena-base fez constar:

> *"Passo a dosimetria da pena.*
>
> *Com relação ao roubo*
>
> *As causas de aumento de roubo, considera-se que foram 02 assaltantes, com duas facas, e com privação da liberdade da vítima por sete horas, e que são três as causas de aumento incidentes, de modo que o aumento será de metade.*
>
> *A reprovabilidade da conduta ou culpabilidade foi acentuada porque a vítima foi agredida e era ameaçada durante o trajeto, o que revela maior reprovabilidade da conduta.*
>
> *A vítima relata grande trauma e os depoimentos informam que ela saiu muito abalada emocionalmente do veículo, o que demonstra que as consequências dos fatos foram especialmente graves.*
>
> *Renato é reincidente conforme certidão de f. 238 e confessou a autoria dos crimes.*
>
> *As demais circunstâncias do artigo 59 não se aplicam.*
>
> *(...)*
>
> *Na primeira fase da dosimetria, portanto, considerado o que ficou acima registrado, fixo sua pena base:*
>
> *1) para o roubo em 06 anos de reclusão e pagamento de 100 dias- multa.*

2) para a extorsão em 07 anos de reclusão e pagamento de 100 dias-multa."

Foram negativadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e consequências para o crime de roubo, sendo exasperada a pena em 02 anos acima do mínimo legal.

Tais vetores servem para exasperar a reprimenda pela gravidade que apresentam, pois fundamentadas de maneira idônea. Da fundamentação da sentença, analisadas as especificidades do caso concreto, sopesados os elementos que tornam razoável e proporcional o aumento da pena-base ao patamar estipulado, observando a discricionariedade vinculada do julgador, não se identifica "*os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento*" (NUCCI, Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2010).

Não há reparo a ser feito na bem estipulada pena-base.

Causas de aumento dos incisos I, II e V, do art. 157 do Código Penal.

O juízo *a quo* aumentou a pena em metade, sob o seguinte fundamento:

> *"As causas de aumento de roubo, considera-se que foram 02 assaltantes, com duas facas, e com privação da liberdade da vítima por sete horas, e que são três as causas de aumento incidentes, de modo que o aumento será de metade."*

A única fundamentação para a elevação acima do mínimo (que é de um terço) foi o critério quantitativo. Tal critério vai de encontro com a Súmula 443 do STJ, pois a indicação do número de causas de aumento para o roubo não justifica uma maior elevação da reprimenda na terceira fase, o que deve ser justificado com base no potencial lesivo de cada uma. *In verbis*:

> *"Súmula 443: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta,* ***não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes****."* - destaquei.

O aumento maior que um terço somente ocorre quando existentes circunstâncias especiais, tais como, por exemplo, participação de vários agentes, uso de armas especiais com grande potencialidade, requintes de crueldade etc, sendo insuficiente a quantidade de majorantes.

Na hipótese, os agentes seriam apenas dois, sendo utilizada arma branca.

Ausentes quaisquer causas excepcionais, impõe-se o aumento de apenas um terço.

Passo à nova dosimetria da pena.

Crime de roubo

Fixada a pena-base em 06 anos de reclusão e 100 dias-multa.

Na segunda fase, presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, sendo que ambas se compensam, permanece no mesmo patamar a pena provisória.

Na terceira fase, incidem as causas de aumento de pena, ora fixadas em 1/3, restando a pena em 08 anos de reclusão e 133 dias-multa, que sem outros elementos, torna-se definitiva.

Crime de extorsão

Fixada a pena-base em 07 anos de reclusão e 100 dias-multa.

Na segunda fase, presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, sendo que ambas se compensam, permanece no mesmo patamar a pena provisória.

Na terceira fase, sem causas de aumento ou diminuição, resta a pena em 07 anos de reclusão e 100 dias-multa, que sem outros elementos, torna-se definitiva.

Em relação aos crimes de extorsão e corrupção de menores, aplicar-se-ia o concurso formal, todavia, a incidência do aumento de 1/6 em relação ao maior apenamento, na forma do artigo 70 do Código Penal, excederia a regra do artigo 69 do Código Penal, desta forma, aplico o cúmulo material a todos os delitos, restando a pena definitiva total em 16 anos de reclusão e 233 dias-multa.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial, reconhecendo o concurso material entre os delitos e; dou parcial provimento ao recurso defensivo a fim de reduzir o patamar de majoração da pena na terceira fase para 1/3 (pena definitiva total de 16 anos de reclusão e 233 dias-multa).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Juiz Waldir Marques e Des. Jairo Roberto de Quadros.

Campo Grande, 22 de março de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0013422-75.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE 14 (CATORZE) ANOS – ERRO DE TIPO – NÃO COMPROVAÇÃO – CONDENAÇÃO IMPOSITIVA – RECURSO MINISTERIAL – RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO.

Como cediço, mesmo antes do advento da Lei 12.015/2009, o eventual consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos para a prática de atos sexuais não é considerado penalmente relevante, justamente porque a lei entende que tais indivíduos não possuem o necessário discernimento e responsabilidade para a prática de tais atos.

Assim, eventual consentimento da vítima de apenas 12 (doze) anos de idade para a prática de conjunção carnal não é suficiente para afastar a responsabilidade do agressor pelos crimes de estupro de vulnerável.

Inexistindo prova de que o acusado desconhecia a idade da vítima, muito ao contrário, inviável o reconhecimento da excludente de ilicitude do erro de tipo.

À míngua de provas quanto à prática reiterada de atos libidinosos e conjunção carnal contra menor vulnerável, não se reconhece a majorante da continuidade delitiva.

Apelações defensiva e ministerial a que se nega provimento, mantendo-se incólume o decreto condenatório.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 28 de novembro de 2017.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Ramão de Souza Filho a fim de reformar a sentença que condenou este último pela prática do crime do art. 217-A, do Código Penal, a pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto.

O *Parquet* requer o reconhecimento da continuidade delitiva, eis que devidamente comprovada pela confissão do acusado. Ao final, prequestiona a matéria recorrida.

Ramão de Souza Filho pugna pela absolvição, argumentando ser possível relativizar-se a presunção de violência para afastar a responsabilidade do réu. Outrossim, sustenta o pleito absolutório na tese de ocorrência de erro de tipo.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 220/224 e 227/247).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e pelo não provimento do apelo defensivo (f. 255/261).

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Ramão de Souza Filho a fim de reformar a sentença que condenou este último pela prática do crime do art. 217-A, do Código Penal, a pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime semiaberto.

Narra a denúncia que, dos meses de maio até meados de setembro de 2013, em horários variados, em Dourados, nas residências localizadas na Rua D. R. da C., nº 90 e 125, Cohab II, Vila Cachoeirinha, Ramão de Souza Filho praticou, de forma continuada, atos libidinosos e teve conjunções carnais com a menor V. C. da S., de 12 (doze) anos de idade.

Consta, que em meados de maio, o acusado, que era casado, passou a mandar mensagens insinuativas para a vítima, tendo então iniciado um relacionamento extraconjugal com a mesma. Ato contínuo, na data de 28 de setembro de 2013, a vítima convidou-o para ir até sua residência, quando então mantiveram relações sexuais.

Não há insurgência quanto a materialidade delitiva, tampouco quanto à autoria, subsumindo-se a insurgência defensiva ao pleito de absolvição pela relativização da presunção de violência, mormente porque a vítima teria discernimento suficiente para consentir com o ato sexual.

Malgrado as razões defensivas, a sentença deve ser mantida.

Isso porque, mesmo antes do advento da Lei 12.015/2009, o eventual consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos para a prática de atos sexuais não é considerado penalmente relevante, justamente porque a lei entende que tais indivíduos não possuem o necessário discernimento e responsabilidade para a prática de tais atos.

A este respeito, exemplar a doutrina de Cleber Masson:

> *"Com as inovações trazidas pela Lei 12.015/2009, a vulnerabiilidade da vítima substituiu a presunção de violência (violência* ficta *ou indutiva), antigamente prevista no art. 224 do CP. Não houve, portanto, abolitio criminis das figuras penais anteriormente cometidas mediante violência presumida. No Capítulo II, o CP tem em vista a integridade de determinados indivíduos, fragilizados em face da pouca idade ou de condições especificadas, resguardando-as do início antecipado ou abusivo da vida sexual. Para a caracterização destes crimes é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas. (...). O art. 217-A do CP apresenta*

os vulneráveis para fins sexuais. São pessoas consideradas incapazes para compreender e aceitar validamente atos de conotação sexual, razão pela qual não podem contra estes oferecer resistência." (Destaques originais)

Nesse sentido, o esmagador entendimento jurisprudencial:

"REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO – VITIMA MENOR DE 14 ANOS – FATO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009 – CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA – PEDIDO NÃO PROCEDENTE.

1. Sob a normativa anterior à Lei n. 12.015/2009 (que introduziu o art. 217-A no CPB), era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a ", do CPB) quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual. 2. Em qualquer hipótese (anterior ou posterior à Lei n. 12.015/2009), o consentimento da vítima menor impúbere não tem relevância para infirmar a prática do crime de estupro. A questão, antes tratada como presunção legal, passou a integrar o próprio tipo penal (estupro contra vulnerável). 3. Pedido em revisão criminal não procedente." [1]

"APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – (ART. 217 - A, CPB) SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

1. Vige no Brasil um sistema heterogêneo de proteção integral da criança e do adolescente, que inclui a determinação de punição severa nos delitos sexuais (art. 227, § 4º, CRFB), o que obsta a flexibilização da vulnerabilidade prevista no art. 217-A do CP, sob pena de se enfraquecer a garantia de pleno desenvolvimento deste grupo de pessoas; 2. A presunção de violência contida no art. 217-A do Código Repressivo é de natureza absoluta, não admitindo, portanto, questionamentos sobre as particularidades do caso concreto. A política criminal adotada pelo legislador ordinário no tipo penal em apreço está claramente fulcrada em um critério objetivo e absoluto: A idade da vítima, que deve ser menor de 14 (quatorze) anos; 3. Recurso provido." [2]

"A evolução do conhecimento de crianças e adolescentes quanto aos assuntos relacionados ao sexo não induz à quebra da presunção de violência cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos, porque a tutela da Lei, nesse caso, diz respeito à invalidade do consentimento da vítima, não se relacionando com a sua experiência sexual ou perversão." [3]

"Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, caput, do CP, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime." [4]

No ponto, conveniente anotar que os atuais precedentes jurisprudenciais que admitem aludida relativização são bastante cuidadosos ao abarcar casos em que réu e vítima já mantinham um anterior relacionamento amoroso, de modo que, ao proceder à ponderação de valores, a família e a afetividade já construídas entre as partes devem ser privilegiados.

1 STJ, RevCr 3.212, Terceira Seção, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJE 08/09/2017.

2 TJCE, Ap 0009977-26.2012.8.06.0075, Terceira Câmara Criminal, rel. Des. Francisco Lincoln Araújo E Silva, DJCE 04/09/2017, p. 82.

3 TJMS, Ap 0006373-34.2010.8.12.0019, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJMS 17/08/2017, p. 133.

4 TJRR, Ap 0010.15.019840-5, rel. Des. Ricardo Oliveira, DJERR 14/08/2017, p. 11.

A respeito, colhe-se:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.*
>
> *Juízo de adequação do art. 1.030, inciso II, e art. 1.040, incisos II e III, todos do Código de Processo Civil. Tema 918. Afastamento da violência presumida da norma, ante a particularidade do caso concreto. Namoro entre jovens. Notitia criminis relatada pela genitora da vítima tão somente sobre a fuga da filha com o acusado para a cidade vizinha. Mãe que autoriza que sua filha resida com o apelante. Reconhecimento da ausência de ofensividade da conduta. Excepcionalidade da presente hipótese que permite a relativização da presunção de vulnerabilidade. Acórdão mantido."* [5]
>
> *"CONVIVÊNCIA MARITAL COM O ACUSADO – RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA – POSSIBILIDADE – APELO IMPROVIDO.*
>
> *1. Restou demonstrado no acervo probatório, autodeterminação e vontade consciente da vítima ao conviver maritalmente com o apelado, eliminando a hipótese de violência ficta para a consumação da conjunção carnal, inexistindo a tipicidade da conduta. 2. Deve haver uma relativização, já que laços familiares foram constituídos, não fazendo sentido assim, uma condenação, pois percebe-se que a conduta do apelado não se assemelha com aquela que o legislador quis evitar."* [6]

Tal não é a situação verificada no caso concreto em que a vítima e o acusado não mantinham um relacionamento amoroso sólido e livre, já que Ramão de Souza Filho era casado e amigo pessoal da família da vítima.

Outrossim, o total despreparo da vítima é facilmente constatado pelo fato de haver declarada, ainda na delegacia, *"que não tinha conhecimento de que este fato pudesse trazer alguma complicação para o autor"* (f. 13/14).

Por outro vértice, não convence a alegação defensiva de que o acusado agiu sob o manto da excludente de ilicitude do erro de tipo, uma vez que desconhecia a idade da vítima, pois conforme bem se denota do acervo probatório, Ramão de Souza Filho conhecia a vítima desde o seu nascimento.

Como sabido, *"comprovado, pelas declarações judiciais da ofendida e de sua tia, pessoa que detinha a guarda da menina, que o agente tinha conhecimento de que estava se relacionando sexualmente com adolescente de 13 (treze) anos de idade, não há que se cogitar de atipicidade da conduta por erro de tipo"* [7].

Logo, não havendo qualquer insurgência quanto à autoria (que, como já ressaltado pela instância singela é confessa e reafirmada por autor e vítima), e à materialidade, a condenação do acusado no tipo apontado na denúncia é medida impositiva.

Lado outro, o exame do acervo probatório não permite acolher a tese aventada pelo *Parquet* de reconhecimento da continuidade delitiva.

É certo que em todas as oportunidades em que a vítima foi ouvida, a mesma relatou a ocorrência de apenas 01 (uma) relação sexual com o acusado (f. 13/14 e arquivo audiovisual – f. 125).

5 TJSC, Ap 0000261-03.2010.8.24.0088, 3a Câmara Criminal, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, DJSC 15/09/2017, p. 379.

6 TJAC, Ap 0000328-48.2013.8.01.0008, Câmara Criminal, rel. Des. Pedro Ranzi, DJAC 24/02/2016, p. 29.

7 TJMT, Ap 60747/2017, rel. Des. Rondon Bassil Dower Filho, j. 06/09/2017, DJMT 13/09/2017, p. 132.

Por outro lado, embora Ramão de Souza Filho tenha confessado a prática delitiva, afirmando que em outra oportunidade chegou a beijar e abraçar a vítima, não admitiu a ocorrência de vários atos sexuais com a mesma, tornando extremamente frágil a tese acusatória.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual e por Ramão de Souza Filho.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Revisor)

Ouso divergir do eminente relator, para o fim de prover o recurso defensivo, votando pela absolvição do acusado do tipo penal que lhe é imputado.

Compulsando-se os autos, extrai-se que o embargante foi denunciado pelo delito de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A do Código Penal, pelos seguintes fatos:

> *"Consta dos inclusos autos que, dos meses de maio até meados de setembro de 2013, em horários variados, nesta cidade nas residências localizadas na Rua Deolinda Rosa da Conceição, n°s 90 e 125, Cohab II, Vila Cachoeirinha, o denunciado Ramão de Souza Filho praticou, de forma continuada, atos libidinosos e teve conjunções carnais com V. C. da S, de 12 (doze) anos/13 (treze) anos (Certidão de Nascimento de f. 09), consoante Ocorrência de fls. 04/05 e Laudo de f. 12.*
>
> *Narra o procedimento de investigação criminal em anexo que, em meados do mês de maio de 2013, o denunciado começou a se envolver afetivamente com V. C. da S., que na época possuía apenas 12 anos de idade.*
>
> *Nesse período, Ramão de Souza Filho começou elogiar e a enviar mensagens para a menina, como 'deixa as crianças aí na frente e vem aqui no banheiro que tô te esperando' e 'deixa as crianças aí brincando e vem aqui no fundo', insinuando-se e tentando induzí-la a se relacionarem sexualmente.*
>
> *Nesse ínterim, por duas vezes, o denunciado praticou com V. C. da S. atos libidinosos como 'abraços e beijos', até que, na madrugada do dia 28 de setembro de 2013, sem que ninguém visse, ele foi até a residência da avó da vítima e, com o consentimento da menina, mantiveram conjunção carnal.*
>
> *Instado acerca dos fatos perante a Autoridade Policial, o denunciado confessou que manteve relação sexual com V. C. da S., mas sem nenhum tipo de ameaça ou violência, tendo afirmado, ainda, que a vítima lhe disse que tinha 14 (quatorze) anos, consoante interrogatório de f. 29/30.*
>
> *Vale registrar, contudo, que ficou evidente no feito que o denunciado tinha conhecimento de que a vítima possuía, no início da relação, apenas 12 (doze) anos, tanto que era amiga de suas filhas e frequentava sua residência."*

Ao final da persecução penal, o acusado restou condenado pelo juízo de primeiro grau à pena de 08 anos de reclusão, em regime semiaberto, o que motivou a interposição do apelo pela defesa, que busca sua absolvição.

Sustenta a defesa que a absolvição do acusado é a medida que melhor atende a finalidade do processo penal, assim como o respeito ao critério de proporcionalidade fixado pelo legislador quando elaborou o tipo penal pelo qual foi denunciado, ressaltando a total ausência de violência ou grave ameaça, tendo a suposta vítima consentido para o ato sexual.

Em que pese o respeitável entendimento manifestado pelo ilustre relator, penso que a absolvição no caso em comento é medida se impõe.

Segundo restou apurado, o acusado e a vítima, que eram vizinhos, iniciaram um relacionamento amoroso depois de algumas investidas por parte da apontada vítima que, segundo declarou em sede policial, "*passou a gostar do acusado e, mesmo ciente de que era um homem casado, o convidava para ficar com ela*."

Nesse sentido, esclarecedor o depoimento prestado pela suposta vítima na fase inquisitorial (f. 13-14):

> *"A Declarante tem treze anos de idade, reside com a avó materna, estuda no período da manhã e no período na tarde cuida de duas crianças que são enteadas do autor Ramão de Souza Filho, que residem próximo a casa da Declarante.* ***Que faz uns quatro meses aproximadamente que a Declarante começo a gostar do autor. Que a Declarante embora sabendo que o autor é casado, começou a convidar o mesmo pra ficar com ela. Que o autor se negava dizendo que não podia ficar com a mesma porque era um homem casado. Que a declarante continuou insistindo com o autor. Que o autor aceitou em ficar com a Declarante, onde por duas vezes, somente ficaram de abraços e beijos. Que há aproximadamente um mês atrás a Declarante e o autor tiveram relação sexual pela primeira vez. Que a declarante afirma que esta foi a primeira vez que teve relação sexual, foi com seu consentimento e que o autor fez uso de preservativo.*** *Que nesta semana o autor foi até a casa da Declarante e conversou com sua avó, para que a mesma permitisse que a Declarante firmasse namoro com ele, e que nesta data a tia da Declarante ficou sabendo dos fatos e contou para avó da mesma e que esta posteriormente confirmou os fatos para sua avó."* (destaquei)

Em juízo, sob o manto das garantias constitucionais, a menor V. C. da S. confirmou sua versão dos fatos (f. 125).

Por sua vez, nas oportunidades em que foi ouvido, o ora recorrente confirmou ter mantido relacionamento amoroso com V. C. da S., relatando que esta teria tomado a iniciativa de o procurar via mensagens de celular, e lhe dito que possuía 14 anos, quando, pediu de "presente de aniversário" pelos seus 15 anos, que mantivessem relação sexual (f. 37-38 e 143).

Em que pese não convença a versão de erro de tipo sustentada pela defesa, ao argumento de que desconhecia a real idade da suposta vítima, já que demonstrado que o acusado era amigo pessoal da família de V. C. da S., entendo que a manutenção da condenação do recorrente implicaria em grave violação aos princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

Ora, em juízo ficou devidamente comprovado que, além do consentimento da vítima para as relações sexuais, a mesma tinha pleno conhecimento do que estava fazendo. Aliás, demonstrou que queria continuar o relacionamento com o acusado, o que não foi possível em razão do afastamento imposto por sua família subsequente à descoberta dos fatos.

Ademais, a toda evidência, não resta caracterizada a vulnerabilidade exigida pela citada norma legal, porquanto a iniciativa de se relacionar com o acusado, segundo a própria vítima, partiu dela, tendo alcançado seu intento após muita insistência, mesmo sabedora que o réu era um homem compromissado. Outrossim, nem se considera a hipótese de sedução ou induzimento do acusado para o ato sexual com a menor, se afigurando a situação mais pelo contrário, isto é, em que um homem, apesar da idade (36 anos, à época), não resistiu às investidas da jovem.

Dentro desse contexto, a despeito de eventual enquadramento da conduta no tipo legal, não se cogitaria haver violação à norma ou afetação de bem jurídico protegido, cuidando a situação retratada nos autos de mera tentativa de descoberta da sexualidade por parte da adolescente e não uma violência de cunho sexual.

A propósito, para elucidar o tema sobre a alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/09 e a ainda pertinente discussão sobre o consentimento da vítima adolescente na prática de ato sexual, valho-me da doutrina do ilustre Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) ao longo de anos, sem haver um consenso definitivo, debateram a doutrina e a jurisprudência se a presunção de violência, prevista no art. 224, em particular no tocante à pessoa menor de 14 anos, seria absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (comportando prova em contrário). Em outros termos, poderia haver algum caso concreto em que o menor de 14 anos tivesse a perfeita noção do que significaria a relação sexual, de modo que estaria afastada a presunção de violência? Muitas decisões de tribunais pátrios, mormente quando analisavam situações envolvendo menores de 14 anos já prostituídos, terminavam por afastar a presunção de violência, absolvendo o réu. Seria, então, uma presunção relativa. Na próxima nota, mencionaremos alguns casos para ilustrar o leitor.* ***A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009, eliminando a terminologia relativa à presunção de violência e inserindo o conceito de vulnerabilidade, num primeiro momento, parece ter colocado um fim a tal debate. Porém, assim não nos parece. Somente pelo fato de ter a lei assumido outra roupagem na descrição da presunção de violência, passaria a vulnerabilidade a ser considerada absoluta? Ter relação sexual com menor de 14 anos seria, sempre, estupro (art. 217-A). A cautela, nessa interpretação, se impõe. A alteração da forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido simples inovação de redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos.*** *Partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto.* ***Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual, não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.*** *Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação no art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da criança. (...)* (destaquei).

Portanto, trata-se a hipótese *sub judice* de ato sexual consentido entre o casal, no qual o acusado, em que pese se tratar de um homem adulto, não resistiu às investidas da menor, onde restou demonstrado que o réu em nenhum momento teve o intuito de enganá-la, não se cuidando de situação em que a vítima estivesse em situação de vulnerabilidade, seja ela absoluta ou relativa. Neste ponto, retorna-se ao seu depoimento em sede inquisitorial, quando afirma, sem titubear, que insistiu para a ocorrência da relação sexual, "*mesmo sabendo que o acusado era um homem casado*".

Impossível, portanto, a responsabilização do acusado pela suposta relação sexual que teve com a vítima, ainda que menor de 14 anos à época.

A propósito, ao julgar caso análogo, esta Corte já teve oportunidade de se manifestar recentemente, em julgado proferido à unanimidade pela Egrégia 1ª Câmara Criminal, do qual me coube a relatoria:

> *"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONSENTIMENTO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO - IMPROVIDO. É atípica a conduta de namorado maior de idade que mantém conjunção carnal com a namorada, a qual assume ter querido o ato sexual a uma semana de completar 14 anos e declara judicialmente, após três anos do ocorrido, que tudo foi tranquilo, sem qualquer abalo físico ou psicológico para a sua vida."* (Apelação Criminal nº 0015286-54.2013.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, julgado em 06/06/2017).

A toda evidência, não se amolda ao princípio da razoabilidade a condenação do apelante diante das peculiaridades do caso concreto, haja vista que a vítima, não obstante a idade à época dos fatos, em todas as suas manifestações ocorridas nos autos, demonstrou possuir pleno conhecimento e vontade do estava fazendo ao manter conjunção carnal com o acusado.

Efetivamente, a conduta do acusado subsume-se ao disposto no tipo penal disposto no art. 217-A do Código Penal, editado pela Lei nº 12.015/2009, contudo, são muitos os aspectos polêmicos relativamente ao estupro contra vulneráveis, salientando que, com a devida vênia aos posicionamentos contrários, comungo o entendimento no sentido de que a presunção de violência exercida contra a menor de 14 anos, em casos excepcionais, examinadas as peculiaridades do caso concreto, pode ser relativizada, desde que demonstrada a ausência de vulnerabilidade da suposta vítima.

In casu, apesar de sua idade e de ser o seu primeiro relacionamento, conforme afirmou em juízo, a adolescente não demonstrou qualquer incapacidade para dar o seu consentimento para a prática sexual relatada, ao contrário, mostrou-se segura em seus relatos, tendo enfatizado que teve a relação por livre e espontânea vontade e que não foi forçada a nada.

Em nenhum momento a vítima aparenta estar constrangida. Pelo contrário, em ambas as fases do procedimento, afirma, com naturalidade, que voluntariamente quis ter vida sexual ativa com o apelado.

Ressalto que a Lei 12.015/2009 implementou alterações no crime de estupro e retirou do texto penal incriminador a figura da violência presumida, introduzindo o artigo 217-A, impondo, da mesma forma, abstenção da prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos de idade.

Assim, a presunção de violência deu lugar ao conceito de vulnerabilidade.

A controvérsia parecia estar solucionada, já que a prática de ato sexual com menor de 14 anos de idade passou a integrar o tipo penal, não havendo que se discutir, então, a capacidade de consentimento da vítima.

No entanto, a celeuma persiste. Salienta-se que no Superior Tribunal de Justiça o tema foi submetido ao rito dos recursos representativos da controvérsia assentando-se tese no sentido de que *"O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime."*

Com efeito, parcela respeitável da doutrina e jurisprudência tem sustentado que a vulnerabilidade inserta no art.217-A, tal qual a presunção de violência prevista no antigo regramento, não possui feição absoluta, podendo ceder de acordo com o exame do caso concreto.

Embora não desconheça maciça corrente jurisprudencial que sustenta que após a referida alteração inexiste a dúvida quanto à presunção de violência ser relativa ou absoluta, entendo que não é a faixa etária

que define a vulnerabilidade ou a ocorrência do crime, mas o discernimento da menor para consentir ou não a prática sexual, devendo ser detidamente analisado o contexto fático.

Leciona Guilherme de Souza Nucci:

> *"[...] a vulnerabilidade deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual [...].*
>
> *[...]* ***em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto*** *[...]". (O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009, São Paulo, ed. RT, 2010). (destaquei)*
>
> *"[...] Perdemos uma parcela ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é uma pessoa menor de 12 anos; adolescente quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade do consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação."* (Código Penal Comentado, 17. ed. Ed. Forense, 2017, p. 1200).

Noutras palavras, não consegui vislumbrar do caderno probatório um aproveitamento, por parte do recorrente, da inocência, imaturidade e ou ingenuidade da adolescente para, simplesmente, seduzi-la e convencê-la a manter consigo relação sexual.

O que existia e que ressaiu da prova, no meu modesto entendimento, foi uma admiração mútua, um interesse recíproco entre ambos, que, inclusive, resultou em uma "ficada", ou "pequeno namoro", sendo a relação sexual uma consequência natural de seus desejos lúbricos.

A respeito, colaciono julgados de nossos Tribunais pátrios:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA HIPÓTESE ACUSATÓRIA – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – RELATIVIZAÇÃO. Caso em que a prova deixa claro não ter havido violência ou grave ameaça para a prática da conjunção carnal, em duas oportunidades. A vítima, embora com 12 anos de idade, demonstrou desenvoltura sexual, pois assediou o réu em seu quarto, buscando intensificar relacionamento com o mesmo. Indícios veementes de que não era virgem na época dos fatos e que tinha plena consciência de que poderia se valer de seus predicados para seduzir."* (TJ-RS - Apelação Crime: 70048103477 RS , Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Data de Julgamento: 08/11/2012, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/11/2012).
>
> *"APELAÇÃO CRIME – CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU – RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. Os elementos de convicção constantes dos autos*

demonstram que a vítima (com 12 anos de idade) e o denunciado (com 22 anos de idade) mantiveram relacionamento amoroso e sexual por determinado período. Tal conduta, em tese, subsume-se ao disposto no art. 217-A do Código Penal. No entanto, a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério." (TJ-RS - ACR: 70044569705 RS , Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Data de Julgamento: 20/10/2011, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2011).

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A E ART. 217-A C/C ART. 13, § 2º, A, TODOS DO CÓDIGO PENAL) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PLEITO CONDENATÓRIO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – LEI N. 12.015/2009 QUE ELIMINOU A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – TESE AFASTADA – PARTICULARIDADES DO CASO QUE CONDUZEM À RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE A VÍTIMA E O APELADO – CONCORDÂNCIA DA FAMÍLIA DA MENOR – CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO PARA O ATO SEXUAL EVIDENCIADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. "Consoante já explicitado em outras oportunidades, a relativização da vulnerabilidade de vítima menor de 14 (quatorze) anos deve ser reconhecida somente em casos excepcionais, quando efetivamente demonstrado nos autos que a pessoa apontada como vítima não se mostra 'incapacitada' para externar um consentimento pleno, de forma racional e segura, acerca de questão de cunho sexual. In casu, observa-se que a suposta vítima, que contava com 13 (treze) anos e 10 (dez) meses na época dos fatos, apesar da tenra idade, tinha pleno conhecimento e consciência dos atos praticados, razão porque aceita-se conceber, repisa-se, no caso concreto, o seu consentimento em manter relações sexuais com o acusado"." (Apelação Criminal n. , de Itajaí, rel. Des. José Everaldo Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 4-6-2013). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (TJ-SC - APR: 20120805531 SC 2012.080553-1 (Acórdão), Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 15/07/2013, Primeira Câmara Criminal).

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ABSOLVIÇÃO - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CRIME - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - VULNERABILIDADE DA OFENDIDA NÃO COMPROVADA. RECURSO PROVIDO. 1. Não havendo provas suficientes de que a vítima não tinha capacidade de compreender o ato sexual praticado, ou seja, que era vulnerável à conduta, há que ser demonstrado o emprego de violência ou ameaça para a configuração do delito. 2. Havendo provas nos autos de que a ofendida tenha consentido a prática da relação sexual e não sendo ela vulnerável, não há se falar em manutenção do decreto condenatório. 3. Havendo dúvida, mínima que seja, acerca da prática da conduta típica, deve-se decidir em favor do agente em respeito ao principio in dúbio pro reo." (TJMG - Apelação Criminal 1.0271.11.005271-6/001, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/01/2013, publicação da súmula em 22/01/2013).

Portanto, diante das particularidades do caso concreto, não se mostra razoável a condenação do acusado nas penas do art. 217-A do CPB, pois não se trata de um criminoso com intenções lascivas, mas alguém que, não resistindo às investidas da menor, manteve com ela um relacionamento amoroso, devendo ser relativizada a presunção de violência na situação do caso concreto, no qual restou demonstrada a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado.

Efetivamente, os autos demonstram que não só a vítima consentiu com a conjunção carnal, como detinha total capacidade para tanto, sendo forçoso concluir que não houve o delito de estupro, ante a

ausência de violência ficta, o que retira a tipicidade da conduta, devendo, por isso, ser julgada improcedente a acusação, com a consequência absolvição do acusado.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, verifico que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatido nos autos.

Ante o exposto, contra o parecer, conheço do recurso defensivo e dou-lhe provimento para, reformando a sentença, absolver o acusado Ramão de Souza Filho da imputação do delito do art. 217-A, do CPB. Via de consequência, julgo prejudicado o recurso ministerial.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

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, 28 de novembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0056190-58.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – NULIDADE NA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA – INEXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE QUESITO OBRIGATÓRIO DE TESE DEFENSIVA – NÃO CONFIGURADO – CONDENAÇÃO CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS – TESE REJEITADA – PRETENSÕES NÃO ACOLHIDAS – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

As nulidades do julgamento em plenário devem ser arguidas logo após ocorrência, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do CPP, sob pena de preclusão. O Conselho de Sentença composto somente por mulheres não configura nulidade.

A formulação dos quesitos deve obedecer o que dispõe o art. 483 do CPP, não havendo violação da ampla defesa, a ausência de formulação de quesito específico, incapaz de alterar o julgado ou a quantidade da pena.

Decisão dos jurados encontra respaldo no conjunto probatório carreado aos autos. O simples fato de não acolhimento da tese de defesa não implica em nulidade da decisão do Conselho de Sentença. Há que se manter a soberania dos vereditos do Tribunal do Júri, amparado em provas coligidas durante a instrução processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, à unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Vilson Candido da Hora Junior em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedente a denúncia, obedecendo a decisão do Conselho de Sentença, condenando-o à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais (f. 686-695) requer a anulação do julgamento sob os argumentos de infringência aos princípios da isonomia e devido processo legal na composição do Conselho de Sentença,

que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária a prova dos autos, que demonstram ter o acusado agido em legítima defesa e por fim, nulidade quanto à ausência do quesito referente ao erro na execução.

O Ministério Público Estadual, contrarrazoou o recurso (f. 700/711), pugnando pelo improvimento do apelo defensivo.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso (f. 714/720).

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Vilson Candido da Hora Junior em face da sentença que julgou procedente a denúncia, obedecendo a decisão do Conselho de Sentença, condenando-o à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Pois bem. Narra a denúncia que (f. 02/03):

> *No dia 19 de abril de 2009, por volta de 13h40min, na rua Barreiras, nº 748, Vila Moreninha II, nesta capital, Vilson Candido da Hora Júnior e Wellington Pereira, ajustados e em conluio, agindo com a intenção de matar, orquestram uma divisão de tarefas, e, assim, enquanto Wellington Pereira dirigia o veículo VW/Gol, o denunciado Vilson Candido da Hora Júnior, efetuou vários disparos de arma de fogo contra Tiago Martins Babeira Salomão e Claudiney Luis da Silva, os quais não morreram por circunstâncias alheiras a vontade dos denunciados.*
>
> *Consta, também, que Vilson Candido da Hora Júnior e Wellington Pereira cometeram esse repugnante crime por motivo torpe, pois tentaram assassinar as vítimas para satisfazer sentimentos de vingança, em razão de desentendimentos anteriores com as vítimas e rixa entre gangues.*
>
> *Consta, ainda, que Vilson Candido da Hora Júnior e Wellington Pereira cometeram o crime com recurso que dificultou a defesa das vítimas, pois tentaram assassinar as vítimas com diversos disparos de arma de fogo, quando elas se encontravam desarmadas e sobre uma motocicleta.*
>
> *Como narrativa complementar da dinâmica dos fatos, cabe salientar que, orquestrado o plano vingativo pelos denunciados Vilson Candido da Hora Júnior e Wellington Pereira, em típica ação voltada à execução de pessoas, ambos passaram a perseguir as vítimas, onde o denunciado Wellington Pereira dirigia o veículo para, em suporte material e em domínio do fato, possibilitar que o denunciado Vilson Candido da Hora Júnior ficasse com as mãos livres, para efetuar de forma mais efetiva os disparos contra a vítima, bem como para que houvesse rápida e pronta fuga após o intento homicida.*
>
> *Assim, fazendo uso de um automóvel, os denunciados encontraram as vítimas, as quais estavam desprotegidas (já que estavam de corpo livre sobre um matinha de pequena cilindrada), e, assim, o Vilson Candido da Hora Júnior acabou por efetuar diversos disparos contra as vítimas, inclusive vindo a acertar Claudiney Luiz da Silva, conforme Laudo de Exame de Corpo de Delito – Lesão Corporal, acostado à f. 54/IP.*

Diante disso foram denunciados como incurso no art. 121, § 2º, incisos I e IV, § 4º c/c 14, II e 29, todos do Código Penal.

Wellington Pereira restou impronunciado, ao passo que Vilson Candido da Hora Júnior, pronunciado (f. 326/332) e julgado pelo Tribunal do Júri, que decidiu pela condenação nas penas do art. 121, § 2º, incs. I e IV c/c art. 14, II, todos do CP, fixadas na sentença de f. 661/8.

Diante disso, requer a anulação do julgamento sob os argumentos de infringência aos princípios da isonomia e devido processo legal na composição do Conselho de Sentença, que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária a prova dos autos, que demonstram ter o acusado agido em legítima defesa e por fim, nulidade quanto à ausência do quesito referente ao erro na execução.

Da violação dos princípios da isonomia e devido processo legal

Alega a defesa que o Conselho de Sentença composto somente por mulheres, fere o dever de igualdade de representação, violando assim, os princípios da isonomia e do devido processo legal, razão porque o julgamento deve ser anulado.

Razão não lhe assiste.

É certo que a composição do Conselho de Sentença se dá mediante sorteio e convocação de jurados, nos termos dos artigos 432 e seguintes do CPP e que apenas são exigidos como requisitos, a idade maior de 18 anos e notória idoneidade (art. 436).

A distinção de sexo, credo, raça, profissão, condição social e cor não são fundamentos para impedimento e suspeição de jurados, conforme arts. 448 e 449 do CPP.

Assim, o Conselho composto apenas de mulheres não configura qualquer nulidade no julgamento, como pretende ver declarado a defesa.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PACIENTE ACUSADO DE TER MATADO A SUA EX-ESPOSA – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO PREJUDICADO – OMISSÃO NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO – VÍCIO INEXISTENTE – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR TER O CONSELHO DE SENTENÇA SIDO COMPOSTO APENAS POR MULHERES – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.*
>
> *(...)*
>
> *3. Quanto ao pedido de decretação de nulidade do processo, a partir do Edital de Convocação dos Jurados, em razão do Conselho de Sentença ter sido composto exclusivamente por mulheres, melhor sorte não assiste ao impetrante, visto que a defesa não apontou qualquer irregularidade no momento oportuno, tratando-se de questão preclusa, arguida somente após a condenação.*
>
> *4. De ressaltar que, por ocasião do sorteio de jurados, as partes, por critérios subjetivos, têm o direito de recusar até três deles, cada uma, a teor do disposto no § 2º do art. 459 do Código de Processo Penal, que contempla a recusa imotivada, não estabelecendo qualquer condição para o exercício deste direito, o que ocorreu no presente caso, tendo a acusação e a defesa recusado um jurado apenas.*
>
> *5. De outra parte, não consta que tenha ocorrido quaisquer das hipóteses de suspeição ou impedimento de jurado previstas nos arts. 458 e 462 do Código de Processo Penal, sequer arguida por qualquer das partes.*

> *6. Como é sabido, a imparcialidade é condição para compor o Conselho de Sentença, independentemente do sexo, raça, credo religioso, poder econômico, orientação sexual etc.; portanto, não se vislumbra nenhuma ilegalidade no julgamento do paciente.*
>
> *8. Habeas corpus denegado. Ordem concedida de ofício, tão-somente para, afastado o óbice, reconhecer o direito do paciente à progressão de regime, com a verificação, no Juízo da Execução, da presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela Lei de Execução Penal.* (STJ – HC n.º 45511-RO, Rel. Og Fernandes, j. 10.03.2009, DJe 30.03.2009)

Ademais, a impugnação dos jurados está preclusa, pois não arguida em momento oportuno, nos termos do art. 468 do CPP.

Assim, como a defesa não apresentou qualquer insurgência quando do sorteio dos jurados, não pode fazê-lo em apelação, diante da preclusão operada.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

> *PENAL – NULIDADES – IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JURADOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – DOSIMETRIA DA PENA-BASE – REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – FUNDAMENTAÇÃO CORRETA. 1. As eventuais irregularidades havidas no ato de sorteio de jurados e de convocação de suplentes devem ser concebidas como nulidades relativas, que merecem ser levantadas no momento oportuno, qual seja, antes da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, sob pena de preclusão, o que não ocorreu no caso concreto, conforme se depreende do trecho transcrito do acórdão ora combatido. 2. Duas sessões de julgamento ocorreram sem que a defesa manifestasse qualquer interesse na oitiva da testemunha. Somente durante a terceira sessão é que a defesa revelou a sua pretensão, em contrariedade à luz do art. 421, parágrafo único, do CPC, vigente à época dos fatos, o que torna referido requerimento intempestivo. 3. No caso concreto, o magistrado, ao fixar a pena-base do paciente - decisão corroborada pelo acórdão impugnado, observou fundamentadamente todas as circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal, especialmente o alto grau de culpabilidade e os seus maus antecedentes. 4. Ordem denegada.* (STJ – HC n.º 127207-SP, Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 06.12.2011, DJe 25.05.2012)
>
> *HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL – ALEGAÇÃO DE NULIDADES OCORRIDAS DURANTE A SESSÃO DE JULGAMENTO – PRECLUSÃO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCEDIMENTAIS – ORDEM DENEGADA. 1. O habeas corpus não se presta à rediscussão dos requisitos de admissibilidade de recurso especial. 2. O reconhecimento da intempestividade do recurso especial está em conformidade com a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive em matéria criminal. 3. A norma especial contida no art. 448 do Código de Processo Penal veda expressamente a participação de marido e mulher no mesmo conselho de sentença. 4. Realizado o sorteio dos jurados na forma e com a antecedência exigidas pela legislação, eventual arguição de suspeição ou impedimento deve ser feita em Plenário, sob pena de preclusão. Precedentes. 5. As nulidades do julgamento devem ser arguidas em Plenário, logo depois que ocorrerem, sob pena de preclusão. 6. Ordem denegada.* (STF – HC n.º 120.746, 1ª Turma, Rel. Roberto Barroso, j. 19.08.14)

Assim, não havendo qualquer nulidade configurada e estando preclusa a matéria arguida, rejeito a pretensão recursal.

Da anulação do julgamento contrária à prova dos autos

Nos termos do art. 5º, XXXVIII, "c" da Constituição Federal, a decisão dos jurados no Conselho de Sentença é soberana, baseando-se na sua íntima convicção.

Entretanto, tal decisão não é absoluta, sendo excepcionada em casos expressos em lei, como no caso de condenação manifestamente contrária às provas constantes nos autos, com fulcro no art. 593, inc. III, "d" do CPP:

> *Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:*
>
> *III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:*
>
> *a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;*
>
> *b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;*
>
> *c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;*
>
> *d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*

Sustenta o apelante que restou comprovado nos autos que ele teria agido em legítima defesa, pois teria sido perseguido e cercado pelas vítimas, que estavam armadas e iniciaram a agressão.

Entretanto, restou condenado no julgamento, sendo que a rejeição dessa tese contraria as provas dos autos.

Pois bem. Tenho que tais argumentos não merecem prosperar, pelos fundamentos que seguem.

O fato do Conselho de Sentença não ter acolhido a tese de defesa, não implica que a decisão seja arbitrária ou desamparada de qualquer vertente probatória.

No presente caso, percebe-se que os jurados optaram por acolher a tese acusatória, diante das provas produzidas, que são suficientes para sustentar a condenação, senão vejamos:

A testemunha Flávio da Silva Diniz, em seu depoimento (f. 221/4) declarou que reconheceu o acusado Vilson como autor dos disparos, da porta do carro, em direção à delegacia, onde as vítimas refugiaram-se.

Tal versão foi corroborada pelas declarações da vítima Tiago Martins Barbeira Salomão (f. 39), que afirmou que foi o apelante quem teria sacado a arma e efetivados vários disparos, sendo que dois dos tiros acertaram a perna de seu colega.

O próprio acusado confessa ter efetuado os disparos contra as vítimas, quando questionado pelo Juiz (f. 281).

Desse modo, percebe-se que as provas são suficientes a amparar a decisão condenatória do Conselho de Sentença, em sua conclusão pela autoria delitiva do acusado.

Sobre a interpretação das provas pelo Conselho de Sentença, leciona Guilherme de Souza Nucci[1]: "*Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas se situa no campo da interpretação*

1 Tribunal do Júri. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 417.

da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida."

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência:

> *HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – DESVIRTUAMENTO – QUALIFICADORA RELATIVA AO EMPREGO DE MEIO CRUEL – INCIDÊNCIA – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...)*
>
> *3. Para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a versão acolhida não encontre amparo em nenhum dos elementos fático-probatórios amealhados aos autos, o que não é a hipótese em comento, pois, conforme demonstrado, existem fundamentos concretos que dão arrimo à decisão dos jurados, no sentido de que o crime de homicídio foi praticado com emprego de meio cruel, que causou à vítima sofrimento de forma ostensiva e desnecessária. (...)*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido.* (STJ - HC 256724 MG 2012/0214934-2, 6ª Turma, DJe 26/08/2014, j. 12 de Agosto de 2014, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz)
>
> *HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CASO "MEGA SENA" – ARTS. 121, § 2.º, INCISOS I E IV E 155, § 4.º, INCISO IV, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – TESE DE QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INEXISTÊNCIA – HOMICÍDIO:FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MOTIVAÇÃO SUFICIENTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – FURTO: UTILIZAÇÃO DO CONCURSO DE AGENTES COMO QUALIFICADORA E COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL, NA PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA – BIS IN IDEM – ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. A teor do entendimento desta Corte, não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que acolhe uma das versões respaldadas no conjunto probatório produzido.*
>
> *2. Demonstrada, pela simples leitura do acórdão impugnado, a existência evidente de duas versões, a decisão dos jurados há que ser mantida, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.*
>
> *3. Somente nas hipóteses em que a tese acolhida pelo Conselho de Sentença não encontra mínimo lastro probatório nos autos é que se permite a anulação do julgamento, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, situação em que os jurados decidem arbitrariamente, divergindo de toda e qualquer evidência probatória, o que, definitivamente, não corresponde ao caso vertente.* (STJ - HC 255202/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 09/04/2013)

Assim, tenho que a pretensão do apelante à anulação da decisão proferida pelo Conselho de Sentença não merece guarida, haja vista que o veredito dos jurados está em plena harmonia com as provas dos autos, adotando versão que lhes pareceu mais convincente.

Da nulidade na formulação dos quesitos

Sobre referido tema, a defesa alega nulidade na formulação dos quesitos, pois não foi perguntado aos jurados a respeito do erro na execução, tese principal da defesa, violando assim, o princípio da ampla defesa.

Novamente, sem razão o apelante.

Os quesitos, segundo orientação do art. 482 do CPP, devem versar sobre questões de fato e se o acusado deve ou não ser absolvido. Assim, para sua elaboração, o juiz deve levar em conta os termos da pronúncia, interrogatório do réu e alegações das partes.

Com o advento da Lei nº 11.689/2008, que deu nova redação ao art. 483 do Diploma Processual, além das várias formulações dirigidas aos jurados, deve haver um quesito próprio acerca da absolvição do réu.

Tais requisitos restaram observados, conforme se extrai da ata de f. 654/660, estando expresso que o juiz "*passou a explicação dos quesitos e a significação legal de cada um deles, sendo que as partes os aceitaram integralmente*".

Assim, percebe-se que a defesa acompanhou esta fase processual e anuiu com os quesitos formulados, restando assim, preclusa a matéria para impugnação por esta via recursal.

Sobre o tema:

> *HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO DE TESE DEFENSIVA – TESE NÃO SUSTENTADA PELA DEFESA NA SESSÃO DE JULGAMENTO – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO DEFENSOR SOBRE A MATÉRIA NA ATA DE JULGAMENTO: PRECLUSÃO – FORMULAÇÃO DE QUESITO GENÉRICO SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES – CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. Durante a fase de debates orais, na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, a defesa limitou-se a sustentar a legítima defesa própria. As teses das atenuantes da confissão espontânea e da violenta emoção logo após a injusta provocação da vítima não foram apresentadas em plenário. 2. Não há nulidade pela ausência de quesitação de tese não sustentada pela defesa em plenário de julgamento do Tribunal do Júri. 3. O defensor não se insurgiu contra a formulação ou a votação dos quesitos na sessão de julgamento, o que afasta eventual nulidade. 4. A resposta negativa dos jurados ao quesito genérico das atenuantes desobriga o juiz a indagar sobre as atenuantes específicas. 5. Ordem denegada.* (STF - HC: 105391 SC, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 01/03/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011)

Ademais, a ausência do quesito acerca da tese defensiva de erro de execução não alteraria o resultado do julgamento, pois nos termos do art. 73, do CP, quando houver erro na execução, o agende responde como se tivesse praticado o crime contra a vítima pretendida:

> *Art. 73. Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código.*

Ora, se os jurados responderam negativamente para absolvição e positivamente para autoria e materialidade delitiva, não há razão para nulidade do julgamento.

Nesse passo, o improvimento do recurso é medida que se impõe.

Do prequestionamento

Por fim, tem-se que as matérias questionadas foram inteiramente apreciadas e debatidas, sendo desnecessária a indicação pormenorizada das normas legais correspondentes.

Conclusão

Diante do exposto, com o parecer da PGJ, conheço do recurso e nego provimento ao recurso defensivo interposto por Vilson Candido da Hora Júnior.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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 Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

***

2ª Seção Criminal
Revisão Criminal nº 1412300-09.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – FATO POSTERIOR AO JULGAMENTO DO JÚRI – RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA PRESENCIAL – ESVAZIAMENTO DAS PROVAS PARA CONDENAÇÃO – ANULAÇÃO DECRETAÇÃO – JULGAMENTO POR NOVO JÚRI – *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO – AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Cabível pedido de revisão criminal com relação a julgamento do Tribunal do Júri, se ele foi fundamentado em prova falsa (falso testemunho), uma vez que a testemunha presencial retratou-se do depoimento anteriormente prestado.

Assim, tal fato é capaz de alterar o julgamento do Conselho de sentença, pois gera dúvidas acerca da autoria delitiva do réu, razão porque deve ser anulado o julgamento anterior, para que seja submetido a um novo.

Pelos mesmos motivos, concede-se *habeas corpus* de ofício, para que o revisionando responda ao processo em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, com o parecer, julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do 1º Vogal, vencidos o Relator e o Revisor.

Campo Grande, 11 de abril de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Cleiton Roberto da Silva Velasques, representado pelos advogados Fernando Ortega e Giusepe Favieri, ajuizou a presente Ação de Revisão Criminal, almejando, basicamente, o reexame da condenação pronunciada nos autos da ação penal nº 0030752-35.2006.8.12.0001, que impôs ao requerente a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado.

Em suas razões, enfatizou a defesa que há provas novas capazes de demonstrar a sua inocência requerente, que diz respeito à retratação feita pela única testemunha presencial dos fatos, a qual mudou sua versão após o julgamento pelo Tribunal do Júri, passando a inocentar o requerente. Pontuou, finalmente, que a suposta retratação foi colhida em ação de justificação.

Diante desses argumentos, requereu, em sede de liminar, a suspensão dos atos tendentes à execução da pena, para permitir que o requerente aguarde em liberdade o julgamento definitivo da presente Revisão

Criminal. No mérito, postulou a procedência do pedido, para absolver o requerente, por falta de provas, ou submetê-lo a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

O pedido liminar foi indeferido (f. 1013).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 1022-1030, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e parcial procedência do pedido de Revisão Criminal, a fim de *"anular a sessão de julgamento que culminou na condenação do requerente, submetendo-o a novo julgamento"* e conceder *habeas corpus* de ofício, *"para que o réu seja colocado em liberdade até a prolação de novo édito"*.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Cleiton Roberto da Silva Velasques, representado pelos advogados Fernando Ortega e Giusepe Favieri, ajuizou a presente ação de revisão criminal, almejando, basicamente, o reexame da condenação pronunciada nos autos da ação penal nº 0030752-35.2006.8.12.0001, que impôs ao requerente a pena de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado.

Analisando os presentes autos, é possível observar que o requerente foi denunciado pela prática do crime de homicídio qualificado.

Isso porque, segundo a denúncia:

> *"(...). Em 18 de junho de 2006 às 00:30 horas, na Rua São Luiz de Cáceres, Bairro Vila Danúbio Azul, nesta Capital em uma comemoração de festa junina, o denunciado Cleiton Roberto da Silva Velasques, com inequívoco propósito homicida, de posse de uma arma de fogo, efetuou disparos contra a vítima Fabio Mosciaro da Silva, causando-lhe a morte conforme laudo necroscópico de f. 28/29. (...) O denunciado utilizou de recurso que impossibilitou a defesa da vitima, pois conforme declarações de Patricia, Cleiton apareceu repentinamente dizendo que iria resolver um problema com a vitima naquele instante, sendo que esta lhe disse que não queira brigas, momento em que aquele sacou a arma de fogo e desferiu dois tiros no peito da vitima, que não possuiu qualquer meio de se defender (...)".*

Concluída a instrução processual na primeira fase do procedimento especial, sobreveio decisão judicial de pronúncia, que submeteu o requerente à julgamento perante o Tribunal do Júri. Em plenário, o corpo de jurados decidiu por condenar o réu, quando, então, o juiz presidente fixou a sanção penal acima exaltada.

Inconformado, o requerente interpôs recurso de apelação criminal, onde postulou a anulação da sentença, sob a alegação de que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos. Para tanto, o argumento utilizado foi exatamente o mesmo que ora é aventado nesta ação de Revisão Criminal, qual seja, a existência de prova substancialmente nova, consistente na retratação feita pela única testemunha presencial dos fatos, a qual teria mudado sua versão após o julgamento pelo Tribunal do Júri, passando a inocentar o requerente.

Com efeito, distribuído a então 1ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, o recurso defensivo, por unanimidade, foi desprovido, nos termos do voto da Relatora.

A ementa desse julgamento foi assim redigida:

> *"(...). APELAÇÃO CRIMINAL HOMICÍDIO QUALIFICADO RECURSO DEFENSIVO ALEGANDO QUE A DECISÃO DOS JURADOS FOI CONTRÁRIA À PROVA EXTRAJUDICIAL DECLARAÇÃO EXTRAJUDICIAL PRODUZIDA PERANTE O PARQUET SEM GARANTIAS DE CONTRADITÓRIO – TESTEMUNHA QUE NÃO FOI A ÚNICA PROVA DOS AUTOS – RETRATAÇÃO DISSONANTE DAS DEMAIS PROVAS NOS AUTOS RECURSO IMPROVIDO. Não deve ser considerada a "prova nova" não judicializada, que não passou pelo crivo do contraditório e ampla defesa. Não há falar em anulação da decisão do Júri se a condenação se baseou em várias provas apresentadas e não unicamente no depoimento da testemunha que agora se retratou. A retratação extrajudicial não é apta a alterar a decisão dos jurados, se a testemunha que se retratou não constitui a única prova incriminadora nos autos, e as demais provas permitem condenação. Não se acolhe a versão da retratação recente da testemunha, se esta colide com as demais provas dos autos."*

Concluída a instrução processual na primeira fase do procedimento especial, sobreveio decisão judicial de pronúncia, que submeteu o requerente à julgamento perante o Tribunal do Júri. Em plenário, o corpo de jurados decidiu por condenar o réu, quando, então, o juiz presidente fixou a sanção penal acima exaltada.

Contra o Acórdão de segunda instância, a defesa do requerente interpôs recurso especial, ao qual foi negado seguimento. Interpôs-se, então, recurso de agravo ao STJ, que, por decisão monocrática, também teve seguimento negado. Por fim, contra essa decisão, foi manejado agravo regimental, que teve provimento negado.

Dessa forma, na ausência de outros recursos, a condenação transitou em julgado no dia 16 de agosto de 2016.

Diante disso, o requerente ajuizou uma primeira ação de revisão criminal, almejando, basicamente, o reexame de tal condenação (autos nº 1409807-93.2016.8.12.0000). Nas razões da referida revisão criminal, a defesa enfatizou que havia prova nova capaz de demonstrar a sua inocência requerente, que diz respeito à retratação feita pela única testemunha presencial dos fatos, a qual mudou sua versão após o julgamento pelo Tribunal do Júri, passando a inocentar o requerente. A mencionada ação, entretanto, não foi conhecida, pois o fundamento invocado (absolvição por prova nova) já havia sido enfrentado em apelação criminal.

Nada obstante, o requerente houve por bem formular novo pedido de revisão criminal, ajuizando, então, a presente ação. Nela, com base no mesmo fundamento outrora refutado, ou seja, a existência de prova nova que evidencia a inocência do requerente, a defesa postula a submissão do requerente a novo júri. Liminarmente, a defesa ainda requereu a suspensão dos atos tendentes à execução da pena, para permitir que o requerente aguarde em liberdade o julgamento definitivo da presente revisão criminal.

O pedido liminar foi indeferido (f. 1013).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 1022-1030, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e parcial procedência do pedido de Revisão Criminal, a fim de *"anular a sessão de julgamento que culminou na condenação do requerente, submetendo-o a novo julgamento"* e conceder *habeas corpus* de ofício, *"para que o réu seja colocado em liberdade até a prolação de novo édito"*.

São esses, pois, os fatos que merecem relevância.

De saída, adianto que a presente Revisão Criminal não merece ser conhecida, isso com base em dois argumentos: primeiramente, porque os fundamentos ventilados pelo requerente já foram enfrentados em

apelação criminal; finalmente, porque o presente pedido revisional concretiza mera reiteração de Revisão Criminal já definitivamente julgada.

Passo, então, a expor meu posicionamento sobre a impossibilidade de examinar, em Revisão Criminal, matéria já apreciada em apelação:

Como bem se sabe, a revisão criminal trata-se de uma ação constitucional, considerada tradicionalmente como um "direito fundamental do condenado", que tem o objetivo de desconstituir a coisa julgada quando a sentença ou o acórdão contiver vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor "justiça" sobre o valor "certeza".

Em outras palavras, o escopo primordial da ação de revisão criminal é reexaminar sentença ou decisão condenatória irrecorrível, acobertada pela coisa julgada material, de modo a extirpar eventual erro judiciário tendente a infligir prejuízo ao condenado, tudo com finalidade de que a Justiça prevaleça e que seja respeitada.

Em decorrência da relevância jurídica atribuída à coisa julgada, sobretudo no campo das relações sociais e da segurança jurídica, é imprescindível que a presente ação constitucional seja adstrita a casos excepcionais, de forma a assegurar a garantia constitucional de proteção ao indivíduo e aos conflitos já julgados e compostos pelo Poder Judiciário.

Em razão disso, o legislador ordinário, então, houve por bem estampar, de forma taxativa, o rol de situações jurídicas que comportam o cabimento da revisão criminal. Nesse sentido, destaco o art. 621 do Código de Processo Penal, onde estão enumeradas as hipóteses legais que permitem o requerimento do pedido revisional.

Na situação vertente, a presente revisão criminal veio embasada nas situações do artigo 621, II e III do Código de Processo Penal, porque, segundo afirma a defesa, a condenação se amparou em depoimento testemunhal comprovadamente falso e há provas novas capazes de inocentar o requerente, tudo embasado na suposta retratação feita pela mencionada única testemunha presencial dos fatos.

Porém, analisando os autos, verifica-se que o pedido que é o objeto da presente revisão criminal já foi deduzido integralmente no âmbito do recurso de apelação criminal interposto pelo requerente contra a sentença condenatória.

Naquela oportunidade, como já relatado, o requerente postulou a anulação da sentença, sob a alegação de que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos. Para tanto, o argumento utilizado foi exatamente o mesmo que ora é aventado nesta ação de Revisão Criminal, qual seja, a existência de prova substancialmente nova, consistente na retratação feita pela única testemunha presencial dos fatos, a qual teria mudado sua versão após o julgamento pelo Tribunal do Júri, passando a inocentar o requerente.

A propósito, veja o que o Tribunal de Justiça, no julgamento da apelação, decidiu a respeito das alegações trazidas pelo requerente:

> *"(...). A apelação não pode ser provida para enviar o apelante a novo júri, conforme fundamentação seguinte.*
>
> *O apelante foi denunciado e condenado porque:*
>
> *"(...) Em 18 de junho de 2006 às 00:30 horas, na Rua São Luiz de Cáceres, Bairro Vila Danúbio Azul, nesta Capital em uma comemoração de festa junina, o denunciado Cleiton Roberto da Silva Velasques, com inequívoco propósito homicida, de posse de uma arma de fogo, efetuou disparos contra a vítima Fabio Mosciaro Da Silva, causando-lhe a*

morte conforme laudo necroscópico de f. 28/29. (...) O denunciado utilizou de recurso que impossibilitou a defesa da vitima, pois conforme declarações de Patricia, Cleiton apareceu repentinamente dizendo que iria resolver um problema com a vitima naquele instante, sendo que esta lhe disse que não queira brigas, momento em que aquele sacou a arma de fogo e desferiu dois tiros no peito da vitima, que não possuiu qualquer meio de se defender (...)".

A retratação encartada às f. 436-439 da testemunha Patrícia é a prova nova que fundamenta o presente pedido, mas como exposto acima, cabe registrar mais uma vez que tais termos não passaram pelo crivo do contraditório e ampla defesa, e em tese essa prova não judicializada não pode ser admitida, já que precisaria ela ser produzida em justificação judicial.

Mesmo supondo que possa ser admitida, e adentrando na sua apreciação, é necessário relativizar retratações posteriores, que só por si não são hábeis para destruir a prova anterior.

Nesta situação, essas provas, como qualquer nova prova, têm de ser confrontadas com as demais provas, para que possam corroborá-las ou infirmá-las, a fim de se chegar a um julgamento sobre a verdade dos fatos.

No caso presente, essa testemunha não é a única prova dos autos, e, ainda que se considerasse como prova válida, seu teor diverge das demais provas nos autos, o que não permite acolher a tese de que a decisão do Júri foi contrária à prova dos autos.

Vejamos:

A testemunha Patrícia, tanto na fase policial às f. 10-11 quanto em juízo na estenotipia às f. 356-360, afirma que quem efetuou os disparos que ceifaram a vida de Fábio foi o recorrente, nesses termos:

"(...) MP: Certo. E aí a senhora reconhecia o Cleiton?

Depoente: Sim.

MP: Ele tinha apelido?

Depoente: Lacraia.

MP: Lacraia. E a vítima tinha apelido ou não?

Depoente: Não.

MP: Não. Nesse dia dos fatos aí a senhora presenciou uma discussão entre eles? Dia 18 de junho de 2006.

Depoente: Eles não chegaram a discutir, teve uma festa na paróquia da igreja, uma festa junina, então o Fábio morava no Estrela Dalva e o Cleiton no bairro do Danúbio Azul.

MP: Certo.

Depoente: O Fábio veio para a festa junina do Danúbio Azul só que o Danúbio Azul estava... Tinha uma rixa de bairro.

MP: Certo.

Depoente: O Cleiton não conversava com o Fábio, porque o Fábio dizia que ele já tinha feito alguma agressão com o Cleiton, eu ouvi comentários que eles tinham cuspido já no rosto do Cleiton, né.

MP: Certo.

Depoente: Diz que o Cleiton não tinha feito nada, só que nesse dia em que o Cleiton já tinha (...) O Fábio também já estava tomando a gente estava descendo para ir numa festa eu e o Fábio. Eu acompanhada do Fábio e nisso o Cleiton estava vindo, subindo, na hora que ele encontrou, os dois se encontraram o Cleiton disse e aí Fabinho aquela rixa daquele tempo, daquele dia. E aí o Fabinho falou assim ô cara eu não quero treita com ninguém, não quero briga com ninguém. Foi nisso que o Fabinho viu que ele puxou uma arma, puxou uma arma e só me empurrou, no que ele me empurrou ele deu um tiro nele e foi na hora que ele caiu no chão já, aí depois disso pegaram e levaram ele para o hospital. Mas, isso era uma rixa que eles tinham antigamente, acho que o Fábio tinha feito alguma coisa com o Cleiton e cuspido no rosto dele

MP: Certo.

Depoente: Só que eu não sei...

MP: Não sabe se é verídico. Mas, isso teria ocorrido já há um certo tempo?

Depoente: Há um certo tempo já.

MP: Certo. Então, a senhora estava descendo junto com o Fábio que é a vítima?

Depoente: Sim.

MP: O acusado apareceu e falou que era para resolver...

Depoente: Um assunto pendente que eles tinham.

MP: Que eles tinham. Tá. E aí o Fábio disse o que para o Cleiton?

Depoente: Que ele estava de boa que ele não queria rixa com ninguém.

MP: Não queria rixa com ninguém.

Depoente: Não queria treita com ninguém.

MP: Por isso o Cleiton estava armado, a senhora viu?

Depoente: Estava armado.

MP: Mas, ele já chegou e falou isso já com a arma na mão ou...

Depoente: Não falou sem as armas.

MP: Tá. Aí depois que o Fábio disse olha não quero rixa com ninguém . O quê que o Cleiton fez?

Depoente: Ele falou assim eu sou homem, eu não esqueci não. Aí só foi na hora que ele puxou a arma já deu um tiro. Deu um tiro, daí o Fábio quando ele caiu bateu com a mão em mim, eu cai, na hora que eu cai eu só vi o Fábio que já estava no chão também.

MP: Certo. Mas, a senhora fala de um tiro só.

Depoente: De um tiro só que eu me lembre foi só um tiro que deve ter pegado nele. Porque no dia do acontecimento a polícia foi lá em casa daí o pessoal do corpo de bombeiros. Só que daí a policia falou para mim que tinha só dado só um tiro nele, mas ele estava bem. Só que esse tiro eu acho que tinha acertado o coração dele.

MP: Certo. Aqui no seu depoimento apesar de fazer muito tempo fala o seguinte, que a senhora confirma isso, né, que o Fábio argumentou com o Lacraia dizendo deixa isso Cleiton aquela treita já morreu. A senhora confirma isso?

Depoente: Sim.

MP: E que o Lacraia então sem dar a oportunidade de defesa a Fábio efetuou dois disparos de arma de fogo que vieram a atingir o peito de Fábio.

Depoente: Sim é isso daí.

MP: Mas, então aqui fala em dois disparos.

Depoente: É porque na hora eu vi um, né, que como eu nunca tinha visto ninguém levar um tiro por causa de mim, eu nunca vi ninguém morrer, então o primeiro tiro que ele levou antes eu pense que ele tinha acertado só um.

MP: Certo. E esse sacar a arma que o Lacraia sacou foi rápido ou...

Depoente: Foi rápido.

MP: Foi rápido, o Fábio teve alguma...

Depoente: Não.

MP: Forma de reagir?

Depoente: Não.

MP: Não?

Depoente: Que eu lembre não.

MP: O Fábio chegou a discutir com ele ou simplesmente disse essa confusão... .

Depoente: Não chegou a discutir também.

MP: Não teve discussão nenhuma?

Depoente: Não.

MP: Certo. Além da senhora e do Fábio e do próprio Cleiton quem mais estava próximo?

Depoente: Era só nós três mesmo.

MP: Certo. A senhora conhece uma pessoa chamada Wesley Adeildo?

Depoente: Sim.

MP: Ele estava próximo?

Depoente: Ele na estava próximo da gente estava quase perto do orelhão, perto da residência da gente, ele namorava com a minha irmã nisso eles dois estavam até numa discussão. Só que eles bem um pouco mais longe, distante da gente, eles estavam quase numa esquina.

MP: Ah tá, mas ele estava ali próximo ao local, mas não estava pertinho, junto.

Depoente: Mas, não estava junto.

MP: Certo. Sabe se o Fábio estava armado naquele momento?

Depoente: Não que eu saiba, porque ele ficou um bom tempo na festa com a gente e não (...)

MP: A senhora sabe se o Fábio costumava andar armado?

Depoente: Também não tenho conhecimento.

MP: Certo. E do Cleiton o Lacraia a senhora tinha conhecimento que ele andava armado? Também não. A senhora depois dos fatos, a senhora chegou a conversar com o Cleiton?

Depoente: Não, nunca mais eu vi.

MP: Nunca mais. A senhora não tem nenhuma dúvida que foi mesmo o Cleiton que tem esse apelido de Lacraia que efetuou esses disparos da forma que a senhora descreveu?

Depoente: Nenhuma dúvida.

MP: Nenhuma dúvida. Está bom obrigado, só isso.

Juízo: Dada a palavra para a defesa.

Defesa: Boa tarde.

Depoente: Boa tarde.

Defesa: O Fábio estava com mais alguém na festa ali?

Depoente: Tinha uns amigos deles, mas eu não conhecia que a maioria dos amigos deles eram do Sol, na parte do Sol ali das nações indígenas morava aqui na região, só que eu não tenho conhecimento. Mas, ele tinha mais amigos com ele no dia da festa.

Defesa: Tá. E quando nesse dia que aconteceu que ele saiu junto com a senhora e chegou o Cleiton, ele estava também com esses amigos?

Depoente: Não, os amigos dele já tinham saído.

Defesa: Já haviam saído.

Depoente: Eles já haviam saído.

Defesa: O Fábio, ele fazia parte de algum grupo de bairro?

Depoente: Ele morava num bairro que só via era bangueiro, ele morava num bairro em que o pessoal de um bairro não podia estar entrando no outro, era desse jeito, né. Só que daí ele não tinha rivalidade nenhuma que eu saiba de gangue, envolvimento com gangue nenhuma, não que eu tenho conhecimento também disso.

Defesa: Tá. Sem mais perguntas Excelência.

Juízo: Nada mais, obrigado hein, está dispensada (...)".

Tal depoimento está de acordo com a declaração da testemunha Wesley que, na fase policial às f. 16-17, relata que ouviu os disparos, os estampidos, e que após os tiros:

"(...) As pessoas presentes naquele local começaram a correr apavoradas, sendo que "Lacraia" passou em frente ao depoente correndo com uma arma de fogo em punho e disse o seguinte "acabei de matar um cara" e ato contínuo adentrou em um matagal próximo ao local; Que o depoente constatou que o 'cara' mencionado por "Lacraia" tratava-se de Fábio o qual havia sido alvejado por dois disparos de arma de fogo efetuados por "Lacraia" (...).

Na fase policial às f. 12-13 a testemunha Joice, irmã de Patrícia relata que não presenciou os disparos, mas afirmou que ouviu dizer que Cleiton, de alcunha "Lacraia", seria o autor dos disparos, esclareceu ainda que quem estava ao lado da vítima Fábio era sua irmã Patrícia.

A testemunha Daniele Pinto Lima, na fase policial às f. 14-15, declara que não presenciou os disparos, e só ouviu os estampidos e o grito de sua irmã Patrícia, e que ouviu de terceiros de que o autor do fato seria "Lacraia", esclarece também que sua irmã Patrícia estava junto com a vítima Fábio.

A testemunha Alana, em juízo, às f. 361-369 dos autos relata que é sobrinha de Cleiton e que estava com ele na festa e que no momento dos fatos seu tio (Cleiton) levou um soco no rosto que o levou ao chão.

Dessa forma, a declaração de Patrícia não foi a única prova nos autos que apontava o recorrente como o autor dos delitos.

Porém, agora ela muda sua versão, porém a retratação recente de Patrícia está colidente com as demais provas dos autos.

A retratante Patrícia, no termo de declaração prestado perante o Parquet após a decisão do Júri, às f. 436-439, afirma que no momento dos disparos não estava com Fábio, mas com Cleiton que havia recebido um soco e estava caído, e nega que tenha colocado a cabeça da vítima em seu colo, bem como ora afirma que foi coagida na delegacia a prestar o depoimento incriminador de Cleiton, e que em juízo sentiu medo de ser presa, apesar de correr o mesmo risco perante o Parquet.

Porém a afirmação recente de Patrícia de que não estava com Fábio colide com o depoimento de outras testemunhas.

A testemunha Keila, em juízo ás f. 370-379, declara que Patrícia estava junto com Fábio na festa, veja-se:

Defesa: E quem são essas meninas que estavam junto com o Fábio?

Depoente: Essas meninas, duas estão ali fora, uma que é a Daniele que é a ex namorada do Cleiton, a Patrícia e a Joice que é irmã dela que não estão aí agora.

Defesa: Tá. O Cleiton, ele foi namorado de uma delas?

Depoente: É ele... Tanto é que a filhinha dele está aí. Está aí fora que na época que (...) Como eu sou assim meio que discussão de namorado, porque ele a Dani e parece

que a Dani traiu ele alguma coisa assim aí ele não queria... Os outros começaram assim, a rir dele aí ele falou que não, que não queria mais nada com ela que só ia assumir o neném depois que fizesse DNA, aí eles se separaram. Não tinha mais nada, só que agora (ininteligível) tudinho.

Defesa: Tá. Então, estava a Patrícia...

Depoente: A Joice.

Defesa: A Joice.

Depoente: E a Daniele.

Defesa: Elas estavam junto com o Fábio?

Depoente: Com o Fábio...".

O próprio recorrente Cleiton, em juízo às f. 380-390 confirma que Patrícia estava com a vítima Fábio, cito:

"(...) Réu: Daí o cara me falou que o que eu queria ali, eu perguntei que não era com ele a conversa, eu queria conversar com a minha ex-namorada. Aí o cara me empurrou e eu caí. Eu não me lembro se ele deu um murro porque faz tempo, ele me deu um murro, eu não me lembro se ele deu um murro ou me empurrou. Eu lembro que eu caí e só veio os tiros, os disparos e veio minha sobrinha e me levantou, grudou pela camisa e me levantou e saiu todo mundo correndo e eu não vi quem atirou.

Juízo: Quem é esse cara que veio?

Réu: Veio aonde?

Juízo: Que o senhor está falando aí que te deu um murro?

Réu: Não sei quem é, nunca vi na vida.

(...)

Juízo: E aí ele te deu um murro? Aí o senhor caiu no chão?

Réu: Eles estavam em uma roda, um monte de gente conversando.

Juízo: E sabe dizer o porquê esse cara te deu esse murro?

Réu: Não.

(...)

MP: Certo. Então a Patrícia estava junto com o Wesley e junto com o Fábio?

Réu: Estava tudo lá com eles lá.

(...)".

MP: Minha pergunta o Fábio estava lá nesse grupo?

Réu: Quando me chamaram?

MP: Para tomar vinho. É.

Réu: Estava.

MP: A Patrícia estava nesse grupo?

Réu: Estava...".

Dessa forma, o depoimento extrajudicial mais recente de Patrícia está dissonante das demais provas carreadas aos autos.

Se os jurados julgaram de acordo com as provas constantes nos autos no momento do julgamento, e seu julgamento não é contrário a elas, e essas provas eram várias, além da declaração da testemunha que ora se retrata, não há como considerar que o Júri decidiu contra as provas dos autos.

Por isso, ainda que por hipótese seja conhecido o recurso, ele não deve ser provido.

Assim, contra o Parecer, nego provimento ao recurso. (...)."

Assim, não se tem dúvidas que o presente pedido revisional consubstancia mera reiteração de pretensão já disposta no âmbito recursal, situação que, à luz do art. 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é inadmitida nesta via procedimental. Conforme dispõe a literalidade desse texto legal, a reiteração de pedido somente será permitida caso a pretensão venha embasada em novo material probatório, o que, porém, não é o caso dos autos.

A retratação feita pela testemunha foi levada ao conhecimento do Poder Judiciário antes mesmo do julgamento da apelação, o que já descaracteriza a novidade desse elemento probatório. Além do mais, mesmo diante dessa retratação testemunhal, este Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso de apelação, já deixou bem claro que a condenação, ainda assim, deveria ser mantida, pois haviam outros elementos capazes de subsidiar o veredicto condenatório dos jurados.

Evidencia-se, portanto, que o que se esta pretendendo discutir é o convencimento judicial formado em primeira instância e já questionamento em segundo grau, situação, entretanto, inadmissível no palco da presente linha procedimental.

Nessas circunstâncias, admitir a presente Revisão Criminal para nova rediscussão do pedido de redução das penas-bases seria o mesmo que equiparar a presente via processual a uma segunda apelação, o que, por certo, não foi a finalidade almejada pelo legislador ordinário ao prever tal instituto.

A esse respeito, é a doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete:

A revisão não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo que o requerente apresente com o pedido elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação, como, por exemplo a retratação da vítima. Há na revisão, em verdade, uma inversão no ônus da prova, e os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores. (Processo Penal. 8. ed. Atlas p. 679)

No mesmo sentido escreve Guilherme de Souza Nucci, ao comentar o art. 622 do Código de Processo Penal registra *verbis*:

> *"(...) havendo condenação com trânsito em julgado, já não vige o princípio do in dúbio pro reo, devendo o autor da ação revisional apresentar novos fatos e provas substancialmente novas, para que seu pedido possa ser acolhido. É a consagração, para a hipótese do princípio in dúbio pro societate. Nesse sentido: "Como se sabe e nunca é demais repetir, que, em sede revisional, cabe ao peticionário demonstrar a injustiça da decisão revidenda, não lhe sendo útil, para desconstituir a coisa julgada invocar existência de mera dúvida probatória"* (TJMG, Revisão 168.765-6, Uberlândia, Grupo de Câmaras Criminais, rel. Odilon Ferreira, 11.09.2000, v.u.) (Código de Processo Penal Comentado, 2. ed. RT, p. 844).

A jurisprudência, por sua vez, posiciona-se nessa mesma linha:

> *"REVISÃO CRIMINAL – REEXAME DE PROVA – VIA INADEQUADA – LIMITE RÍGIDO AO ART. 621 DO CPP – INDENIZAÇÃO DO ESTADO – ERRO JUDICIÁRIO – PREJUDICADA – INDEFERIDO.*
>
> *Indefere-se a revisão criminal sustentada na contraditoriedade da sentença às evidências dos autos e a texto expresso de lei, quando aquelas já foram objeto de apelação, em que tais situações foram afastadas porque as provas dos autos são seguras quanto à autoria, e as nulidades indicadas encontram-se preclusas para serem argumentadas, restando prejudicada a matéria relativa à indenização por erro judiciário.* (Revisão Criminal - N. 2004.004845-9/0000-00 - Eldorado. Relator - Exmo. Sr. Des. Nildo de Carvalho. Julgamento: 16/08/2004. Órgão Julgador: Seção Criminal)."
>
> *"REVISÃO CRIMINAL – PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA – PEDIDO QUE NÃO ATENDE AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 621 DO CPP – AUSÊNCIA DE ELEMENTO NOVO CAPAZ DE DESCONSTITUIR O ÉDITO CONDENATÓRIO – REDUÇÃO DE PENA – NÃO-CONFIGURAÇÃO DE ERRO TÉCNICO OU INJUSTIÇA – INDEFERIMENTO.*
>
> *Indefere-se o pedido revisional que objetiva apenas a reapreciação da prova dos autos e não se subsume a nenhuma das hipóteses do artigo 621 do CPP.* (Seção Criminal, j. 6.10.2003)."

Diante dessas circunstâncias, pode-se concluir que o presente pedido consubstancia mera reiteração dos fundamentos que já foram exaustivamente discutidos no âmbito do recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória ora sob reexame, o que, conforme aventado acima, é expediente defeso em sede desta ação revisional.

De outro lado, como já exposto em linhas anteriores, o não conhecimento deste pedido também se alicerça no fato de que ele concretiza mera reiteração já definitivamente julgada, a respeito do que passo, então, a deliberar.

Como relatado, após o trânsito em julgado da condenação, o requerente ajuizou uma primeira ação de Revisão Criminal, distribuída, a este Desembargador, sob o nº 1409807-93.2016.8.12.0000. Aliás, o fundamento daquele pedido, como já dito, é exatamente o mesmo da presente Revisão Criminal: a existência de suposta prova nova, evidenciada pela retratação de testemunha presencial dos fatos, que inocenta o requerente.

Acontece que, como já exaustivamente ponderado, a primeira Revisão Criminal não foi conhecida, pois o referido fundamento já havia sido levantado, enfrentado e afastado no julgamento do recurso de apelação criminal, o que inviabilizou o reexame dessa mesma argumentação em sede revisional.

Que fique bem claro: a rejeição daquela revisão embasou-se tão somente na impossibilidade de reanálise da matéria, pelas circunstâncias exaltadas. Não se cogitou como argumento para o não conhecimento o modo como a "nova prova" se revestiu, a sua roupagem, ou seja, a sua forma de produção, até mesmo porque o suposto "novo" elemento sequer foi objeto de apreciação judicial na primitiva revisão. Quer-se, com isso, dizer que o fato de a retratação da testemunha ter sido colhida em justificação judicial é absolutamente irrelevante, tendo em vista que esse elemento não é considerado novo, pois já foi ventilado, examinado e rejeitado no âmbito do julgamento do apelo criminal defensivo.

Por isso, conclui-se que o mesmo fundamento que ora se ventila é exatamente o mesmo que outra foi levantado na Revisão Criminal primitiva, o que, porém, não é admitido, por se tratar de mera reiteração de pedido.

Nesse sentido:

> *"(...). **A questão atinente ao alegado cerceamento de defesa por não ter sido o réu pessoalmente intimado do acórdão que julgou a apelação já foi apreciada por este Sodalício, razão pela qual a pretensão aduzida na presente impetração configura inadmissível reiteração de pedido, sendo, portanto, inviável sua cognição.** (...).* (HC 295.589/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 31/03/2015)." (Destaquei).

Perante o exposto, conclui-se que a presente Revisão Criminal não merece ser conhecida, seja porque o fundamento do pedido já foi examinado em apelação criminal, seja porque o pedido concretiza mera reiteração de Revisão Criminal já definitivamente julgada.

Consequentemente, considerando o não conhecimento da presente revisional, fica prejudicado a concessão de *habeas corpus* de ofício em favor do requerente, como sugerido no parecer da PGJ.

Posto isso, contra o parecer, não conheço a presente Revisão Criminal.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Revisor)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Entendo não se tratar de hipótese de não conhecimento.

Embora a revisional anteriormente ajuizada não tenha sido conhecida, eis que inexistia a devida justificação judicial do fato alegado pela defesa, a nova prova carreada aos autos – agora devidamente homologada pelo julgador singelo – traz a possibilidade de conhecimento da Revisão Criminal, porquanto há subsunção à hipótese do art. 621, III do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, conheço da revisional intentada em favor de Cleiton Roberto da Silva Velasques, devolvendo a análise da matéria meritória ao e. relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (3º Vogal)

Ouso divergir do Relator, pois entendo que a referida ação merece ser conhecida, pelos fundamentos que passo a expor a seguir.

Com efeito, a ação de revisão criminal é uma medida excepcional, cujo cabimento e conhecimento depende expressamente das hipóteses previstas no artigo 621, do Código de Processo Penal, quais sejam:

> *Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:*
>
> *I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;*
>
> *II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*
>
> *III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.*

No escólio de Ada Pellegrini Grinover:[1]

> *"Mas, além da possibilidade jurídica do pedido revisional, deve ser examinada sua causa de pedir: e esta é dada pela caracterização de uma das hipóteses legais de cabimento do instituto. O requerente deve pelo menos afirmar que a sentença ou o processo contém um dos vícios elencados nos incisos do art. 621, o que será aferido em cognição sumária e provisória. Ou seja, a afirmação do autor (in statu assetionis) deve referir-se a uma (ou mais) das hipóteses legais, tornando possível o exercício da ação com vista à causa de pedir invocada. (...) As hipóteses de cabimento da revisão criminal, previstos nos incs. I, II e III do art. 621 CPP, correspondem ao fundamento da ação, ou seja à sua causa petendi. Assim, quando no pedido de revisão a afirmação do autor não se basear em qualquer das hipóteses legais, o que ocorre é a impossibilidade jurídica, não mais do pedido, mas sim da causa de pedir".*

Dos autos extrai-se que o requente foi condenado em 23.07.2014 pela prática de homicídio qualificado, ocorrido em 18.06.2006, quando teria disparado dois tiros contra a vítima, que veio à óbito, cuja pena foi fixada em 14 anos de reclusão (f. 488-491). Logo após, em 31.07.2014, o órgão ministerial informou que a testemunha presencial dos fatos, Patrícia Pinto de Lima, teria comparecido à promotoria para se retratar de todos seus depoimentos anteriormente prestados, afirmando que o ora requerente, Cleinton, não seria o autor dos disparos que ceifou a vida da vítima.

Em sede de apelação criminal, o requerente, sob o fundamento de que sua condenação se alicerçou em prova que depois fora retratada, requereu anulação do júri (f. 523-528). Em contrarrazões, o órgão ministerial concordou com o pedido defensivo (f. 531-539). Do mesmo modo agiu a Procuradoria-Geral de Justiça, na emissão de seu parecer, opinou pela anulação do julgamento (f. 545-555). O recurso foi improvido pela 1ª Câmara Criminal (f. 574-586), do qual fiz parte do julgamento, porque na época em que fora julgado, ainda não se tinha conhecimento do "falso testemunho", o que fez com que o requerente, após o trânsito em julgado (f. 793), ingressasse com a primeira revisão criminal, que não fora conhecida por falta de requisito formal (justificação judicial) – f. 924-940.

Ressalte-se, primeiramente, que não houve exaustiva análise dos pedidos ora formulados, uma vez que por ocasião do julgamento do requerente pelo Conselho de Sentença em 1º grau ainda não se tinha conhecimento do "falso testemunho" da única testemunha ocular dos fatos, sendo que tal matéria também não foi analisada na apelação 0030752-35.2006.8.12.0000, bem como na Revisão Criminal n, 1409807-93.2016.8.12.0000-5000 por ausência de requisito formal (justificação criminal), por 4 x 3, pela antiga Seção Criminal.

Para suprir o requisito formal, o requerente ajuizou ação de justificação judicial, autos n. 0831413-92.2017.8.12.0001) – f. 31-70 para a produção de nova prova, onde a testemunha Patrícia manteve a versão

1 in Recursos no Processo Penal, RT, p. 313.

de não ter presenciado os disparos que ceifaram a vida da vítima, retificando integralmente os depoimentos prestados antes do julgamento do ora requerente.

Após a justificação, ingressa o requerente, com a presente justificação, que deve ser conhecida, uma vez que a matéria ventilada preenche os requisitos do art. 621 do CPP, porque se encontra amparada em nova prova, que ainda não foi analisa e qualquer grau de jurisdição.

Desta forma, a presente Revisão deve ser conhecida, porquanto, houve mudança substancial nas evidências dos autos, com a alteração da prova basilar, sendo que até a acusação, diga-se em 1º e 2º grau, reconheceu a existência de falso testemunho.

Portanto, a revisão criminal deve ser conhecida.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (1º Vogal)

Acompanho o voto do 2º vogal.

Adiada a conclusão do julgamento para a próxima sessão, para apreciação do mérito, após a revisão ter sido conhecida, por maioria, nos termos do voto do 2º vogal, vencidos o relator e o revisor.

VOTO MÉRITO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Voto II – Mérito

Considerando que meu voto inicial, onde, preliminarmente, de ofício, não conhecia do pedido de Revisão Criminal, foi vencido na sessão de julgamento realizada no dia 07 de fevereiro de 2018, nos termos do art. 354 do RITJMS, passo ao exame do mérito.

O presente pedido revisional visa o reexame de veredicto pronunciado pelo Tribunal do Júri, que condenou o requerente pela prática de crime de homicídio qualificado, sob o fundamento de que há prova nova capaz de inocentar o requerente, que diz respeito à suposta retratação da única testemunha presencial dos fatos, colhida em justificação judicial.

Com base nisso, postulou-se, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação revidenda, notadamente no que diz respeito à execução da pena imposta, permitindo-se ao requerente que aguarde em liberdade o julgamento definitivo da presente Revisão Criminal. No mérito, requereu-se a submissão do requerente à novo julgamento, pelo reconhecimento de que a decisão originária do Conselho de Sentença é contrária à prova dos autos.

Primeiramente, a despeito de já rejeitadas essas alegações, reputo importante reafirmar que o elemento de prova que embasa esta Revisão Criminal, isto é, a suposta retratação da única testemunha presencial dos fatos, não se enquadra na definição de prova nova.

É que, como ressaltado no exame da questão preliminar, a referida retratação testemunhal já tinha sido levada ao conhecimento deste Tribunal de Justiça em sede de apelação criminal defensiva, ocasião em que esta Corte, examinando essa circunstância, afastou o pedido da defesa de submissão do requerente a novo júri, entendendo, basicamente, que haviam outras provas capazes de sustentar a tese condenatória acolhida pelos jurados.

Insatisfeita com o julgamento, a defesa do requerente formulou um primeiro pedido de revisão criminal, almejando, em síntese, exatamente a mesma pretensão que outrora havia postulado em apelação criminal: a submissão do requerente a novo júri diante da existência de prova nova (retratação testemunhal).

O pedido revisional, contudo, não foi conhecido, basicamente, por se tratar de mera reiteração de pedido examinado em grau de recurso.

Nada obstante, nova revisão criminal foi ajuizada, com base nos mesmos fatos e almejando idêntica pretensão. A única diferença é que, desta vez, a retratação testemunhal, suposta nova prova, ganhou nova roupagem: ao contrário de sua versão original, onde fora concretizada em escritura pública, a retratação foi colhida via justificação judicial.

Apesar disso, fato é que essa nova forma não atribui a retratação testemunhal o *status* de prova nova, pois, substancialmente, esse elemento não sofreu nenhuma alteração, sendo o mesmo já discutido outrora em grau recursal.

É dizer, dessa forma, que, diferentemente do fundamento invocado pela defesa, não há prova nova capaz de embasar o presente pedido revisional, pois a retratação testemunhal, em substância, já era conhecida nos autos antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, sendo, inclusive, examinada em oportunidade já referida.

Entretanto, essa afirmação, sobre a inexistência de prova nova, foi afastada, impondo-se, então, como adiantado, o exame do mérito, a fim de apreciar a possibilidade de submissão do requerente a novo julgamento com base nessa "nova prova".

Perante o exposto, o que se vislumbra, no presente caso, a partir do julgamento da questão preliminar em que fui vencido, é a existência de uma permissão, divorciada de qualquer hipótese legal, para reexame de uma condenação com base em prova "velha", vale dizer, já conhecida e apreciada antes do trânsito em julgado da condenação.

Feitas essas breves considerações, não havendo outra saída, passo ao exame do mérito, nos termos acima referidos.

Analisando os presentes autos, é possível observar que o requerente foi denunciado pela prática do crime de homicídio qualificado, pois, segundo a denúncia:

> *"(...). Em 18 de junho de 2006 às 00:30 horas, na Rua São Luiz de Cáceres, Bairro Vila Danúbio Azul, nesta Capital em uma comemoração de festa junina, o denunciado Cleiton Roberto da Silva Velasques, com inequívoco propósito homicida, de posse de uma arma de fogo, efetuou disparos contra a vítima Fabio Mosciaro da Silva, causando-lhe a morte conforme laudo necroscópico de f. 28/29. (...) O denunciado utilizou de recurso que impossibilitou a defesa da vitima, pois conforme declarações de Patricia, Cleiton apareceu repentinamente dizendo que iria resolver um problema com a vitima naquele instante, sendo que esta lhe disse que não queira brigas, momento em que aquele sacou a arma de fogo e desferiu dois tiros no peito da vitima, que não possuiu qualquer meio de se defender (...)".*

Em plenário, o Conselho de Sentença acatou a tese acusatória, decidindo pela condenação do réu pela prática do crime em questão, pelo que o magistrado o submeteu ao cumprimento da pena de quatorze anos de reclusão, em regime fechado.

Postula-se, então, nesta revisão criminal, a anulação do primeiro júri, por contrariedade à prova dos autos, notadamente diante da existência de prova nova, com a submissão do réu a novo julgamento em plenário.

Pois bem.

Como se sabe, no âmbito da instituição do Tribunal do Júri, vigora o princípio constitucional da soberania dos vereditos (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), de modo que a decisão final do conselho de sentença não pode ser alterada ou anulada, senão quando verificado que o entendimento dos jurados estiver absolutamente dissociado da evidência dos autos, revelando-se incoerente e arbitrário, sem nenhum respaldo no conjunto probatório.

Dessa forma, no caso de existir mais de uma versão sobre os fatos apresentados no processo, todas elas amparadas no conjunto probatório, e tendo os jurados optado por uma delas, não há falar em julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, tendo em vista que, nessas circunstâncias, o Conselho de Sentença nada mais fez do que decidir pela escolha da versão de maior verossimilhança, no auge de sua convicção íntima e no mais exato limite de sua atribuição constitucional.

Sobre a questão em debate, é oportuno trazer à baila os elucidativos ensinamentos do professor Guilherme de Souza Nucci[2], que assim dispõe:

> *"(...) Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Não se trata de decisão manifestamente contrária à prova, mas que se situa no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida.(...)".*

Tal entendimento encontra, também, suporte na melhor jurisprudência:

> *"(...). 2.* ***A teor do entendimento desta Corte, não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que acolhe uma das versões respaldadas no conjunto probatório produzido.***
>
> *3. Demonstrada, pela simples leitura do acórdão impugnado, a existência evidente de duas versões, a decisão dos jurados há que ser mantida, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.*
>
> *4. Somente nas hipóteses em que a tese acolhida pelo Conselho de Sentença não encontra mínimo lastro probatório nos autos é que se permite a anulação do julgamento, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, situação em que os jurados decidem arbitrariamente, divergindo de toda e qualquer evidência probatória, o que, definitivamente, não corresponde ao caso vertente. (...).* (HC 218.476/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/10/2013, DJe 11/10/2013)." (Destaquei).
>
> *"HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO – CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI – APELAÇÃO DA DEFESA – DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – OPÇÃO DOS JURADOS PELA TESE ACUSATÓRIA QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO – ART. 59 DO CP – INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE.*

2 Tribunal do Júri. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 417.

> *1.* ***Não há falar em decisão contrária à prova dos autos quando, diante de duas versões que se contrapõem, os jurados optam por uma delas, desde que a tese eleita esteja amparada em provas carreadas nos autos.***
>
> *2. No caso, os jurados se convenceram da tese aventada pela acusação, que, por sua vez, possuía fundamento nas provas colhidas ao longo de toda a instrução processual, de forma que, entender pela nulidade da referida decisão plenária, consistiria em inegável afronta à soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri. (...).* (HC 99.202/MS, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012)." (Destaquei).

Com efeito, à luz das diretrizes doutrinária e jurisprudencial acima apontadas, conclui-se que, no caso, a pretensão do requerente não merece guarida, pois, a despeito da retratação testemunhal, o veredito dos jurados está em harmonia com os demais elementos do processo, conforme doravante será demonstrado.

A versão acusatória dos fatos imputou ao requerente a prática do crime de homicídio qualificado que teve por vítima a pessoa de Fábio Mosciaro da Silva.

De acordo essa versão, o requerente efetuou disparo de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe lesões corporais que foram a causa efetiva do óbito. Consta que, na execução do crime, o requerente utilizou de recurso que dificultou a defesa da vítima, pois a surpreendeu em via pública, em momento no qual não tinha a mínima expectativa sobre o ataque criminoso, circunstâncias em que não pode esboçar qualquer tipo de reação defensiva.

A materialidade do fato delituoso está devidamente comprovada, encontrando substancial respaldo no laudo de exame de corpo de delito (f. 31-33) e, ainda, nas demais declarações colhidas durante toda a atividade de persecução penal. Esses elementos provam que a vítima faleceu em virtude de ferimentos decorrentes de disparos de arma de fogo, isto é, conduta humana dolosa, restando-nos, assim, apurar, na sequência, quem foi o efetivo responsável pela prática dessa conduta.

Entramos, então, no campo da autoria do fato delituoso, que também está sobejamente demonstrada no caso dos autos, recaindo, realmente, na pessoa do requerente.

É aqui, aliás, que repousa toda a controvérsia.

Uma das provas que deram corpo à versão acusatória diz respeito ao depoimento da testemunha Patrícia Ferreira Pinto de Lima, que, na fase policial e judicial, declarou ter presenciado os fatos, imputando ao requerente a pratica do crime.

Em seus depoimentos, nas fases policial e judicial, Patrícia prestou declarações absolutamente coesas e coerentes, prestando minuciosos detalhes sobre todas as circunstâncias em que ocorreram os fatos.

Nesses depoimentos, a testemunha relatou, em único tom, que, na ocasião dos fatos, estava em uma festa junina acompanhada de suas irmãs Joyce e Daniele e da vítima Fábio, enfatizando que, no término desse evento, convidou as referidas pessoas para irem a outra festividade, o que foi por todos aceito. A declarante também disse que foi na frente junto com a vítima, a pé, e que, durante o trajeto, foram abordados pelo requerente, o qual disse que queria resolver uma "treta" com a vítima. Ponderou que, nesse contexto, a vítima tentou a todo momento evitar qualquer confronto, mas o requerente, ignorando essas tentativas, sacou repentinamente uma arma de fogo, disparando contra a vítima, acertando-a. Esclareceu, finalmente, não dispor de nenhuma dúvida de que o requerente foi o autor do crime.

Nota-se, então, que as declarações acima exaltadas, absolutamente coesas e coerentes, em franca harmonia e despidas de qualquer contradição, atribuíram indiscutivelmente a autoria do fato delituoso ao requerente.

As declarações de Patrícia, acima referidas, ganharam ainda maior relevo na elucidação dos fatos porque se apresentaram em plena sintonia com os demais elementos existentes no processo, notadamente os depoimentos extrajudiciais prestados por Joice Ferreira Pinto de Lima (f. 12-13), Daniele Pinto Lima (f. 14-15), Wesley Adeildo Soto (f. 16-17) e João da Cruz Silva (f. 60), que, embora não tenham presenciado os fatos, disseram ter tomado conhecimento de que o requerente foi o autor do crime.

A propósito, a testemunha Wesley Adeildo Soto, em seu depoimento (f. 16-17), relatou que, na ocasião dos fatos, ouviu disparos de arma de fogo e, na sequência, viu o requerente portando uma arma de fogo, o qual lhe confidenciou o crime, dizendo "acabei de matar um cara", fugindo, então, em direção a um matagal.

Em arremate, deve-se dar destaque ao fato de que o requerente, após o crime, fugiu, permanecendo por mais de seis anos foragido. Ora, caso não tivesse responsabilidade penal pelo fato praticado, a postura do requerente certamente seria outra: permaneceria no distrito da culpa, à disposição da autoridade policial, a fim de auxiliar a elucidação completa dos fatos, até como forma de comprovar a sua inocência. Porém, a sua atitude evidenciou postura de que realmente foi o autor do crime, o que, aliás, ficou demonstrado pelas provas acima listadas.

Assim, diante desse robusto contexto probatório, os jurados, na sessão plenária, acolheram a versão acusatória dos fatos, decidindo pela condenação do requerente.

Aconteceu que, nesta Revisão Criminal, a defesa afirma que a única testemunha ocular dos fatos, isto é, Patrícia, cujas declarações foram acima detalhadas, retratou-se do que disse, passando a inocentar o requerente.

Com efeito, a referida retratação foi colhida em procedimento judicial de justificação (autos nº 0831413-92.2017.8.12.0001), sob o pálio da ampla defesa e do contraditório, em depoimento colhido pelo sistema de áudio e video, disponível no sistema SAJ.

Nesse novo depoimento, a testemunha Patrícia alterou diametralmente a versão dos fatos, relatando contexto bem diverso daquele que outrora havia exposto. Pontuou, basicamente, que não foi o requerente o autor do crime, não sendo ele o responsável pelos disparos de arma de fogo que foram a causa efetiva da morte da vítima.

Porém, apesar dessa nova versão fática, entendo que as declarações prestadas pela testemunha não trazem consigo credibilidade bastante o suficiente para ensejar a alteração do primitivo julgamento, já amparado pela coisa julgada material.

Lembre-se, inicialmente, que o caso diz respeito a crime doloso contra a vida, partindo a condenação, então, do Conselho de Sentença, instituição constitucional cujo veredicto condenatório é soberano, não podendo ser desfeito pelo julgador togado, a não ser que seja contraditório à prova dos autos.

Debruçando o exame sobre a retratação da testemunha, constata-se que suas declarações são absolutamente confusas e desconexas, sobretudo no tocante à justificativa acerca do porquê teria "mentido" nas fases policial e judicial, incriminando pessoa que sabia ser inocente. Nesses pontos, Patrícia afirmou que, na fase inquisitorial, mentiu por pressão policial e, em juízo, manteve a versão inicial por temer eventual prisão no caso de retratação. A suposta pressão policial parece muito pouco crível, até mesmo porque já haviam vários outros elementos que evidenciavam a autoria do crime, razão pela qual não faria

sentido a autoridade policial forçar um novo depoimento incriminador. Por demais, quanto ao suposto temor de prisão na fase judicial, tal alegação também é de pouca credibilidade, pois, se verídica, esse temor também iria persistiria na ocasião da justificação judicial, o que não ocorreu.

Outro fator que mitiga a veracidade da retratação, por causar muita estranheza, é o fato de a testemunha ter sustentado sua "mentira" durante mais de dez anos, com referência ao tempo do crime, ou quatro anos, considerando a data do seu depoimento judicial. Ora, é indiscutível que, caso correspondesse à realidade, essa retratação viria à tona muito tempo antes, e não somente agora, repita-se, após mais de dez anos dos fatos.

Além do mais, não é demais lembrar que, ao se retratar, a testemunha, aparentando extremo nervosismo na audiência, apresentou pouquíssimos detalhes sobre a sua nova versão fática, despidos, aliás, de maior convicção, em contexto bem diferente daquele visto em seus depoimentos nas fases policial e judicial, outrora relatados, onde ela esclareceu minuciosamente os fatos, sendo peça chave para o desfecho do caso. O nervosismo inexplicável, a falta de detalhes e a confusão das declarações são fatores condizentes com afirmações divorciadas da realidade, contaminando a idoneidade da retratação.

Finalmente, outro ponto importante a se destacar é que as novas declarações da testemunha Patrícia vão ao encontro de todos os outros elementos existentes no processo, referidos em linhas anteriores, que demonstraram a concorrência do requerente, na condição de autor, para a prática do fato criminoso.

Diante desses fatos, vale repetir, o nervosismo inexplicável, a falta de detalhes, a incoerência e confusão das declarações e a contradição da nova versão com os demais elementos do processo, é inegável a falta de credibilidade da retratação e, consequentemente, a sua imprestabilidade ao fim proposto, isto é, a anulação do primitivo veredito.

Ora, em caso como o dos autos, onde se discute o reexame de condenação com base em retratação testemunhal, em contexto de crime grave, não se deve fechar o olho para a possibilidade dessa retratação ser fruto direto de ameaças por parte daqueles que estão diretamente envolvidos com a prática criminosa, o que parece crível no caso.

Perante o exposto, concluo que a retratação trazida a título de prova nova não é capaz de alterar o veredito dos jurados, pois não traz consigo robustez necessária o bastante para abalar a idoneidade da decisão do Conselho de Sentença, tendo em vista a sua pouca credibilidade ante as circunstâncias acima citadas.

Para desconstituir sentença transitada em julgado não basta que as novas provas transmitam dúvida ao espírito do julgador, exigindo-se que expressem certeza, segurança, pois neste momento processual não mais vigora o princípio do "in dubio pro reo", mas sim o do "in dubio pro societate".

Nesse sentido, aliás, exalto os seguintes julgados:

> *"**REVISÃO CRIMINAL** – ESTUPRO – ACÓRDÃO UNÂNIME QUE REFORMOU SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO – JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – RETRATAÇÃO DE UMA DAS VÍTIMAS E DEPOIMENTOS DE NOVAS TESTEMUNHAS – PROVA QUE NÃO É SUFICIENTE PARA A PROCEDÊNCIA DA REVISÃO. Da análise da prova produzida em justificação judicial, **não é possível a conclusão pela absolvição do réu,** ora requerente, também não sendo possível afirmar que a condenação se baseou em depoimento falso. **Retratação que não convence.** Na verdade, inexiste prova nova capaz de embasar um juízo de absolvição, diante da minuciosa análise da prova dos autos que levou à condenação. REVISÃO CRIMINAL*

JULGADA IMPROCEDENTE – POR MAIORIA. (Revisão Criminal Nº 70057463390, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 25/07/2014).” (Destaquei).

*“**REVISÃO CRIMINAL** – ESTUPRO – PROVA NOVA INSUFICIENTE – JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – RETRATAÇÃO DA OFENDIDA E INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS – ERRO NO EXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO EVIDENCIADO. - No caso concreto, a **retratação da vítima e o depoimento das testemunhas em sede de audiência de justificação não se revestem da robustez necessária para abalar a conclusão exarada na decisão condenatória transitada em julgado.** Depoimentos da vítima e de sua genitora que revelam, em verdade, a nítida intenção de ambas no sentido de inocentar o acusado, eximindo-o de sua responsabilidade penal, (...).* (TJ-RS - RVC: 70049397185 RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Data de Julgamento: 23/11/2012, Quarto Grupo de Câmaras Criminais).” (Destaquei).

*“**REVISÃO CRIMINAL** – CORRUPÇÃO PASSIVA – CONDENAÇÃO – ALEGAÇÃO DE PROVA NOVA DE INOCÊNCIA DO REQUERENTE – RETRATAÇÕES DE TESTEMUNHAS ATRAVÉS DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – PREDOMÍNIO DOS ELEMENTOS QUE EMBASARAM A DECISÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO – INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO REVISIONAL. 1. Revisão Criminal - Justificação Judicial - Novas Provas. - É cediço que na ação revisional alicerçada em novas provas, devem elas ser decisivas e conter firmeza suficiente para alterar o julgamento definitivo já havido, pois aqui a dúvida milita em desfavor do revisionando. 2. Retratação de testemunhas - Justificação Judicial - Dúvida nos depoimentos. Rescisão de decisão definitiva que não merece acolhida. - **É inviável a pretendida rescisão de julgado definitivo, quando a nova prova, consubstanciada em retratações testemunhais, não traduz certeza contundente a abalar a convicção judicial manifestada em duas instâncias ordinárias. Pleito revisional indeferido.*** (TJ-PR - RVCR: 1006691 PR Revisão Criminal (Gr) - 0100669-1, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 18/12/2002, Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: 03/02/2003 DJ: 6301)” (Destaquei).

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL - REVISÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - DECISÃO BASEADA EM DEPOIMENTO FALSO - NÃO OCORRÊNCIA - REVISÃO DA DOSIMETRIA - POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL - REVISIONAL IMPROCEDENTE. 1. A revisão criminal só é cabível nas hipóteses taxativas do artigo 621, do CPP, e visa reexaminar decisão condenatória transitada em julgado em que há vício de procedimento ou de julgamento. 2. Não é possível manejar a ação revisional como se fosse uma nova oportunidade de apreciação de fatos e teses já amplamente debatidos nos autos. 3. A condenação do requerente foi baseada em um conjunto probatório e não apenas no depoimento que se alega ser falso. Ademais **a retratação da testemunha em ação de justificação judicial não se mostra suficiente para reverter a condenação, quando as novas declarações são contraditórias e carecem de credibilidade.** 4. A revisão criminal não é o meio adequado para o reexame da dosimetria da pena, só sendo admitida quando houver flagrante ilegalidade ou notória desproporcionalidade, o que não é o caso dos autos. 5. Revisão criminal improcedente.* (TJ-DF 20160020330613 - Segredo de Justiça 0035251-54.2016.8.07.0000, Relator: Jesuino Rissato, Data de Julgamento: 03/10/2016, Câmara Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/10/2016 . Pág.: 141/142).” (Destaquei).

No mesmo sentido, aliás, já me manifestou em julgamento nesta Corte. Veja:

*“EMENTA – **REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO** – ALEGAÇÃO DE PROVA NOVA – JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL – RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA – DEPOIMENTO COM SÉRIAS DÚVIDAS E ESTRANHEZA – INSUFICIENTE PARA ALTERAR O JULGAMENTO – PEDIDO REVISIONAL*

> *DESACOLHIDO. **A prova nova produzida não é suficiente para alterar o embasamento do julgamento. A retratação da testemunha, ocorrida mais de nove anos após os fatos, é geradora de sérias dúvidas e estranheza, em dissonância com o contexto fático probatório, pelo que não tem o condão de afastar a condenação**, que foi amparada pelos elementos trazidos ao processo, com julgamento pelo Tribunal do Júri, proferido pela soberania dos veredictos e confirmando pelo Tribunal de Justiça no julgamento de recurso de apelação criminal e também em revisão criminal anteriormente proposta. (*TJ-MS - RVCR: 14089201220168120000 MS 1408920-12.2016.8.12.0000, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Data de Julgamento: 09/11/2016, Seção Criminal, Data de Publicação: 11/11/2016).” (Destaquei).

Finalmente, mesmo que fosse crível a retratação judicial, ainda assim o veredito dos jurados deveria prevalecer, porque a referida decisão está em plena sintonia com os demais elementos existentes no processo, que não se resumem ao depoimento testemunhal retratado, conforme já apontado acima.

Portanto, sendo pouca a credibilidade da “prova nova” apresentada e existindo outros elementos que dão respaldo a versão acusatória dos fatos, não há falar em anulação do julgamento e submissão do requerente a novo júri.

Assim, afasto tal pretensão.

Posto isso, contra o parecer, Julgo Improcedente o presente pedido de Revisão Criminal.

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Revisor)

Acompanho o relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em razão do pedido de vista do 1º vogal, des. Geraldo de Almeida Santiago, após o relator e o revisor julgarem improcedente a ação, o 2º vogal ausente por férias e o 3º vogal aguarda.

VOTO MÉRITO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (1º Vogal)

Peço vênia para divergir do voto do e. relator, pois entendo que o pedido alternativo de anulação do julgamento do revisionando merece acolhimento, bem assim, a concessão de *habeas corpus,* para responder ao processo em liberdade.

Percebe-se que um fato novo surgiu após o julgamento pelo Conselho de sentença, o único competente para julgar crimes contra vida. E tal fato novo tem forte potencial de prova para defesa, capaz de alterar seu julgamento.

Isso porque a testemunha presencial do crime, a sra. Patrícia Ferreira Pinto de Lima, por conta própria, procurou o Ministério Público para fazer retratação de seu depoimento, alterando completamente a versão dos fatos e negando a autoria do réu Cleiton Roberto da Silva Velasques, senão vejamos a sua declaração de f. 507/9:

> *“A declarante afirma categoricamente, de forma livre e espontânea, que estava com Cleiton no momento em que ouviu os tiros que atingiram Fabio, portanto, não foi Cleiton o autor destes disparos de arma de fogo”.*

Veja que na ação de Justificação Criminal nº 0831413-92.2017 .8.12.0001 intentada pelo requerente, a testemunha Patrícia Ferreira Pinto de Lima, devidamente acompanhada de seu advogado, confirmou a retratação da sua versão perante o Promotor de Justiça logo após a prolação da sentença condenatória (f. 504/506), onde afirmou que:

> *Advogado Réu: Dona Patrícia, talvez seja a única pergunta, a principal. O que aconteceu? A senhora, vou repetir o que o Dr. Aluízio, que o excelentíssimo senhor juiz lhe falou no começo. A senhora disse na delegacia que o Cleiton foi o autor do homicídio. A senhora disse ao Dr. Aluízio que o Cleiton foi o autor do homicídio e depois a senhora procurou o Ministério Público, se não me engano para o Dr. Humberto Lapa Ferri, e afirmou que o Cleiton não foi o autor do homicídio. Qual é a verdade dos fatos, senhora Patrícia?*
>
> *Depoente: Na verdade foi que o Cleiton não atirou em ninguém. Me arrependi do que eu tinha dito porque era uma mentira, porque o dia que me chamaram para depor na delegacia eu não sabia que era sobre isso, que tinham me levado lá, né? Daí foi onde que o delegado me perguntou se eu sabia o porquê, qual o motivo que eu estava lá para dá um depoimento. Eu falei que eu não tinha conhecimento, não sabia do que que era. Ele falou que era sobre a morte do Fábio, daí ele perguntou para mim quem que tinha atirado no Fábio, eu falei que não sabia. Daí ele falou que já outras pessoas já tinham passado pela delegacia e falaram que era um Cleiton e que a delegacia da mulher feminina ficava bem próximo e era só eu que estava lá e que falava que não era. Sendo que outras pessoas tinham ido lá dar depoimento e falaram que era o Cleiton e só o meu depoimento que estava falando que não. Então eu fiquei com medo e logo depois falaram que a delegacia feminina ficava bem próximo, eu fiquei com medo e falei que era o Cleiton. (...)*
>
> *MP: Já que a senhora está dizendo que não viu exatamente que foi o Cleiton quem efetuou esses disparos. A senhora viu o quê?*
>
> *Depoente: No dia dos fatos, como era lá em torno das 23:00h, o Cleiton e a família foram embora e a gente ficamos um pouco na festa, de 00:00h à 00:30h. Daí nisso ele retornou e a gente, como tava muito cheia a festa, final de festa, a gente fomos pra casa. Chegamos lá em frente de casa, ficamos um pouco lá eu e minhas irmãs, daí nisso escutamos umas gritarias, escutamos umas gritarias e fomos ver o que que era. Era o Cleiton que tinha levado um soco. Nisso ficamos junto com ele lá na festa em frente à igreja e logo em seguida escutamos os disparos. Daí eu saí pra ver o que que tinha acontecido e chegando lá eu vi o Fábio caído no chão. Coloquei a cabeça dele em cima do meu colo e comecei a gritar por socorro. Foi onde chegou os rapazes de moto e colocou ele no meio da moto mais um outro, ele ficou no meio, levaram ele paro o posto. Fiquei sabendo que ele tinha falecido no dia seguinte.*
>
> *MP: Tá, então quando a senhora chegou ele já estava baleado?*
>
> *Depoente: Sim.*
>
> *MP: A senhora disse em juízo que tinha visto ele armado antes, o Cleiton, isto é verdade?*
>
> *Depoente: Não.*
>
> *MP: A senhora não tinha visto ele armado antes?*
>
> *Depoente: Não.*

MP: Tá, é só pra saber, a senhora, retifica integralmente, a senhora não confirma integralmente seu depoimento antes?

Depoente: Não confirmo, não confirmo.

MP: Em juízo?

Depoente: Não confirmo, é verdade.

MP: Nada do que a senhora disse, era verdade?

Depoente: Nada. (declarações prestadas pela testemunha Patrícia na Ação de Justificação Criminal, obtido através do sistema audiovisual- SAJ 1º grau)

Ressalte-se que órgão ministerial em 1º e 2º grau manifestaram-se pela anulação da decisão emanada do Tribunal do Júri, (f. 545/555) para que o réu fosse submetido a novo julgamento, justamente pela mudança substancial no contexto do conjunto probatório, que pode ter induzido o Conselho de Sentença a erro, para condenação do requerente.

Para tanto, analisaremos as provas produzidas nos autos que indicaram a autoria delitiva de Cleiton:

Na delegacia de polícia foram ouvidas cinco testemunhas, Patrícia Pinto de Lima (f. 81-82); Joice Ferreira Pinto de Lima (f. 83-84); Daniele Pinto de Lima (f. 85-86); Wesley Adeildo Soto (f. 87-88) e João da Cruz Silva (f. 131), sendo que a única delas que disse ter presenciado o crime foi Patrícia Ferreira Pinto de Lima. Os demais não presenciaram o fato, tendo apenas Wesley dito que o viu passar correndo por ele, portando uma arma e teria dito que tinha acabado de "matar um cara".

Entretanto, a testemunha Wesley não foi ouvido em juízo. Somente Patrícia depôs em juízo, ratificando seu depoimento policial, no qual afirmou que viu o réu atirando na vítima.

O depoimento das demais testemunhas são "de ouviu dizer" que teria sido Cleiton o autor do crime, frisando-se que essas testemunhas não foram ouvidas judicialmente, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

A testemunha Patrícia não compareceu no Tribunal do Júri, mas logo após o julgamento, cerca de seis dias depois, retratou-se de suas afirmações.

Assim, retirando-se a versão apresentada pela testemunha Patrícia, que se retratou, não restam outros elementos de prova judicial que apontam a autoria do réu, mormente porque a sobrinha do réu Alana Nunes Pereira de Mato e o próprio réu, em ambas fases processuais, sustentaram que ele havia levado um soco e estava caído no chão no momento em que ocorreram os disparos de arma de fogo. Inclusive, ambos negaram que Cleiton e Fábio tinham desentendimentos.

Tal versão está em consonância com as novas declarações da testemunha Patrícia.

E ainda, a informante Keila Cristina Nunes da Silva aparentemente sugere que a testemunha Patrícia estaria acobertando seu cunhado Wesley, que é casado com Joice, irmã de Patrícia.

Keila e Alana disseram em diversas passagens que o réu foi acusado pelo fato de andar na companhia de Wesley, que seria pessoa envolvida em diversos delitos.

Por conseguinte, ante o fato superveniente (falso testemunho) que esvaziou as provas para a condenação de Cleiton, mormente porque pode ter influenciado diretamente em seu julgamento, não há como sustentar o veredicto do Conselho de Sentença, devendo o revisionando ser submetido a novo julgamento.

Porém, não há como acolher o pedido de absolvição, posto que o juízo natural da causa para julgamento de crimes dolosos contra a vida é o conselho de Sentença em Tribunal do Júri.

Pelos mesmos motivos que ensejam a nulidade de autoria, deve ser concedido *habeas corpus,* de ofício, para que o revisionando responda ao processo em liberdade, já que após a retratação há dúvida quanto à autoria delitiva e porque como já houve trânsito em julgado de decisão que ora se anula.

Ante o exposto, com o parecer, defiro parcialmente o pedido contido na inicial para anular a sessão de julgamento que condenou o réu por homicídio qualificado, nos autos de Ação Penal nº 0030752-35.2006.8.12.0001, devendo ser submetido a novo julgamento, bem como concedo *habeas corpus* de oficio, para que o revisionando responda ao processo em liberdade.

Expeça-se contramandado de prisão em favor do réu.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Acompanho o e. 1° Vogal e defiro em parte a revisional intentada em favor de Cleiton Roberto da Silva Velasques, apenas para anular a sessão de julgamento do requerente perante o Tribunal do Júri e submetê-lo a novo julgamento; *ex officio*, concede-se liberdade provisória para que o requerente aguarde em liberdade a realização do novo julgamento.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (3º Vogal)

Mérito

O requerente pretende sua absolvição ou anulação do Tribunal do Júri, para que seja submetido a novo julgamento, bem como a concessão de *habeas corpus* de ofício para responder ao processo em liberdade.

Na ação de justificação intentada pelo requerente a testemunha Patrícia Ferreira Pinto de Lima, devidamente acompanhada de seu advogado, confirmou a retratação da sua versão perante o Promotor de Justiça logo após a prolação da sentença condenatória (f. 504/506), onde afirmou que:

> *(...)*
>
> *Advogado Réu: Dona Patrícia, talvez seja a única pergunta, a principal. O que aconteceu? A senhora, vou repetir o que o Dr. Aluízio, que o excelentíssimo senhor juiz lhe falou no começo. A senhora disse na delegacia que o Cleiton foi o autor do homicídio. A senhora disse ao Dr. Aluízio que o Cleiton foi o autor do homicídio e depois a senhora procurou o Ministério Público, se não me engano para o Dr. Humberto Lapa Ferri, e afirmou que o Cleiton não foi o autor do homicídio. Qual é a verdade dos fatos, senhora Patrícia?*
>
> *Depoente: Na verdade foi que o Cleiton não atirou em ninguém. Me arrependi do que eu tinha dito porque era uma mentira, porque o dia que me chamaram para depor na delegacia eu não sabia que era sobre isso, que tinham me levado lá, né? Daí foi onde que o delegado me perguntou se eu sabia o porquê, qual o motivo que eu estava lá para dá um depoimento. Eu falei que eu não tinha conhecimento, não sabia do que que era. Ele falou que era sobre a morte do Fábio, daí ele perguntou para mim quem que tinha atirado no Fábio, eu falei que não sabia. Daí ele falou que já outras pessoas já tinham passado pela delegacia e falaram que era um Cleiton e que a delegacia da mulher feminina ficava bem próximo e era só eu que estava lá e que falava que não era. Sendo que outras pessoas*

tinham ido lá dar depoimento e falaram que era o Cleiton e só o meu depoimento que estava falando que não. Então eu fiquei com medo e logo depois falaram que a delegacia feminina ficava bem próximo, eu fiquei com medo e falei que era o Cleiton. (...)

MP: Já que a senhora está dizendo que não viu exatamente que foi o Cleiton quem efetuou esses disparos. A senhora viu o quê?

Depoente: No dia dos fatos, como era lá em torno das 23:00h, o Cleiton e a família foram embora e a gente ficamos um pouco na festa, de 00:00h à 00:30h. Daí nisso ele retornou e a gente, como tava muito cheia a festa, final de festa, a gente fomos pra casa. Chegamos lá em frente de casa, ficamos um pouco lá eu e minhas irmãs, daí nisso escutamos umas gritarias, escutamos umas gritarias e fomos ver o que que era. Era o Cleiton que tinha levado um soco. Nisso ficamos junto com ele lá na festa em frente à igreja e logo em seguida escutamos os disparos. Daí eu saí pra ver o que que tinha acontecido e chegando lá eu vi o Fábio caído no chão. Coloquei a cabeça dele em cima do meu colo e comecei a gritar por socorro. Foi onde chegou os rapazes de moto e colocou ele no meio da moto mais um outro, ele ficou no meio, levaram ele paro o posto. Fiquei sabendo que ele tinha falecido no dia seguinte.

MP: Tá, então quando a senhora chegou ele já estava baleado?

Depoente: Sim.

MP: A senhora disse em juízo que tinha visto ele armado antes, o Cleiton, isto é verdade?

Depoente: Não.

MP: A senhora não tinha visto ele armado antes?

Depoente: Não.

MP: Tá, é só pra saber, a senhora, retifica integralmente, a senhora não confirma integralmente seu depoimento antes?

Depoente: Não confirmo, não confirmo.

MP: Em juízo?

Depoente: Não confirmo, é verdade.

MP: Nada do que a senhora disse, era verdade?

Depoente: Nada. (declarações prestadas pela testemunha Patrícia na Ação de Justificação Criminal, obtido através do sistema audiovisual - SAJ 1º grau)

Ressalte-se que órgão ministerial em 1º e 2º grau manifestaram-se pela anulação da decisão emanada do Tribunal do Júri, para que o réu fosse submetido a novo julgamento.

No caso telado, constata-se mudança substancial no contexto do conjunto probatório, que pode ter induzido o Conselho de Sentença a erro, que ensejou a condenação do requerente.

Na delegacia de polícia foram ouvidas cinco testemunhas, Patrícia Pinto de Lima (f. 81-82); Joice Ferreira Pinto de Lima (f. 83-84); Daniele Pinto de Lima (f. 85-86); Wesley Adeildo Soto (f. 87-88) e João da Cruz Silva (f. 131), sendo que a única delas que disse ter presenciado o crime foi Patrícia Ferreira Pinto de Lima, que após o julgamento de Celiton se retratou, afirmando que mentiu. O depoimento das demais testemunhas são "de ouviu dizer" que teria sido Cleiton o autor do crime, frisando-se que essas testemunhas não foram ouvidas judicialmente, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

A testemunha Patrícia não compareceu no Tribunal do Júri, mas antes da pronúncia prestou depoimento em juízo, sendo que logo após o julgamento, cerca de seis dias depois, retratou-se de sua afirmações.

Assim, retirando-se a versão apresentada pela testemunha Patrícia, que se retratiou não restam outros elementos de informação que apontam a autoria do réu, mormente porque a sobrinha do réu Alana Nunes Pereira de Mato e o próprio réu em ambas fases processuais, sustentaram que ele havia levado um soco e estava caído no chão no momento em que ocorreram os disparos de arma de fogo. Inclusive, ambos negaram que Cleiton e Fábio tinham desentendimentos.

E ainda, a informante Keila Cristina Nunes da Silva aparentemente sugere que a testemunha Patrícia estaria acobertando seu cunhado Wesley, que é casado com Joice, irmã de Patrícia.

Keila e Alana disseram em diversas passagens que o réu foi acusado pelo crime pelo fato de andar na companhia de Wesley, que seria pessoa envolvida em diversos delitos.

Por conseguinte, ante o fato superveniente (falso testemunho) que esvaziou as provas para a condenação de Cleiton, mormente porque pode ter influenciado diretamente em seu julgamento, não há como sustentar o veredicto do Conselho de Sentença, devendo o requerente ser submetido a novo julgamento.

Porém, não há como acolher o pedido de absolvição, posto que o juízo natural da causa para julgamento de crimes dolosos contra a vida é o conselho de Sentença em Tribunal do Júri.

Pelos mesmos motivos que ensejam a nulidade de autoria, deve ser concedido *habeas corpus* de ofício, para que o requerente responda ao processo em liberdade, já que após a retratação há séria dúvida quanto à autoria delitiva e porque como já houve trânsito em julgado de decisão que ora se anula, já fora emitida guia definitiva de cumprimento da pena.

Ante o exposto, com o parecer, defiro parcialmente o pedido contido na inicial para anular a sessão de julgamento que condenou o réu por homicídio qualificada, nos autos de Ação Penal nº 0030752-35.2006.8.12.0001, devendo ser submetido a novo julgamento, bem como concedo *habeas corpus* de oficio, para que o réu seja colocado em liberdade até respectivo novo julgamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, julgaram parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 11 de abril de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0020858-20.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO DA ACUSAÇÃO – HOMICÍDIO POR DOLO EVENTUAL – ART. 121, *CAPUT* E § 4º, C/C ART. 18, II, DO CP – CERCA DE CHÁCARA – ELETRIFICAÇÃO IRREGULAR – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO, AVISO, PLACAS OU ADVERTÊNCIA – SENTENÇA DE DESCLASSIFICAÇÃO REFORMADA – PROVAS QUE POSSIBILITAM CONCLUIR PELO *ANIMUS NECANDI* – CONDUTA DE QUEM PODE TER ASSUMIDO O RISCO DO RESULTADO – ELEMENTOS QUE DENOTAM DÚVIDAS – SUBMISSÃO AO TRIBUNAL DO JÚRI – *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER.

Não comprovada de plano, estreme de dúvidas, a versão atinente à ausência do dolo e, nesse eito, a existência ou não do *animus necandi*, deve a causa ser avaliada pelo Conselho de Sentença, notadamente em razão de que, na fase admissional, as provas devem ser valoradas *pro societate.*

O cenário dos autos demonstra que a vítima, juntamente com outros adolescentes, entraram na chácara através das cercas, que não possuíam quaisquer tipo de advertência ou sinalização de serem eletrificadas, sendo que, ao retornarem por uma destas cercas, a vítima sofreu a eletroplessão, devendo-se, assim, as provas serem submetidas à apreciação do Julgador dotado de competência constitucional exclusiva, máxime pela inconteste dúvida que remanesce sobre a conduta ser dolosa ou culposa.

Na existência de dúvidas de que o agente tenha agido de forma culposa, revelando, por outro lado, que a conduta pode, de fato, ser concernente a dolo eventual, porquanto pode-se ter assumido o risco de produzir o resultado, inviável a desclassificação operada pelo Magistrado Togado, no que deve ser mantida a capitulação da denúncia para fins de o Tribunal do Júri averiguar as provas e dar seu veredicto.

Embora possa existir elementos de convicção a sustentar a versão do acusado, não se pode olvidar que na fase de *judicium accusationis* descabe posicionamento acerca do melhor enquadramento jurídico ao caso, tampouco interpretação e análise aprofundada dos fatos, bastando indícios suficientes ao embasamento da imputação estampada na proemial e confirmação alusiva à materialidade, afigurando-se prescindível prova incontroversa.

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, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso em sentido estrito contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, que desclassificou provisoriamente para homicídio culposo (art. 121, §3º, do CP) a conduta do acusado Francisco Donizeti Hennes, cuja imputação da denúncia era de homicídio por dolo eventual (art. 121, *caput*, c/c art. 18, II, do CP).

Argumenta que há provas que corroboram o dolo eventual na conduta do agente.

Aduz que, configurada dúvida sobre a questão, cabe ao Tribunal do Júri o veredicto sobre a presença ou não de *animus necandi.*

Sustenta que a decisão na fase de *judicium accusationis* limita-se à verificação de um juízo de probabilidade da autoria e materialidade.

Assevera que, verificada incerteza sobre o dolo, deve ser a causa submetida ao Conselho de Sentença, pois na fase admissional vigora o princípio *in dubio pro societate*.

Discorre sobre o dolo eventual e culmina por afirmar que se o acusado assumiu o risco de produzir o resultado não pode ser a conduta desclassificada para culposa, o que impõe o julgamento perante o Tribunal do Júri em conformidade com a imputação da denúncia.

Contrarrazões pela manutenção da decisão.

Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual, porquanto irresignado com o *decisum* estampado às f.449/461, que, por não vislumbrar crime doloso contra a vida, desclassificou provisoriamente para homicídio culposo (art. 121, §3º, do CP) a conduta do acusado Francisco Donizeti Hennes, cuja imputação da denúncia era de homicídio por dolo eventual (art. 121, *caput*, c/c art. 18, II, do CP).

O recorrente almeja o provimento do recurso, a fim de submeter o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri, pela conduta descrita na proemial acusatória.

Desponta da prefacial acusatória que:

> *Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 28 de março de 2015, por volta das 16h08, Rua dos Três Poderes esquina com a Rua Tigabi, bairro Panorama, em Campo Grande/MS, o denunciado Francisco Donizeti Hennes, utilizando um agente físico (término - eletricidade), provocou na vítima Fabrício Nunes da Silva Júnior, que possuía 13 (treze) anos de idade, os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito - exame necroscópico de f. 29/32, que deram causa a sua morte.*
>
> *Narra o procedimento de investigação em anexo que a vítima e outros menores de idade empinavam pipas nas proximidades da chácara do denunciado, como era de costume e de conhecimento de todos os moradores da região.*

> *Em dado momento, os referidos meninos adentraram a referida chácara para beber água, oportunidade em que passaram por uma cerca de arame liso, onde não havia qualquer placa de advertência ou sinalização indicando que ela era eletrificada.*
>
> *Ato contínuo, a vítima Fabrício Nunes da Silva Júnior, ao passar pela cerca elétrica que estava acionada, sofreu uma descarga elétrica que culminou na sua morte.*
>
> *Apesar de ter visto a vítima sendo eletrocutada, o denunciado não desligou a cerca elétrica existente no citado imóvel rural, empreendendo, em seguida, fuga do local.*
>
> *Diante das circunstâncias do caso concreto, restou evidenciada a presença de dolo eventual na conduta do denunciado, que agiu com total irresponsabilidade e indiferença à vida alheia, consistente no fato de acionar uma cerca elétrica instalada irregularmente na chácara em questão, onde não existia qualquer aviso de advertência, assumindo, assim, o risco de produzir o resultado morte.*

Encerrada a instrução, sobreveio o *decisum* contra a qual se insurge o recorrente, alusivo à desclassificação.

O magistrado de primeira instância de jurisdição, embora tenha vislumbrado indícios de autoria e materialidade, desclassificou a conduta do acusado, por entender que a irregularidade da eletrificação da cerca, a falta de sinalização e o fato de a vítima estar molhada e descalça seriam fatores a denotar ausência de *animus necandi*, sobressaindo *"cenário fático que se amolda a uma conduta culposa, descuidada, imprudente, mas jamais se pode debitar um agir doloso"* (f. 455).

Sem embargo do percuciente fundamento exposto na sentença de desclassificação, impõe-se a reforma para manter a primitiva capitulação da denúncia.

Com efeito, a forma como se eletrificou a cerca, a ausência de placas com advertência de energia elétrica e a possibilidade de a vítima ter entrado em contato com água são critérios objetivos que, analisados isoladamente, *de per si*, poderiam indicar ausência de dolo do acusado, o que afastaria a competência constitucional de julgamento do caso.

No entanto, ainda que por tais fatores fosse possível verificar um contexto voltado à imprudência atinente a uma ação culposa, certo é que, ao serem apreciados em cotejo ao conjunto probatório produzido nesta fase de *judicium accusationis*, remetem a uma possível conduta no sentido de assumir o risco de produzir o resultado morte.

Ocorre que as testemunhas ouvidas em juízo foram unânimes em afirmar que a área onde se encontrava a propriedade com cerca eletrificada (chácara) era constantemente frequentada por crianças e adolescentes da região para soltar pipa, inclusive porque havia um córrego nas imediações.

Paulo César Miranda, morador da região, assim externou (f. 337):

> *MP: O Senhor, o Senhor mora na perto nas redondezas ali ou não?*
>
> *Depoente: E tipo fica de frente ali assim.*
>
> *MP: De frente?*
>
> *Depoente: E passa um terreno.*
>
> *MP: Certo.*

Depoente: E (Ininteligível) eu moro aqui, passa essa rua aqui e já dá acesso, passou no outro quintal aqui já dá acesso lá onde ocorreu.

MP: Sabe, sabe dizer se naquele local ali, e bastante comum e crianças brincarem, soltarem pipas enfim?

Depoente: Eu vejo e vejo sempre crianças ali mais não imaginei que teria uma.

MP: Aham.

Depoente: Uma grande tragédia ali.

Da mesma forma, a testemunha Flaviane da Silva Martins, moradora do bairro (f.349):

MP: Ok, e ali na naquela área ali né, e onde aconteceram os fatos. Tem um lago ali perto e isso?

Depoente: E, é (Ininteligível) forma de, tubão.

MP: Tubão?

Depoente: Uma coisa assim, isso.

MP: Tá.

Depoente: Que as crianças brincam.

MP: Então e comum crianças brincarem ali nessa.

Depoente: Sim.

MP: Nesse local? Nadarem nesse tubão?

Depoente: Sim, sim inclusive já e.

MP: Soltarem pipas?

Depoente: Sim, direto ou todos os dias tem crianças brincando ali.

MP: Certo.

Depoente: Sempre e, antes era um lugar que tinha muito gado ai diminui né ficou bem pouquinho. Então as crianças sempre estão brincando lá sempre estão por lá, porque também não tem nenhuma placa com, com uma restrição que elas não possam passar.

Ana Paula Miranda Correa, testemunha que reside no bairro em que se encontra a chácara, também afirma que crianças frequentavam o local (f.355/356 e 357/358):

MP: E Sabe dizer ali se na, nesse local próximo ali aonde aconteceu os fatos, há um lago uma lagoa, se e costume as crianças brincarem ali perto?

Depoente: Olha não e muito próximo não essa lagoa e bem mais para baixo.

MP: Certo.

Depoente: Hum, coisa assim de um quilômetro ou dois.

MP: A lagoa do local onde houve o fato que a criança (Ininteligível?

Depoente: E é também tinha um, tem um negocio redondo lá onde as vacas bebe água né, ai eu não sei. Lá tem a lagoa e tem um negocio bem grandão lá onde.

MP: Tubão que fala?

Depoente: O tubão e mais lá para baixo, e esse que e um pouco distante.

MP: Certo, e ali perto e, e comum as criança brincarem?

Depoente: E as crianças soltam pipa ali mesmo.

(...)

MP: Senhora na delegacia a Senhora falou o seguinte, que havia umas vinte ou mais crianças e adolescentes que usavam o local. Para soltar pipas.

Depoente: Usavam e ainda usam.

MP: Situação, situação comuns nos finais de semana?

Depoente: Uhum.

MP: E confirma isso, Sim?

Depoente: Sim.

Janete Cleis Barbosa, mãe da vítima, verbalizou no mesmo sentido (f.243):

Juiz: Por parte do juiz. Quantas crianças que entraram na propriedade do acusado sabe mais ou menos, quantos amiguinhos ele estava lá?

Depoente: Tinha muitas pessoas lá, umas 80.

Juiz: Eu falo assim...

Depoente: Dentro e fora.

Juiz: Na hora do fato... 80 crianças?

Depoente: Tinha bastante, muitas.

Juiz: E eles entraram na propriedade por que tinha mais espaço?

Depoente: Diversão, soltar pipa, tora pipa, pegar pipa.

Juiz: Era comum isso?

Depoente: Comum, a população que mora lá esta sempre lá.

Juiz: Todo mundo entra na propriedade do acusado para soltar pipa?

Depoente: Isso.

Juiz: Sim?

Depoente: Sim.

Juiz: E tinha outros espaços lá aberto, locais que não eram cercados, que também dava para soltar pipa?

Depoente: Não sei.

Juiz: Não sabe né.

Depoente: Não sei, mas era o lugar em que ele sempre soltava pipa, todo mundo que mora lá solta pipa lá.

Juiz: E a preferência era dentro...

Depoente: Dentro do pasto.

Silvanei Muniz Barbosa, tio da vítima, esclareceu (f.247):

Depoente: Dentro da cacharaca, ele estava soltando, deu sede nele, o coitado morreu de sede. foi tomar água, ficou grudado na cerca. e o meu outro sobrinho, chutou o braço dele, porque ele estava grudado e ia pegar fogo.

MP: O senhor sabe dizer quantas pessoa estavam dentro do local da chácara?

Depoente: Olha doutor, mais ou menos tinha umas 80 crianças, fora as mães que chegaram no local para ver o ocorrido.

MP: 80 crianças assim, por que as coisas aconteceram e ai foi bombeiro, foi Samu, foi todo mundo né?

Depoente: Não...

MP: Eu digo pessoas soltando pipa?

Depoente: Isso tinha umas 80 crianças, porque ali é área que se diverte os animais não estava lá e era aberta. era área livre para soltar, que juntamente junta uns três bairros ali e acha divertir as criançada.

Leandro Barbosa Quevedo, primo da vítima e que estava no local nos dias dos fatos, enfatizou (f.253):

MP: E ai o que aconteceu, você já tinham ido nesse local?

Depoente: Já.

MP: Era comum ir soltar pipa ali?

Depoente: É.

MP: É divisa com a cidade, dentro da cidade, como é que é tem casa ali em volta?

Depoente: Tem uma casinha mais para cima.

MP: E ai o que aconteceu, voces chegaram a entrar, foi na entrada que levou choque?

Depoente: Não hora que a gente estava vinda embora;

No mesmo tom assinalou Fernanda Nunes da Silva, tia da vítima (f. 264):

MP: Qual que é a distancia dali da onde o Fabrício morava da chácara?

Depoente: Aproximadamente eu não sei falar a distancia, mas da uns 20 minutos da minha residência onde ele se encontrava.

MP: No local era comum os jovens soltar pipa?

Depoente: Era comum.

MP: Tinha muitas crianças no campo?

Depoente: Tinha cerca de umas 80 crianças na hora que eu cheguei, brincando.

MP: Dentro da área ou fora da área?

Depoente: Dentro da área

O adolescente Nadyemerson Matheus da Silva Cabanha, primo da vítima, que também estava no local no dia dos fatos, acrescentou (f. 271):

MP: E o senhor fazia o quê lá?

Depoente: Nós fomos soltar pipa, porque nós tínhamos medo de machucar alguém na rua. Aí tinha, mais ou menos, 80 crianças brincando conosco. Nós sempre íamos lá, no final de semana.

MP: Certo. Fica do lado de casas, ali?

Depoente: Hã? Fica. Fica no fundo de umas casas.

Thiago da Silva Sabino, adolescente, amigo da vítima, que estava no local no dia dos fatos, também destacou que o local era frequentado por vários menores (f. 283):

MP: Certo. E vocês foram onde?

Depoente: Foi lá (F), lá no pasto lá, para soltar pipa.

MP: Certo.

Depoente: Lá, nós já éramos acostumados lá, porque lá não tinha muito motoqueiro.

Depoente: Certo. Tinham outras crianças soltando pipa lá?

Depoente: Tinha, lá tinha.

MP: Muita gente?

Depoente: Muita.

Sabendo que a área era frequentada por crianças, revela-se desarrazoado manter a cerca elétrica irregularmente instalada em funcionamento, sobretudo em final de semana, sobressaindo daí indícios de que o acusado assumiu o risco do resultado.

Outrossim, incontroverso que, para acessar a propriedade onde ocorreram os fatos, os adolescentes passavam primeiro por uma cerca de arame sem eletricidade, de modo que uma segunda cerca interna, de arame liso, é que possuía a ligação direta e irregular com a fiação de energia do poste de via pública.

À evidência, a cerca interna da chácara era comum, de arame liso e não apresentava qualquer placa ou sinalização indicando que ali passava corrente elétrica.

Aliás, pelo depoimento da mãe da vítima, percebe-se que, ao chegar no local, sem saber da corrente elétrica, já que não existiam placas de advertência, sofreu choque (f.239):

> *MP: O outro filho, ai a senhora foi para lá com o carro, sozinha, com o seu marido?*
>
> *Depoente: Como o meu esposo, minha cunhada, na hora quando eu vi o corpo do meu filho jogado não chão. Eu sai correndo, quando eu fui segurando a cerca, não deu para segurar, o choque me jogou longe, muito forte, muito forte!*
>
> *MP: Na cerca tinha alguma coisa...*
>
> *Depoente: Mesmo assim não tinha nada indicando que tinha choque, uma cerca de fio de arame liso, não tinha nada, assim tipo tem uma caveira assim choque, não tinha nada, nada!*

No mesmo sentido foi o relato de Silvanei Muniz Barbosa (f. 248):

> *MP: O senhor chegou a verificar se tinha alguma sinalização dessa cerca ser eletrificada?*
>
> *Depoente: Não tinha nada de sinalização, era uma cerca de mais ou menos de quatro fios de arame liso, não tinha sinalização nenhuma, ate para um boi morreria ali se relasse na cerca, por isso mesmo foi maldade do homem, porque quando eles desceram não tinha nenhum choque, ao avistar as crianças descendo, foi proposital essa cena.*

Igualmente asseverou Leandro Barbosa Quevedo (f. 255 e 259):

> *MP: Sabe dizer se na cerca tinha algum aviso de que era eletrificada?*
>
> *Depoente: Não, não tinha.*
>
> *MP: A chácara ela estava organizadinha, ou estava bagunçada?*
>
> *Depoente: Estava organizada.*
>
> *(...)*
>
> *Juiz; Por parte do juiz. No caso então, essa cerca aonde o seu primo veio a morrer, não era a cerca de entrada na propriedade, era uma cerca interna?*
>
> *Depoente: É.*
>
> *Juiz: Isso mesmo? E era comum, pessoal ir lá soltar pipa?*
>
> *Depoente: Era.*
>
> *Juiz: Eles passar nessa cerca, ou foi uma casionalidade, exatamente nesse dia, o menino foi lá passou nessa cerca e encostou nela?*
>
> *Depoente: Era comum todo mundo passava nessa cerca.*
>
> *Juiz: Exatamente nessa cerca?*
>
> *Depoente: É.*

Fabrício Nunes da Silva, pai da vítima, também esclareceu que não havia placas indicando que a cerca em questão era eletrificada (f. 260):

> *MP: Chegando no local, ate chegar onde estava o seu filho, como é que foi essa passagem? Voces tiveram que entrar por onde?*
>
> *Depoente: A gente entrou por outra cerca, que do acesso lá também.*
>
> *MP: Passaram por essa cerca e ai (...)*
>
> *Depoente: Nos dirimos ao local, ai tinha uma forquilha, colocaram uma forquilha que a cerca ainda estava eletrificada quando a gente chegou. Ate então a minha esposa tomou um choque.*
>
> *MP: Choque forte?*
>
> *Depoente: Foi forte que jogou ele longe, ela não ficou grudada na cerca.*
>
> *MP: E tinha alguma placa indicativa de que era eletrificada a cerca?*
>
> *Depoente: Não, nenhuma.*

Thiago da Silva Sabino, amigo da vítima, estava junto com esta no dia dos fatos, confirma que não havia aviso de eletricidade na cerca (f.286):

> *MP: Não sabe? Certo. A cerca tinha algum aviso de que ela estava com energia?*
>
> *Depoente: Não tinha.*

A testemunha Paulo César Miranda, que mora próximo à chácara, afirmou que inexistia placa de advertência sobre a eletrificação na cerca (f.337):

> *MP: Essa cerca elétrica o Senhor chegou a ver se tinha alguma, alguma aviso, uma advertência?*
>
> *Depoente: Nenhum.*
>
> *MP: Perigo alguma coisa o Senhor não viu?*
>
> *Depoente: Nenhum, que se eu puder explicar eu queria explicar ao que a pericia.*

Diferente não é o depoimento de Flaviane da Silva Martins, moradora da região (f.350):

> *MP: Então tem alguma, essa cerca onde a vítima foi eletrocutada, tinha algum aviso informando de advertência.*
>
> *Depoente: Nenhum.*
>
> *MP: O perigo, não tinha?*
>
> *Depoente: Não nenhum.*

A testemunha Ana Paula Miranda Correa, que reside no bairro, confirma que não existia qualquer sinalização da eletrificação da cerca, acrescentando que aparentava ser uma cerca normal (f.357):

> *MP: Havia e placa sinalizando ali que ali tinha eletricidade.*

Depoente: Não.

MP: Ou advertindo o perigo não?

Depoente: Não.

MP: Não tinha? Era de conhecimento de todos que ali era, tinha eletricidade naquela cerca?

Depoente: Não.

MP: Não?

Depoente: Até porque não dava para ver, era uma cerca normal.

MP: Era uma cerca normal, aparentemente?

Depoente: Uhum.

Verifica-se, então, a ausência de precaução ao não se advertir sobre a cerca eletrificada, irregularmente instalada e, ainda, oculta, na medida em que, consoante depoimentos, aparentava se tratar de uma cerca normal.

Logo, sabendo que crianças frequentavam o local, a instalação de cerca eletrificada, sem qualquer placa ou sinal de aviso, vêm a lume sérios indicativos que não podem ser desconsiderados, sobretudo por não indicarem certeza suficiente à desclassificação, remetendo-se, por outro lado, a uma possível conduta de quem assumiu o risco do resultado, concernente ao dolo eventual.

Ademais, pende dúvidas sobre o fato de a vítima estar molhada ou, ainda, se no local onde pisou para atravessar a cerca eletrificada havia uma poça de água, tanto é que algumas testemunhas afirmaram que sim, ao passo que outras apresentaram relatos contrários.

Embora estar ou não molhado, pisar ou não em uma poça de água, possa ou não ser causa determinante para o resultado morte, não há como se descartar que a controvérsia dever ser sanada perante o Tribunal do Júri, porquanto, além dos depoimentos divergentes, tal não afasta o risco assumido com a instalação irregular de cerca elétrica na chácara em questão.

Aliás, indagada sobre o adolescente estar molhado quando ela chegou no local, a mãe da vítima afirmou (f. 240/241):

MP: A senhora chegou a perceber se o seu filho estava molhado no momento em que a senhora...

Depoente: O meu filho não estava molhado, ele tinha feito xixi na roupa, na hora lá do acontecimento.

MP: A senhora sabe se os outros jovens chegaram a tomar banho de córrego alguma coisa la?

Depoente: Não, porque o meu filho chegou seco, o meu filho que estava junto, não estava molhado, estava só soltando pipa a não ser que estava suado.

A incerteza sobre a vítima estar molhada verifica-se também pelo depoimento de Silvanei Muniz Barbosa (f. 248):

MP: O senhor sabe dizer se o seu sobrinho chegou a tomar banho de rio, de córrego alguma coisa li ou não?

Depoente: Olha, segundo doutor, ele estava molhado, agora não sei se era de urina, ou se ele tinha se molhado. os guri falam que ele não se molhou, disse que lá tinha uma poça de água derramando na mangueira lá e ele pisou nessa água e recebeu a descarga.

É o que se extrai, ainda, da oitiva de Leandro Barbosa Quevedo (f.253/254), adolescente que estava junto da vítima e outros quando do episódio:

MP: E ai, então explica! Conta o que aconteceu, vocês entraram e soltaram pipa, resolveu beber água, quem que bebeu água?

Depoente: ninguém bebeu. nos passamos pela cerca, ele grudou na cerca lá.

MP: Nesse local, que ele grudou na cerca, tinha água ali?

Depoente: Tinha água no chão.

MP: Ele foi primeiro?

Depoente: Foi.

MP: E voces estavam para trás então?

Depoente: Sim, estávamos do lado dele.

MP: E ai ele pegou ele estava descalço?

Depoente: Estava de chinelo. O chinelo dele ficou no barro.

Igualmente, asseverou a tia da vítima, Fernanda Nunes da Silva, que esteve no local no dia dos fatos (f. 266):

MP: No local onde estava o seu sobrinho, tinha água ali?

Depoente: Não. No local onde ele estava não tinha água.

MP: No seu depoimento lá na policia...

Depoente: Tinha próximo, onde estava o corpo dele não tinha água, aonde

ele grudou tinha água, onde ele foi beber a água.

MP: Então nesse lugar estava úmido ali?

Depoente: Estava úmido.

MP: Tem o que ali?

Depoente: É tipo uma caixa d'água onde os animais beberiam a água.

MP: E esse local é onde ele foi...

Depoente: Foi onde ele foi eletrocutado.

O adolescente Nadyemerson Matheus da Silva Cabanha, disse que, no dia dos fatos, não tomaram banho no córrego que fica nas imediações da chácara e, sobre a vítima estar molhada, asseverou (f. 273 e 280):

MP: Certo. Estava molhado ali, no local?

Depoente: Não. Só na hora que nós fomos beber água, que molhou o pé dele.

MP: Certo. O pé do?

Depoente: Meu primo, o Fabricio.

(...)

Defesa: E da outra vez que vocês foram lá, tinha, vocês foram beber água nesse local também?

Depoente: Fomos. Não tinha choque.

Defesa: Não tinha choque. Vocês tomaram banho? Tomavam banho de córrego por ali?

Depoente: Só lá para baixo.

Defesa: Lá para baixo, vocês tomavam?

Depoente: Mais para baixo. Fora da fazenda já.

Defesa: É. Vocês tomavam, soltavam pipa, aí depois, ia tomar banho de córrego. Como é que era?

Depoente: Não. Não. Só uma vez que nós fomos tomar banho de córrego, e nós fomo embora, direto para casa.

Defesa: Ah está. Mas para ir tomar banho de córrego, vocês passavam por essa chácara?

Depoente: Não.

Não há clareza suficiente para afirmar que a vítima estava molhada, sem calçado ou que tenha pisado na água, tampouco para definir indene de dúvida que tal ensejara a morte, devendo-se, portanto, submeter a decisão ao Corpo de Jurados.

Aliás, Nadyemerson Matheus da Silva Cabanha, confirmando o seu relato prestado no inquérito, detalhou, em juízo, que adentraram a chácara, passando pelas cercas sem levarem choque elétrico, contudo, pouco antes da vítima ser eletrocutada, ouviu um barulho, que seria o momento em que a chave do sistema elétrico da cerca teria sido ativado, sendo que o carro do acusado estava no local (f. 279):

Defesa: E a hora que vocês foram embora, tinha alguém na chácara?

Depoente: Na hora que nós fomos, não tinha ninguém também.

Defesa: Não tinha ninguém na chácara? A hora que vocês chegaram não tinha ninguém na chácara? A hora que vocês foram embora não tinha ninguém na chácara?

Depoente: Uhum.

Defesa: É? Certeza?

Depoente: Certeza. Só na hora que do barulho, tipo do padrão que foi ligar a chave.

Defesa: Que horas? Como é que foi isso?

Depoente: Foi um pouquinho antes de ele tomar o choque.

Defesa: Como é que foi?

Depoente: Só pareceu o barulho da chave ligando. O barulho da chave quando você liga e desliga.

Defesa: Ah, e aí você disse que tinha uma, esse senhor, ele tinha ido, você tinha visto ele. Que hora, tinha carro lá? Como é que é?

Defesa: Não. Só tinha o carro do lado da casa lá.

Defesa: Tinha um carro do lado da casa?

Depoente: Uhum.

Defesa: Quando vocês chegaram, esse carro já estava lá?

Depoente: Já.

Defesa: Já estava lá? Está bom. E depois você viu o barulho, você viu...

Depoente: Da chave ligando.

Defesa: O barulho da chave ligando?

Depoente: Uhum.

Defesa: Vocês já tinham passado, vocês iam sempre ali, soltar pipa?

Depoente: Não. Nós não íamos sempre. Era, eu acho que era a segunda vez que nós estávamos indo lá.

Em consonância, Leandro Barbosa Quevedo, sobre o momento em que a vítima foi eletrocutada, disse (f. 253/254):

MP: E ai o que aconteceu, voces chegaram a entrar, foi na entrada que levou choque?

Depoente: Não hora que a gente estava vinda embora;

MP: E como que foi, voces...

Depoente: Entramos-nos lá...

MP: Entrou por onde, pelo portão?

Depoente: Pelo portão.

MP: Portão?

Depoente: Não, pelo pasto.

MP: Pelo pasto que jeito, pela cerca?

Depoente: É não estava dando choque quando nos passamos.

MP: Então explica ai como que aconteceu, voces passou no lugar onde ele levou o choque depois, voces tinham passado não levaram choque nada?

Depoente: não.

MP: E ai o que aconteceu?

Depoente: Ai nos fomos soltou pipa, depois que ele pegou na cerca, foi tomar água.

MP: O local onde toma água é o que lá? É dentro ainda da chácara?

Depoente: É dentro da casa dele.

MP: Perto da casa, e tem o que mangueira.

Depoente: Tem manguei, tinha uma caixa d'água.

MP: E ai, então explica! Conta o que aconteceu, vocês entraram e soltaram pipa, resolveu beber água, quem que bebeu água?

Depoente: ninguém bebeu. nos passamos pela cerca, ele grudou na cerca lá.

MP: Nesse local, que ele grudou na cerca, tinha água ali?

Depoente: Tinha água no chão.

MP: Ele foi primeiro?

Depoente: Foi.

MP: E voces estavam para trás então?

Depoente: Sim, estávamos do lado dele.

MP: E ai ele pegou ele estava descalço?

Depoente: Estava de chinelo. O chinelo dele ficou no barro.

MP: Foi na hora que ele pisou na água que ele pos a Mao...

Depoente: e grudou na cerca elétrica.

MP: E ai, eu sei que é complicado, mas, descreve o que o senhor, o que ele fez, como que aconteceu?

Depoente: Ai eu fui e tirei-o da cerca.

MP: De que jeito?

Depoente: Chutei o braço dele.

MP: Chegou a levar choque nessa hora ou não?

Depoente: Não. eu arrastei ele para o seco.

MP: E o senhor percebeu se tinha alguém essa casa, era do lado da casa, ou era perto da casa?

Thiago da Silva Sabino também afirmou que entraram na chácara sem qualquer descarga elétrica das cercas, mas que, ao saírem pela mesma cerca, esta estava eletrificada (f.283):

MP: Certo. E aí, o que que aconteceu? Vocês entraram no pasto?

Depoente: Nós entramos.

MP: Pela cerca?

Depoente: É pela cerca.

MP: Essa cerca não tinha eletricidade nenhuma?

Depoente: Não, não tinha.

MP: E aí? Soltaram pipa quanto tempo lá?

Depoente: Um bom tempo, até que nós fomos tomar água lá, perto lá, da caixa lá, aonde a vaca vai tomar lá. Aí eu fui lá, peguei a mangueira lá, para tomar água. Aí o Fabrício falou que não tinha água, que ele estava com sede também. Aí eu mostrei para ele. Aí ele foi lá. Só que ele não tinha visto a poça de lama que tinha lá. Aí ele pisou na lama. Na hora que ele pisou, ele grudou na cerca, pegou na cerca para atravessar. Aí estava ligada a cerca.

MP: Certo. O senhor chegou a passar por essa cerca?

Depoente: Cheguei.

MP: Ela não estava ligada?

Depoente: Não estava. Na hora que eu voltei, aí estava ligada.

O cenário apresentado pelos relatos é que a vítima, juntamente com outros adolescentes, entraram na chácara através das cercas, sem sofrerem choque elétrico, contudo, ao retornarem pela mesma cerca mais próxima da pequena sede, a vítima sofreu a eletroplessão, o que pode ser indicativo de que a eletricidade da cerca foi ativada, devendo-se, assim, as provas ser submetidas ao Julgador com competência Constitucional, máxime pela inconteste dúvida que remanesce no que atine ao *animus necandi.*

Nesse panorama, despontam dúvidas de que o agente tenha agido de forma culposa, revelando, em verdade, que a conduta pode, de fato, ser concernente a dolo eventual, na medida em que pode ter assumido o risco de produzir o resultado, situação que obsta a desclassificação.

Assim, considerando que a conclusão formada nesta etapa inicial não guarda correlação alguma com a condenação do acusado, pois limitada a atestar a *materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*, conforme art. 413 do Código de Processo Penal, competirá ao Conselho de Sentença, a quem a Constituição Federal atribuiu competência exclusiva (CF, art. 5º, XXXVIII, "d"), a apuração da verdade real sobre os fatos.

Sobre o tema, o entendimento desta Corte Estadual:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TENTADO E LESÃO CORPORAL – VÍTIMAS DISTINTAS – QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – NÃO CONFIGURADA – CRIME CONEXO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Somente em razão de prova inequívoca e cristalina da ausência de dolo é que pode o réu ser subtraído do julgamento pelo Tribunal do Júri. Na espécie, ela não se mostra evidente. A alegação de que não houve a intenção de matar, não foi comprovada de plano, mormente porque foram desferidas 03 (três) facadas e as agressões cessaram somente com a intercessão da esposa do réu, que inclusive também sofreu um golpe de faca na mão. Assim, a existência ou não do animus necandi deve ser avaliada pelo Corpo de Jurados. (...) Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para expurgar a qualificadora prevista no inciso I, do § 2º, do art. 121 do CP."* (Recurso em Sentido Estrito nº 0002352-08.2012.8.12.0031, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos).

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA. IMPRONÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO POR AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA QUE CONTRASTAM COM A VERSÃO DA DEFESA. OBRIGATORIEDADE DE APRECIAÇÃO PELO JURADOS. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. PRESENÇA DE ELEMENTOS PARA SUA MANUTENÇÃO. PRONÚNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Se presentes a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, não há falar em impronúncia ou desclassificação jurídica do fato, devendo o réu ser mandado a julgamento perante o Tribunal do Júri, por tratar-se de mero juízo de admissibilidade da acusação, e que, em caso de dúvida, resolve-se pro societate nesta fase processual. Somente é cabível a exclusão das qualificadoras, na decisão de pronúncia, quando manifestamente improcedentes, uma vez que cabe ao Conselho de Sentença, a emissão de juízo valorativo acerca da conduta praticada pelo réu. Recurso desprovido, com o parecer."* (TJMS; RSE 0000674-22.2011.8.12.0021; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 07/12/2017; Pág. 132).

Destarte, residindo dúvidas acerca do ponto nodal da *quaestio*, relativamente à eventual presença ou não de *animus necandi*, deve o julgamento ser submetido ao juízo natural, qual seja, o Tribunal do Júri.

Até porque, não comprovada de plano, estreme de dúvidas, a versão atinente à ausência do dolo e, nesse eito, a existência ou não do *animus necandi*, deve a causa ser avaliada pelo Conselho de Sentença, máxime em razão de que, nesta fase admissional, as provas devem ser valoradas *pro societate*.

A propósito, a construção jurisprudencial dos Pretórios Pátrios:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES. OFENDÍCULOS. DOLO EVENTUAL. ART. 121, CAPUT, DO CP. 1. PRONÚNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 413 DO CPP. 1.1. Existência do fato e indícios de autoria presentes na prova coligida aos autos. Tratando-se a pronúncia de mero juízo de admissibilidade e viabilidade da pretensão deduzida na denúncia, as teses acusatórias e defensivas devem ser levadas à apreciação do Conselho de Sentença, constitucionalmente competente para o julgamento. Inadmissibilidade de análise aprofundada da prova pelo magistrado. 1.2. Utilização de ofendículos (cerca elétrica) de forma desproporcional que pode acarretar no reconhecimento de dolo eventual por parte do agente, visto que inadmissível o uso de meios letais para proteção do patrimônio. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO."* (TJRS; RSE 70038194866; Gravataí; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Odone Sanguiné; Julg. 11/11/2010; DJERS 23/11/2010).

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGO 121, §2º, INCISO I, C/C O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CERTEZA QUANTO A INTENÇÃO DO AGENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 Para que se justifique a desclassificação da conduta imputada ao acusado para outro delito, cuja competência não seria do Tribunal do Júri, é necessária prova segura e incontroversa, que demonstre que o agente não possuía animus necandi. 2 Restando patente a existência de dúvida quanto a intenção do agente, não há que se falar em desclassificação do crime de homicídio para o delito de lesões corporais. 3 Ademais, qualquer dúvida a respeito da intenção do agente deve ser analisada pelo Tribunal do Júri, que tem competência constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e deste modo, devem os jurados apreciar e valorar o contexto probatório. 4 Recurso conhecido e improvido." (TJES; RSE 0010577-74.2012.8.08.0048; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. José Luiz Barreto Vivas; Julg. 12/02/2014; DJES 18/02/2014).

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. ANIMUS NECANDI. INCERTEZA DA PROVA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL Inviabilidade. A decisão de pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação, mostrando-se suficiente, pois, para a sua prolação, apenas o convencimento do magistrado quanto à existência do crime e de suficientes indícios de sua autoria, tendo por objetivo submeter o acusado ao julgamento perante o tribunal do júri. Se as provas indicam, ainda que de forma precária, a ocorrência de animus necandi, não se pode reconhecer, de plano, a desclassificação para o delito de lesão corporal, pois, nesta fase, as dúvidas se resolvem em favor da sociedade." (TJMG; RSE 0023136-58.2003.8.13.0624; São João da Ponte; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Silas Rodrigues Vieira; Julg. 28/02/2012; DJEMG 09/03/2012).

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA COM BASE NA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO CARACTERIZADO NESTA FASE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICIDIO CULPOSO. INDÍCIOS DE DOLO EVENTUAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME 1. O ofendículo (cerca elétrica) que serve de divisa de uma propriedade, em que morre uma pessoa eletrocutada, não constitui fato que possa, prima facie, ser admitido como estado de legítima defesa da propriedade. 2. É do conhecimento geral que a energia elétrica de baixa tensão, provoca choque, mas raramente ocasiona a morte. No caso em tela a vítima faleceu em decorrência de tal eletrificação, que deveria estar em alto grau, incorrendo em provável dolo eventual. 3. O magistrado singular, na sentença de pronúncia, limitou-se a demonstrar, de forma comedida, a materialidade do crime e os indícios de autoria da conduta delitiva para submeter o ora recorrente a julgamento pelo tribunal do júri. 4. A prolação de sentença de pronúncia e sua confirmação pela corte a quo exigem a explicitação suficiente dos fundamentos que levaram os órgãos jurisdicionais ordinários a assim decidirem, evitando-se futura arguição de nulidade por violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal. 5. Havendo indícios suficientes de autoria e materialidade não pode o juízo a quo absolver sumariamente o réu, levando-se em conta o princípio do in dubio pro societate. 6. Recurso desprovido à unanimidade." (TJPA; AP 20113013018-5; Ac. 112509; Paragominas; Primeira Câmara Criminal Isolada; Relª Juíza Conv. Nadja Nara Cobra Meda; Julg. 25/09/2012; DJPA 28/09/2012; Pág. 165).

Oportuno consignar que, embora possam existir elementos de convicção a sustentar a versão do acusado, não se pode olvidar, conforme já frisado, que nesta fase processual descabe posicionamento acerca do melhor enquadramento jurídico ao caso, tampouco interpretação e análise aprofundada dos fatos,

bastando indícios suficientes ao embasamento da imputação estampada na proemial e confirmação alusiva à materialidade, afigurando-se prescindível prova incontroversa.

Assim, impõe-se a reforma da sentença de desclassificação, mantendo-se a imputação delineada na peça acusatória.

Por fim, acerca do prequestionamento, o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.*

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando a decisão de desclassificação, manter a imputação da denúncia e pronunciar Francisco Donizeti Hennes, identificado nos autos, como incurso no artigo 121, *caput* e § 4º (vítima menor de 14 anos) c/c artigo 18, inciso II (dolo eventual), ambos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002383-36.2013.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LAVAGEM DE CAPITAIS – ARTIGOS 1°, *CAPUT*, E § 1°, I e II, e § 4° DA LEI 9.613/98 – PROVAS IDÔNEAS E CONSISTENTES – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E CULPABILIDADE MANTIDAS – FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA – COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM CAUSA DE AUMENTO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDO.

Despontando dos autos conjunto probatório robusto e consistente, aliando-se à confissão de um dos réus, indenes se afiguram a autoria e a materialidade imputadas aos recorrentes.

Praticam os delitos insertos nos artigos 1º, *caput*, § 1º, I e II, § 4º, da Lei 9.613/98, quem oculta e dissimula a utilização de bens, direitos ou valores, provenientes do crime praticado contra a Administração Pública, e, com vontade livre e consciente, recebem e depositam, sistematicamente, em suas contas bancárias (por meio dos cheques emitidos pelo ente Estatal), para, em seguida movimentar e sacar esses valores, transformando-os em ativos lícitos.

O prejuízo experimentado pelo Erário, que alcançou cifra de grande vulto, acarretando efetiva e exacerbada avarias e danos aos cofres públicos, tratando-se "verdadeiro sangramento de dinheiro público", enseja a negativação da moduladora alusiva às consequências do delito.

Idôneo o recrudescimento da pena decorrente do juízo da culpabilidade de forma censurável, visto que os desvios das verbas públicas ocorreram na Secretaria de Saúde Pública, retirando dos munícipes recursos inestimáveis e imensuráveis, acarretando resultados funestos naquele seguimento societário que depende do sistema público de saúde.

Emergindo que para negativar moduladora judicial concernente às circunstâncias do crime, utilizou-se o sentenciante de critério que compõe o próprio tipo penal do crime, não se justifica a exasperação da reprimenda, pena de ocorrência do condenável *bis in idem*. Pena corpórea e multa redimensionadas.

Em obediência ao sistema trifásico utilizado para a dosimetria da pena, impossível a compensação entre atenuantes e agravantes e causas de aumento e diminuição de pena.

Delação premiada. Matéria não conhecida.

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 aos recursos interpostos por Marisa de Souza Santos e Raquel Borges e conhecer parcialmente do recurso interposto por Reginaldo Fernandes Cavalcante e, na parte conhecida, dar parcial provimento.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Reginaldo Fernandes Cavalcante, Marisa de Souza Santos e Raquel Borges interpõem recurso de apelação em face da sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina.

Aludida sentença condenou Reginaldo Fernandes Cavalcante pelos delitos insertos nos artigos 313-A c/c art. 71, ambos do CP, 1º, *caput,* I e II, e § 4º, da Lei 9.613/98, fixando-lhe a pena, na forma do artigo 69, do CP, em 11 anos, 11 meses e 25 dias de reclusão e pagamento de 130 dias-multa, em regime inicialmente fechado, além da perda do cargo público, nos termos do artigo 92, I, "a" e "b", do Estatuto Repressor.

Condenou, ainda, Marisa de Souza Santos pelo delito inserto no artigo 1º, § 1º, II, c.c. § 4° da Lei 9.613/98, fixando-lhe as penas de 04 anos de reclusão e pagamento de 30 dias multa, em regime inicialmente aberto, substituída por duas penas restritiva de direitos.

E, finalmente, condenou Raquel Borges pelo delito inserto no artigo 1º, § 1º, II, c.c. § 4° da Lei 9.613/98, fixando-lhe as penas de 04 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, em regime inicialmente aberto, substituída por duas penas restritiva de direitos.

Reginaldo Fernandes Cavalcante, em seu arrazoado, reputa equivocada a fixação da pena-base, exasperada de forma injustificada.

Defende a inexistência de provas acerca da prática do delito apenado no artigo 1º, *caput* e § 4º, da Lei 9.613/98, cuja dúvida deve lhe favorecer. E, subsidiariamente, pretende a aplicação da consunção entre aludido delito e o tipificado no artigo 313-A do CP.

Requer, ainda, a compensação entre a atenuante da confissão e a causa de aumento de pena do artigo 1º, 4º, da lei 9.613/98.

Marisa de Souza Santos e Raquel Borges postulam absolvição face a ausência de provas acerca da prática do delito imputado, devendo imperar o princípio do *in dubio pro reo.*

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Às f. 5898-5909, posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e improvimento dos recursos ofertados.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de irresignações manifestadas por Reginaldo Fernandes Cavalcante, Marisa de Souza Santos e Raquel Borges, em face da sentença e f. 5797-5818.

Exsurge deste caderno processual que Reginaldo Fernandes Cavalcante, lotado junto à Secretaria Municipal de Saúde daquela comarca, por ter livre acesso aos sistemas de controle dos créditos, contas, pagamentos, contabilidade, mediante a inserção de dados falsos, alteração e exclusão de dados corretos em

sistemas informatizados, apropriou-se de valores, depositando aproximadamente 300 (trezentos) cheques, de valores diversos, pertencentes à Prefeitura de Nova Andradina, em contas correntes pertencentes a ele mesmo, à associação da qual era tesoureiro (Asserna) e às contas de titularidade de Marisa de Souza Santos e Raquel Borges, correspondendo a aproximadamente R$ 550.000,00.

Consta que esses cheques, dentro do sistema de contabilidade da Secretaria Municipal de Saúde, eram excluídos do sistema, sendo incluídos na relação de cheques anulados. Ocorre que a anulação dos cheques se dava apenas dentro do sistema, uma vez que eram descontados normalmente.

Ademais, lançava valores superiores ao que eram realmente pagos com a folha de pagamento, visando compatibilizar o movimento das entradas e das saídas, entre os anos 2009 e 2011.

Além das inserções falsas que fez no sistema informatizado da Prefeitura Municipal, notadamente na Secretaria Municipal de Saúde, efetuou inserções falsas nas folhas de pagamento, nos créditos recebidos e nas conciliações bancárias.

Outrossim, por reiteradas vezes, de janeiro de 2009 a julho de 2011, prevalecendo-se do cargo público, inseriu declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, em documento público, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Decorre, ainda, que a recorrente Marisa de Souza Santos recebeu e movimentou valores depositados em sua conta, de maio de 2009 a julho de 2011 (conta corrente nº 23.886-4, Agência nº 0728-5/ Banco do Brasil de Nova Andradina), e Raquel Borges de junho de 2010 a julho de 2011 (conta corrente nº 32.092-7, Agência nº 0728-5/ Banco do Brasil de Nova Andradina), provenientes de conta do Fundo Municipal de Saúde.

Visando, assim, ocultar e dissimular a utilização desses bens, direitos ou valores, provenientes do crime praticado contra a Administração Pública, com vontade livre e consciente, receberam e depositaram-nos em suas contas bancárias (por meio dos cheques do Fundo Municipal de Saúde), sendo que em seguida movimentaram e transferiram esses valores de suas contas particulares.

Da prática do crime de lavagem de capitais:

Pugnam por suas absolvições, face à alegada inexistência de provas contundentes acerca da autoria do crime previsto no artigo 1º, *caput,* §1º, I e II e §4º, da Lei 9.613/98.

Nada obstante os argumentos expendidos, a pretensão recursal neste particular deduzida não comporta guarida.

Com efeito, preconiza o artigo 1º, *caput,* e §1º, I e II, e §4º, da Lei 9.613/98:

> *Art. 1º, caput: Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime.*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º: Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos nesta artigo*
>
> *I Os converte em ativos lícitos;*
>
> *II Os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em*

depósito, movimenta ou transfere;

(...)

§ 4º: a pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previsos nos incisos I a IV do captu deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa.

Pois bem. A materialidade do crime denominado "lavagem de capitais" se afigura cabalmente demonstrada, consoante farta documentação trazida aos autos. De igual forma a autoria atribuída aos recorrentes.

A sentença em testilha, acerca do comportamento doloso dos recorrentes, assim estampou:

Os fatos vieram à tona pela verificação de intensa movimentação entre as contas bancárias titularizadas pelo acusado e pelo Poder Executivo de Nova Andradina, o que levou à instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito junto ao Legislativo local, Ação Civil Pública perante o juízo Cível desta comarca (autos0005800-65.2011.8.12.0017) e Processo Administrativo Disciplinar, que culminou no afastamento do acusado de suas funções (p. 224-253, 296-320 e 5715).

Deflui dos autos e das cópias dos mencionados procedimentos juntados a estes que centenas de cheques (aproximadamente 300, totalizando aproximadamente R$ 550.000,00) tiveram como destino a conta bancária do acusado, da associação da qual era tesoureiro (ASSERNA) e de pessoas próximas como a ex-esposa Marisa de Souza Santos e a atual esposa Raquel Borges (p. 22-38, 129-137, 208-216, 5715 e 5734).

O acusado confessou a apropriação de boa parte dos valores. Pelas palavras dele e das demais testemunhas ouvidas em juízo, esclareceu-se que, na condição de titular de função de confiança no Poder Executivo de Nova Andradina, tinha amplo acesso ao sistema e aos valores movimentados pelo ente federativo, em especial no tocante aos recursos que seriam destinados à saúde e ao pagamento de funcionários. Com isso, tomava para si cheques, depositando-os na própria conta bancária, na conta da associação que era tesoureiro (Asserna), na conta da acusada Marisa ou na conta da acusada Raquel. Depois, tratava de excluir do sistema os cheques descontados, lançando-os como cancelados. Ademais, lançava valores superiores ao que eram realmente pagos com pessoal para compatibilizar o movimento das entradas e das saídas. Procedimento repetido entre os anos 2009 e 2011 (p. 337-339, 446-479 e 5734)."

O acusado Reginaldo Fernandes Cavalcante, durante a instrução criminal, admitiu os fatos a si atribuídos, e acabou por ofertar declarações que comprometeram as corrés Marisa de Souza Santos e Raquel Borges, ex e atual esposa, respectivamente.

Destarte, questionado porque depositava parte dos cheques da Prefeitura de Nova Andradina em conta bancária de sua ex-esposa, a recorrente Marisa de Souza, aduziu que tinha por objetivo não impedir que suspeitas recaíssem sobre a operação ilícita, já que o depósito em uma só conta levantaria desconfianças. O mesmo ocorrendo quanto a recorrente Raquel Borges. (f. 5734).

O apelante, além de ter confessado a prática do delito em análise, atribuiu-o a terceiros, que, entrementes, não foram denunciados.

Não se trata de confissão isolada, mas perfeitamente harmonizada às demais provas coletadas, em conjunto probatório consistente e seguro, a tanto bastando observar os relatos colhidos sob o crivo do contraditório.

Osmar Pereira da Silva, tesoureiro do Município, e Cristiane Aparecida Tosti, ouvidos na fase processual, nada de fulcral acresceram ao que nestes se averigua.

José Gilberto Garcia, prefeito do município, em juízo, restringiu-se a dizer que a sindicância aberta restou por apurar a responsabilidade do recorrente confesso Reginaldo.

José Carlos Paiva Souza, secretário da saúde, assegurou que as assinaturas constantes nos cheques não eram suas, que, inclusive, movem uma ação contra o Banco do Brasil. Acresceu que R$ 552.000,00 foram os valores desviados da prefeitura pelo recorrente, em estratagema desenvolvido pelo mesmo, envolvendo as recorrentes e um terceiro que mencionou.

Gustavo Pagliarini de Oliveira, que presidiu o processo administrativo disciplinar instaurado em desfavor do recorrente Luis Fernando, esclareceu que as cártulas eram preenchidas em valores baixos, variando até R$3.000,00, constando como canceladas no sistema, mas devidamente compensadas. O montante girou em torno de R$ 550.000,00. Acresceu que tais cártulas eram depositadas nas contas dos recorrentes Reginaldo, Marisa e Raquel.

Wendel Machado Prado e Sandro de Almeida Araujo, acerca dos fatos apurados, nada souberam informar.

Vicente de Souza Lichot, vereador daquela comarca, esclareceu que na CPI instaurada para averiguação dos fatos, concluiu-se pela existência de provas quanto ao recorrente Reginaldo, não se afigurando possível comprovar a participação de outros servidores, ou outras pessoas. A operação consistia em indicar nomes na folha de pagamento, de pessoas que não tinham vinculo empregatício com a Prefeitura, elaborava-se o cheque nominal a essas pessoas e o próprio recorrente Reginaldo comparecia à agencia bancária e efetuava o desconto, ou fazia-se o depósito em contas de pessoas ligadas ao mesmo, quais sejam, as recorrente.

A recorrida Raquel Borges, por sua feita, nega a autoria dos fatos, dizendo, em suma, que os depósitos em sua conta corrente, realizados entre 2009 a 2011, eram destinados a cobrir despesas comuns do casal, sendo que jamais teria suspeitado da origem ilícita das cártulas.

Marisa de Souza Santos, da mesma forma, asseverou que o réu depositava os cheques em sua conta, a título de pensão alimentícia, informando apenas que o havia feito, bem como o seu valor, além de solicitar a devolução dos valores depositados a maior. Aduz que chegou a suspeitar de tal operação, solicitando ao réu que não mais depositasse os cheques, cuja desconfiança, todavia, não perdurou, pois, indagado a respeito, teria afirmado que os cheques eram da Asserna, associação do qual era presidente. Externou que o réu passou a depositar valores em torno de 700 reais, sempre a mesma quantia, entre os dias 20 a 22 do mês, do qual descontava os R$230,00 reais da verba alimentar.

Aludidas versões, contudo, não merecem qualquer acatamento, seja porque isoladas dos demais elementos de convicção coligidos, seja porque, diante das contradições e inverdades apresentadas, não merecem qualquer credibilidade. Aliás, negarem os fatos seria o esperado, mormente frente às consequências graves que se avizinham.

Observa-se que às f. 44 e 45 constam cheques nominais às recorrentes Marisa S. F. Cavalcante e Raquel Borges, cujo titular/emitente era o Fundo Nacional de Saúde de Nova Andradina, não havendo

como alegarem que sequer suspeitassem de sua ilicitude, na medida em que não possuíam qualquer vínculo empregatício ou funcional com o ente municipal.

Somem-se a isso as cártulas acostadas aos autos às f.5267-5525, de emissão do Fundo Nacional de Saúde, em favor, dentre eles, das recorrentes, reiteradas vezes, que se destaque.

Aliás, das cópias de referidos títulos de crédito é possível extrair que no mês de fevereiro de 2010, o recorrente Reginaldo depositou nas contas da recorrente Marisa os valores de de 2.537,21 (12.02.2010- f. 5368) e R$ 2.187,98 (22.02.2010 – f. 5370); no mês de março do mesmo ano depositou R$ 3.749,31 (18.03.2010 – f. 5372) e R$ 3.469,56 (16.03.2010 – f. 5374) e em julho do mesmo ano depositou R$ 437,21 (11.07.2011 – f. 5351) e R$ 789,13 (18.07.2011 – f. 5357), enfim, cenário que derrubam a versão em tela, já que, interrogada, assegurou que o réu depositava uma quantia de R$ 700,00 reais, entre os dias 20 a 22, sendo, portanto, uma vez por mês, e deste montante descontava seu credito de R$ 230,00.

Ora, das cópias mencionadas, solidamente atestado que os depósitos se davam em quantia bem superior à alegada, e mais de uma vez por mês, não havendo como atribuí-los ao pagamento da verba alimentícia, numerário este devido em módico valor e, como de ordinário acontece, pago mensalmente.

Como pontuou o Ministério Público de primeiro grau, pouco crível que as recorrentes, esposa e ex-esposa do acusado Reginaldo, que com este conviveram e coabitaram, ignorassem o esquema criminoso que se desenvolveu, sobretudo face à intensa movimentação bancária em seus nomes, que se estendeu por expressivo lapso temporal, além do que de fato usufruíram das verbas públicas.

Alie-se, ainda, que à f. 5349 uma das cártulas foi emitida nominalmente em favor de Juliano Borges, irmão da recorrente Raquel Borges, segundo o apurado nos autos.

Fartamente comprovado que o recorrente Reginaldo Fernandes, valendo-se da função de confiança que ostentava e do acesso aos recursos e aos registros da Prefeitura de Nova Andradina, desviava recursos oriundos do Fundo Municipal de Saúde, depositando os cheques em sua própria conta bancária, na da associação em que figurava como tesoureiro (Asserna), bem como nas contas das recorrentes Marisa e Raquel.

As recorrentes, *sine dubio*, de forma livre e consciente, aderiram ao esquema criminoso, recebendo e depositando sistematicamente as cártulas em suas contas bancárias, cujos valores sabiam ser provenientes de crime anterior praticado contra a Administração Pública, para sacar os numerários e repassá-los ao recorrente Reginaldo, ou utilizá-los para saldar despesas pessoais, com o escopo de ocultar ou dissimular a sua origem espúria, e convertê-los em ativos lícitos.

Esse panorama, longe de confirmar a alegada inocência, culmina por delinear a comunhão de propósitos, a conjugação de esforços e a distribuição de tarefas, em busca de proveito comum.

Oportuno trazer à colação, nesse diapasão, os arestos abaixo estampados:

> *"LAVAGEM DE DINHEIRO - AGENTE RESPONSÁVEL PELA CONTABILIDADE EM ESQUEMA DE CONCUSSÕES PRATICADAS POR AGENTES VISTORES COM O FITO DE ANGARIAR FUNDOS PARA CAMPANHA ELEITORAL - INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA JULGADA DESNECESSÁRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência: A prova destina-se ao juiz que, entendendo as existentes suficientes para embasar seu convencimento, pode indeferir a produção das que julgar desnecessárias. DEPÓSITO DE CHEQUES EM CONTAS DE PESSOAS JURÍDICAS - LAVAGEM DE DINHEIRO TIPICIDADE DA CONDUTA - Ocorrência: Ao depositar em contas correntes de terceiros o dinheiro auferido ilegalmente, restou clara a intenção em "lavar" o dinheiro*

> *ilícito, dando-lhe a aparência de fruto de atividade legal desenvolvida pelas empresas. DOSIMETRIA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS - AGENTE PRIMÁRIO E CONFESSO - PENA MÍNIMA - Suficiência: Tratando-se de agente primário, sem antecedentes, que praticou o crime com dolo normal, mostra-se justa e suficiente a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como a eleição do regime aberto, com substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos. Preliminar rejeitada e recursos negados.* (TJSP; APL 0068686-96.2000.8.26.0114; Ac. 4862017; Campinas; Décima Quinta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. J. Martins; Julg. 18/11/2010; DJESP 25/02/2011)

> *"LAVAGEM DE DINHEIRO. L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de " lavagem de capitais" mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada "engenharia financeira" transnacional, com os quais se ocupa a literatura.* (STF; RHC 80816; SP; Primeira Turma; Rel. Minº Sepúlveda Pertence; Julg. 18/06/2001; DJU 18/06/2001; p. 00013)

Ademais, o crime em análise nesta sede recursal, foi perpetrado de forma habitual, posto que as subtrações, desvios e lavagem de capitais ocorreram sistematicamente entre janeiro de 2009 até julho de 2011.

Assim, comprovadas a autoria e a materialidade, a mantença do decreto condenatório se afigura inevitável.

Do dosimetria da pena:

O recorrente Reginaldo Fernandes entende que exasperação da pena-base de 02 anos para 05 anos e 09 meses de reclusão, ocorreu de forma aleatória, sem qualquer fundamentação que a justificasse, notadamente por utilizados elementos próprios que constituem o tipo penal, requerendo, assim, a sua revisão.

Pede, ainda, a compensação da confissão com a causa de aumento de pena, além da concessão do benefício da delação premiada.

A insurgência comporta parcial acolhida.

O recorrente foi condenado, pelo delito inserto no artigo 313-A c/c artigo 71, ambos do Código Penal, às penas de 07 anos, 11 meses e 25 dias de reclusão e 100 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo.

Reputou o magistrado sentenciante demérita ao acusado circunstância judicial alusiva às consequências do crime, pois os valores ainda não haviam sido ressarcidos ao erário.

Com efeito, do comando constitucional espelhado nos artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso 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.

Até porque a errônea individualização da pena enseja, consoante escólio de José Antonio Paganella Boschi, hipótese de *"nulidade absoluta, que pode e deve ser declarada em qualquer fase, instância ou juízo, inclusive de ofício, salvo incidam regras impeditivas, v. g. a falta de prejuízo de pena-base estabelecida no*

mínimo legal, pela impossibilidade de vir aquém desse piso" (Das Penas e seus Critérios de Aplicação, Ed. Livraria do Advogado, 7ª ed., 2014, p. 184).

Assim é que, de fato, o prejuízo experimentado pela erário alcançou cifra de grande vulto, acarretando efetivo e exacerbado prejuízo aos cofres públicos, ou, nas palavras do nobre Procurador de Justiça "*um verdadeiro sangramento de dinheiro público*", ensejando, como corolário, a negativação da moduladora das consequências do delito.

Insofismável que, tratando-se de crime patrimonial, a pena não pode ser elevada com base no prejuízo sofrido pela vítima, desde que não se trate, à toda evidência, de exacerbada lesão ao patrimônio, tal como exatamente verificou-se no caso versando.

Nesse tom:

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. LAVAGEM DE CAPITAIS. CRIME TIPIFICADO NO ART. 1º, INCISO VI, DA LEI Nº 9.613/98. LAVAGEM DE CAPITAIS CONFIGURADA. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Lavagem de capitais. Delito tipificado no artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.613/98 comprovado. Presença de indícios suficientes de crimes antecedentes contra o Sistema Financeiro Nacional, mais especificamente aqueles previstos nos artigos 4º, caput e 16 da Lei nº 7.492/86. 2. Materialidade delitiva comprovada pela vultosa quantia em dinheiro apreendida aliada ao conjunto probatório colacionado aos autos. 3. Autoria delitiva do apelante comprovada pelo fato de que o próprio acusado afirmou que alugava sua conta para ser utilizada em favor de "doleiros ", além do que as autorizações para o transporte dos valores aos três funcionários que levavam as malas foi assinada por Armando. 4. Ao contrário do alegado pela tese defensiva, as circunstâncias do crime são gravosas, as consequências delitivas são funestas e a culpabilidade demonstrada mais intensa, pelo que, orientado pelo princípio da prevenção geral, justifica-se a pena-base fixada acima do mínimo legal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. 5. Não há que se falar na aplicação da minorante pela participação de menor importância, nos termos do artigo 29, §1º, do Código Penal, posto que a participação do réu nas práticas delituosas apuradas na ação penal não era de somenos importância, mas sim de participação intensa nas operações tidas por ilegais. 6. Apelação desprovida.* (TRF 3ª R.; ACr 0004361-59.1999.4.03.6181; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Souza Ribeiro; Julg. 18/10/2016; DEJF 28/10/2016)

Por tais razões, a vetorial alusiva às consequências prejudica o acusado e, como tal, apta à valoração negativa.

No tocante à culpabilidade, destacou-se que *"a conduta se reveste de maior reprovabilidade, porque os valores apropriados totalizaram aproximadamente R$ 550.000,00, e esses recursos tinham como destino a saúde dos munícipes, área social em que as deficiências custam muito à coletividade, podendo ocasionar a morte de pessoas que dependem do sistema público de saúde."*

Ora, indene de dúvidas que o magistrado apontou objetivamente o motivo que ensejou a exasperação, ao valorar referida moduladoras, restando, assaz evidente, que sua conduta comporta reprovabilidade mais acentuada.

Aliás, acerca da culpabilidade, enquanto vetor de caráter *lato* a ser observado na primeira etapa da dosimetria da pena, pontifica Ricardo Augusto Schmitt:

> *"O exame da culpabilidade servirá para aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em decorrência da situação de fato em que ocorreu*

> *a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível pelo agente, na situação em que o fato ocorreu.*
>
> *A culpabilidade deverá ser entendida como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, pois se trata de um plus de reprovação da conduta do agente, que deverá contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', pois se exige à sua valoração a descrição pormenorizada do elemento fático concreto que a fez se tornar merecedora de censura à elevação da pena-base."* (Sentença Penal Condenatória - Teoria e Prática, 11ª ed., Ed. Juspodivm, 2017, pág. 130/131)

Destarte, verifica-se que, na espécie, a ação delitiva do réu enquadra-se dentre aquelas que *"denotam especial reprovabilidade na conduta do agente, pois importam na demonstração concreta de dolo mais intenso, aptas a justificar o desvalor da circunstância judicial e sua maior censurabilidade, autorizando o acréscimo da pena-base que vier a ser dosada"* (Ricardo Augusto Schmitt, *op. cit.*, p. 131), o que corrobora a mantença da negativação da culpabilidade.

Idôneo, portanto, o recrudescimento da pena decorrente do juízo da culpabilidade de forma censurável, visto que os desvios das verbas públicas ocorreram na secretaria de saúde pública, retirando dos munícipes recursos inestimáveis e imensuráveis, acarretando resultados funestos naquele seguimento societário que depende do sistema público de saúde, tal qual muito bem destacado na sentença.

Assim, mantenho negativa a circunstância judicial em apreço, em vista da escorreita valoração desenvolvida pelo magistrado primevo.

Entendeu-se negativas as circunstâncias do crime "*porque além dos dados falsos lançados no sistema, o agente se valeu de falsidades e de outros expedientes fraudulentos"*.

Enfatiza Ricardo Augusto Schmitt que as circunstâncias do crime são *"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"*. (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prátoca.,5ª ed. Salvador: Podium, 2010, p.104)

São, portanto, as modalidades da ação criminosa, atinentes 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.

Nesse contexto, não há como se afastar da conclusão de que o sentenciante, para negativar referida moduladora judicial, utiliza-se de critério que compõe o próprio tipo penal do crime, já que a falsidade e os elementos fraudulentos fazem parte da prática do delito em análise, o que não justifica a exasperação da reprimenda, pena de ocorrência do condenável *bis in idem.*

Por tal razão, a circunstância judicial em tela deve ser considerada neutra.

Considerando que a moduladora concernente às circunstâncias do crime foi considerada neutra, remanescendo negativas ao recorrente apenas as vetoriais relativas à culpabilidade do agente e às consequências do crime, mister se faz o correspondente redimensionamento da pena basilar, cujo exercício dar-se-á após a análise dos demais pedidos.

Da compensação entre atenuante e causa de aumento:

O apelante Reginaldo pugna pela compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a causa de aumento prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98.

Sem delongas, o pedido não merece qualquer guarita, visto que valoradas em fases distintas da dosimetria da pena e, por isso, não podem ser compensadas, pena de malferir o comando do artigo 68 do Estatuto Repressor.

Ora, *"a compensação somente pode acontecer dentro da mesma fase. Assim, quando o juiz estiver ponderando as circunstâncias judiciais, pode compensar os maus antecedentes com o motivo nobre para a prática do crime, ou então a personalidade agressiva do réu com o mesmo comportamento agressivo da vítima... Na segunda fase, pode compensar a atenuante da confissão com a agravante de crime contra irmão, ou a atenuante do crime cometido sob a influência de multidão, em tumulto, com a agravante de meio de que possa resultar perigo comum. Para a terceira fase, o sistema de compensação ganha relevo especial e será visto a seguir. É vedada, no entanto, a compensação envolvendo fases diversas"* (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado. 16.ª edição. Editora Forense. p. 525).

Sobre a matéria, os julgados desta 3ª Câmara Criminal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO - ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA (200 KG DE MACONHA) – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE DEVIDAMENTE VALORADA – MANTIDA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – INTERESTADUALIDADE – ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE E CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO SISTEMA TRIFÁSICO – TRÁFICO OCASIONAL – REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – AUSÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. (...) IV – Impossível a compensação entre agravantes ou atenuantes com causas especiais de aumento ou diminuição, posto que tal atitude viola o critério trifásico da dosimetria da pena, estabelecido pelo artigo 68, do Código Penal.* (Apelação - Nº 0000987-14.2015.8.12.0030 - Brasilândia Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. 3ª Câmara Criminal. 5.10.2017)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DO RÉU – ROUBO – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REDUÇÃO D APENA – PLEITO RECONHECIDO NA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – PENA-BASE – MODULADORA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO INSATISFATORIAMENTE SOPESADA – CONCURSO DE QUALIFICADORAS – USO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL GENÉRICA – POSSIBILIDADE – REGIME SEMIABERTO – PENA SUPERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA – MANTIDO – COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM CAUSA DE AUMENTO – IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – EM PARTE COM O PARECER MINISTERIAL – RECURSO CONHECIDO EM PARTE – NA PARTE CONHECIDA – PARCIALMENTE PROVIDO (...) 6. Em obediência ao sistema trifásico utilizado para a dosimetria da pena, somente poder-se-á ocorrer compensação na fase de apuração da penal"* (Apelação - Nº 0052323-23.2010.8.12.0001 - Campo Grande Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros. 3ª Câmara. 18.09.2017)

E, ainda, os provenientes do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – ROUBO MAJORADO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231/STJ – PENA-BASE NO PISO LEGAL – COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM CAUSA DE AUMENTO VEDADA – DEVIDA OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO – ART. 68 DO CP – WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 3. Conforme o disposto no art. 68 do Código*

Penal, "a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento ". 4. A vindicada compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a causa de aumento do emprego de arma implicaria subversão do critério trifásico estabelecido pela legislação penal, pois tais circunstâncias devem ser sopesadas em etapas distintas da individualização da pena. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido". (STJ; HC 375.217; Proc. 2016/0273867-8; SC; Quinta Turma; Rel. Minº Ribeiro Dantas; DJE 01/08/2017).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. PRETENDIDA COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DA CONFISSÃO E CAUSA DE AUMENTO DECORRENTE DO CONCURSO DE PESSOAS. IMPOSSIBILIDADE. FASES DISTINTAS. VIOLAÇÃO AO SISTEMA TRIFÁSICO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. (...). III. Em observância ao critério trifásico estabelecido no art. 68 do Código Penal, as circunstâncias atenuantes não podem ser compensadas com circunstâncias judiciais desfavoráveis ou causa de aumento de pena. lV. "A existência de causa de aumento verificável na terceira fase da dosimetria não permite retorno para a fase anterior para reconhecer atenuantes, sob pena de subversão do sistema trifásico de dosimetria da pena. Súmula nº 231/STJ" (REsp nº 1.561.276/BA, Sexta Turma, Rel. Minº Sebastião Reis Júnior, DJe de 15/09/2016). *Habeas corpus não conhecido".* (STJ; HC 381.514; Proc. 2016/0321814-7; SC; Quinta Turma; Rel. Minº Felix Fischer; DJE 31/05/2017).

Do redimensionamento:

Destaco, aliás, que o critério adotado pelo sentenciante será o mesmo utilizado no presente, ou seja, para cada circunstância negativa, deverá incidir o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito

Por conseguinte, tendo em vista que a pena varia entre 02 a 12 anos de reclusão e, por corolário, considerando o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito, a elevação deve se dar em 01 ano e 3 meses para cada circunstância judicial negativa.

Relativamente à pena pecuniária, consigna-se que será dosada em simetria com a pena corporal, consoante entendimento desta Corte de Justiça Estadual:

"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ART. 14 DA LEI 10.826/03 – PENA DE MULTA E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO – LIMITES LEGAIS – RECURSO PROVIDO.

I – A pena de multa e a pena restritiva de direito de prestação pecuniária devem guardar simetria com a pena privativa de liberdade e em conjunto com a análise das circunstâncias judiciais, devendo ser reduzida quando fixadas de forma exacerbada.

II – Recurso provido. Contra o parecer." (Apelação nº 0001060-24.2012.8.12.0019, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva).

Na primeira fase, redimensiono a pena-base para 04 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 30 dias-multa;

Na segunda fase, verificada a atenuante de confissão espontânea, reduzo a pena em 1/6, fixando a pena intermediária em 03 anos e 09 meses de reclusão e pagamento de 25 dias-multa.

Na terceira fase, em razão da continuidade delitiva, mantenho o patamar de elevação em 2/3, fixando as reprimendas endereçadas ao recorrente definitivamente em 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, mantido o regime semiaberto.

E, diante da somatórias das penas, nos moldes do artigo 69 do Estatuto Repressor, tendo em vista que, pela prática do delito descrito no artigo 313-A do CP, foi fixada a pena de 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 26 dias-multa, e pelo delito tipificado no artigo 1º, *caput,* da Lei 9.613/98, foi fixada a pena de 03 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, remanesce condenação no patamar de 9 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 65 dias-multa, à razão unitária já mencionada.

Da delação premiada:

Requer, finalmente, seja-lhe concedido os benefícios da delação premiada, pois, segundo o seu próprio entendimento, cooperou com toda a investigação.

Inexiste nos autos, entretanto, acordo de colaboração entabulado e formalizado entre o recorrente e os órgãos de investigação ou do Ministério Público, pelo que não há que se falar em gozo dos benefícios que o instituto em comento.

Aliás, a eficiência da colaboração, se existente, deve ser analisada pelo juiz sentenciante, sendo que o recorrente em momento algum arguiu a matéria, trazendo verdadeira inovação recursal neste particular.

Ante o exposto, conheço dos recursos ofertados por Marisa de Souza Santos e Raquel Borges e nego-lhes provimento, assim como conheço parcialmente do recurso ofertado por Reginaldo Fernandes Cavalcante e, na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, tão somente para repelir da primeira fase da dosimetria valoração negativa da moduladora alusiva às circunstâncias do crime, e, assim, diante do consequente redimensionamento, fixar-lhe definitivamente a pena em 09 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 65 dias-multa, mantendo, no mais, a sentença invectivada nos termos em que foi lançada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos interpostos por Marisa de Souza Santos e Raquel Borges e conheceram parcialmente do recurso interposto por Reginaldo Fernandes Cavalcante e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 08 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000715-79.2017.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DOS RÉUS – TRÁFICO DE DROGAS – ACESSO À MENSAGENS ARMAZENADAS NO APARELHO CELULAR – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – VIOLAÇÃO NO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – INVASÃO DE DOMICÍLIO – NÃO VERIFICADA – PRELIMINARES AFASTADAS – FRAGILIDADE DAS PROVAS DO TRÁFICO DE DROGAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO – ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 – DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA O JUIZADO ESPECIAL – PENA-BASE – QUANTIDADE DA DROGA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEUTRALIZADAS – RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA – REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231, DO STJ – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO RECONHECIMENTO – REGIME SEMIABERTO FIXADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA – INAPLICABILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS EM PARTE, COM O PARECER.

A simples checagem de mensagens armazenadas em aparelho celular, por si só, não é capaz de configurar violação ao sigilo telefônico, mormente considerando o diposto no artigo 6º, do Código de Processo Penal.

Versando o caso sobre crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo, a prévia emissão de mandado de busca e apreensão no domicílio do agente é dispensada.

Havendo contradição entre os depoimentos das testemunhas acerca da traficância, o qual negou a prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, aliado à ausência de provas conclusivas da mercancia, mister operar a desclassificação para a posse de droga para consumo próprio, com a remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial da Comarca de origem para processamento e julgamento do delito tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

A quantidade de maconha em posse do réu, qual seja, 180 gramas, não se revela excessiva a ponto de justificar a exasperação da pena-base, sobretudo porque merece maior reprovabilidade os casos em que se verifica apreensão acima deste montante, sob pena de malferir a individualização da pena.

Não havendo apontamento de qualquer situação concreta que justifique a valoração negativa das circunstâncias do delito, deverá tal moduladora ser tida como neutra.

Nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é vedado reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecidas duas circunstâncias atenuantes.

Tratando-se de acusado que enveredava há tempos pela seara da criminalidade, em atividade constante, à frente de um ponto de distribuição de entorpecentes, tem-se que os requisitos cumulativos previstos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não restaram preenchidos, sendo imperativo a manutenção do afastamento desta causa de diminuição da pena.

Atento às diretrizes do artigo 33, §§3º e 2º, 'b', do Código Penal, o abrandamento para o

regime semiaberto se mostra medida suficiente à prevenção e reprovação do crime ora analisado.

A privativa de liberdade fixada em patamar superior a quatro anos, desautoriza a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, posto que não preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 44, I, do Código Penal.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Recursos conhecidos e parcialmente providos. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar as preliminares arguidas e dar parcial provimento aos recursos.

Campo Grande, 8 de março de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Talisson Gustavo Alves Barbosa e Erivaldo Albuquerque Sampaio, interpõem recursos de apelação criminal em face da sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal de Rio Brilhante, que os condenou como incursos na sanção do artigo 33 *caput*, da Lei nº 11.343/2006, fixando para o primeiro apelante a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, e para o segundo a pena de 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, também em regime inicial fechado.

Recurso de Talisson Gustavo Alves Barbosa

Em suas razões de recurso, aduz que não houve qualquer autorização para que os policiais procedessem ao manuseio de seu aparelho celular e extração das mensagens ali contidas, tratando-se de prova ilícita que deve ser desentranhada dos autos.

Argumenta que a pena-base foi indevidamente exasperada, pugnando pela sua redução ao mínimo legal.

Pretende, ainda, o aumento do *quantum* de diminuição concernente às atenuantes de confissão de espontânea e menoridade relativa, o reconhecimento do tráfico privilegiado, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

Por fim, prequestiona toda a matéria debatida.

Contrarrazões às f. 401/434 pela manutenção da sentença.

Recurso de Erivaldo Albuquerque Sampaio

Levanta preliminar de nulidade das provas coligidas com a invasão domiciliar, uma vez que não restou demonstrada justa causa para ingresso dos militares em sua residência.

No mérito, sustenta que o conjunto probatório é absolutamente insuficiente para sustentar a condenação por tráfico de drogas, requerendo a sua absolvição ou, ainda, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 (porte para consumo pessoal).

Caso não seja este o entendimento, postula a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

Prequestiona, ao final, os artigos 157 e 386, V, do Código de Processo Penal, artigo 5º, XI e XLVI, da Constituição Federa, artigo 59, do Código Penal e artigos 28, 33 e 42, da Lei nº 11.343/2006

Contrarrazões às f. 463/485 pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua feita, posicionou-se pelo parcial provimento dos apelos para, quanto ao apelante Talisson Gustavo Alves Barbosa, reduzir a pena-base e aumentar o *quantum* redutor em razão das atenuantes e, no que tange à Erivaldo Albuquerque Sampaio, para desclassificar sua conduta para a do artigo 28, da Lei nº 11.343/2006. (f. 500/513)

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Talisson Gustavo Alves Barbosa e Erivaldo Albuquerque Sampaio em face da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Criminal de Rio Brilhante, que os condenou como incursos na sanção do artigo 33 *caput*, da Lei nº 11.343/2006, fixando para o primeiro apelante a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, e para o segundo a pena de 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, também em regime inicial fechado.

A denúncia, restou assim delineada (f. 1/6):

> *"(...) Infere-se do Inquérito Policial em apreço que, no dia 03 de março de 2017, por volta das 00h45min, na Rua Marechal Rondon, Vila Fátima, em Rio Brilhante/MS - região vulgarmente conhecida como "ZBM", os denunciados Erivaldo Albuquerque Sampaio, Talisson Gustavo Alves Barbosa e Valdinei Americo Vaz, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, de forma livre e voluntária, em concurso de pessoas e unidade de desígnios, traziam consigo, tinham em depósito e vendiam substância entorpecente (droga) sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar. Segundo se apurou do caderno inquisitório, a Guarnição da Polícia Militar realizava ronda de rotina quando avistaram três indivíduos em atitude suspeita e, ao perceber a aproximação da viatura policial caracterizada, eles tentaram empreender fuga, no entanto foi procedido o acompanhamento tático e os elementos foram alcançados e abordados, e posteriormente identificados como sendo os ora denunciados Talisson Gustavo Alves Barbosa, Valdinei Americo Vaz e Erivaldo Albuquerque Sampaio. Ainda, no momento do acompanhamento tático dos policiais para fins de abordagem para averiguação, o denunciado Valdinei tomou sentido de direção contrário aos demais meliantes, razão pela qual este veio a ser o primeiro a ser contido e abordado e, em sede de revista pessoal foi constatado que ele portava no bolo de seu short 7,00 gramas da substância entorpecente "maconha" (Auto de Exibição e Apreensão de f. 45). Na sequência a guarnição da Polícia Militar logrou êxito em localizar e abordar os outros dois elementos (Talisson e Erivaldo) e, ao*

ser procedida a revista pessoal no denunciado Talisson, os policiais localizaram em sua posse aparelhos de telefone celular que, ao serem manuseados, aferiu-se que registravam diversas mensagens características de comercialização ilegal de drogas pela sistemática delituosa vulgarmente conhecida como "Disk Drogas", com envolvimento delitivo dos três meliantes ora denunciados, cujas mensagens e mídias fotográficas (sms e aplicativo whatsApp) foram descritas no Relatório de Ordem de Serviço de f. 67/78, ilustrado por

Fotografias. Diante disso, a equipe policial solicitou a Talisson que levasse os policiais até sua residência, tendo ele o feito, direcionado os policiais até uma residência localizada na Rua Eulipio da Silva Barbosa, sendo que, no local, Talisson entregou aos policiais uma chave, todavia, não se tratava da chave daquela residência, pois a mesma não abriu a porta. Porém, em seguida, foi localizada no bolso de Erivaldo outra chave, com a qual foi possível abrir a porta daquela residência. Ato contínuo, ao adentrarem a residência, os policiais revistaram o local, sendo encontrada, em cima de uma cama, uma porção de substância análoga à maconha, que após pesada, totalizou 112g (cento e doze gramas) Auto de Exibição e Apreensão de f. 44. Diante dos fatos, os três indivíduos foram conduzidos à Delegacia de Policia local para as providências cabíveis. Posteriormente, ao empreenderem diligências, uma equipe composta por policiais civis e militares constatou que a chave entregada por Talisson, aos policiais, pertencia à uma residência localizada na Rua Dr. Boaventura, sendo que foram realizadas buscas na mesma, onde foram encontrados mais 02 (dois) tabletes de substância análoga à maconha, totalizando 180g (cento e oitenta gramas), bem como 04g (quatro gramas) de substância análoga à cocaína, além de várias embalagens plásticas geralmente utilizadas para embalar porções de droga - Auto de Exibição e Apreensão de f. 62. Após pesada, as substâncias apreendidas totalizaram 300g (trezentas gramas) de maconha, e 04g (quatro gramas) de pasta-base de cocaína, bem como foi confeccionado o Laudo de Exame de Constatação em Substância (f. 47).(...)"

Talisson Gustavo Alves Barbosa aduz que não houve qualquer autorização para que os policiais procedessem ao manuseio de seu aparelho celular e extração das mensagens ali contidas, tratando-se de prova ilícita que deve ser desentranhada dos autos.

Argumenta que a pena-base foi indevidamente exasperada, pugnando pela sua redução ao mínimo legal.

Pretende, ainda, o aumento do *quantum* de diminuição concernente às atenuantes de confissão de espontânea e menoridade relativa, o reconhecimento do tráfico privilegiado, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda e a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos.

Erivaldo Albuquerque Sampaio, por sua vez, levanta preliminar de nulidade das provas coligidas com a invasão domiciliar, uma vez que não restou demonstrada justa causa para ingresso dos militares em sua residência.

No mérito, sustenta que o conjunto probatório é absolutamente insuficiente para sustentar a condenação por tráfico de drogas, requerendo a sua absolvição ou, ainda, a desclassificação para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 (porte para consumo pessoal).

Caso não seja este o entendimento, postula a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

Preliminarmente – Da prova ilícita

Talisson Gustavo Alves Barbosa argui preliminar de nulidade das provas concernentes às mensagens extraídas de seu aparelho celular, sob o fundamento de que não houve qualquer autorização para tanto.

Quanto a tal argumento, saliento que não há qualquer ilegalidade no procedimento realizados pelos policiais, uma vez que o teor das informações ali obtidas mantinham relação direta com a ocorrência investigada.

Infere-se que os militares, em verdade, simplesmente cumpriram as prerrogativas funcionais asseguradas pelo artigo 6º, do Código de Processo Penal, que permitem aos investigadores a apreensão de todo e qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso apurado, assim como a colheita de todos as provas que servirem à elucidação do fato e suas circunstâncias.

Outrossim, o que se garante no artigo 5º, XII, da Constituição Federal é o sigilo das comunicações telefônicas, ou seja, da transmissão de informações via aparelho telefônico, e não do acesso à mensagens armazenadas na memória do aparelho celular, emergindo que a simples checagem de tais dados, por si só, não é capaz de configurar violação ao sigilo telefônico.

A propósito, colaciono a jurisprudência deste Sodalício sobre a questão:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS – ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA CONFIGURADA - RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Conforme disposições contidas no art. 6º do CPP, tem-se que é permitida a apreensão de qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso, bem como a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, sendo, inclusive, dever dos funcionários responsáveis pela investigação proceder à coleta de todo e qualquer material probatório apto em comprovar a prática da infração penal. Nesse contexto, não há qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão do celular do réu e posterior verificação do conteúdo. Se o conjunto probatório deixa evidente que o agente praticou o crime de tráfico de drogas, deve ser mantida a condenação. Se a circunstância judicial das consequências do crime foi fundamentada de forma inerente ao tipo penal, reduz-se a pena-base para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Tendo o agente sido condenado definitivamente por duas vezes, não há falar em bis in idem, pois a reincidência não foi considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Resta configurada a agravante da reincidência se entre a data da extinção da pena e a presente infração decorreu lapso temporal inferior a 05 anos (art. 64, I, CP). Deixa-se de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se demonstrado nos autos que o agente possui antecedentes criminais e é reincidente, bem como se dedicava às atividades criminosas. Se o apelante é reincidente e possui circunstâncias judiciais negativas, em atendimento ao art. 33, parágrafos 2º e 3º do Código Penal, deve ser mantido o regime prisional fechado.* (TJMS. Apelação nº 0002018-71.2016.8.12.0018, Paranaíba, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 06/02/2017, p: 08/02/2017)

> *EMENTA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE – APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR – PERÍCIA – PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – DESNECESSIDADE – MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – AFASTADO – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS PROVADAS – FATO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/1976 – CORREÇÃO EX OFFICIO – DOSIMETRIA DA PENA – INCORRETA REPROVAÇÃO DOS MOTIVOS DO CRIME*

> *– RECURSO PROVIDO EM PARTE. Encontra-se sedimentado nesta e. Segunda Câmara Criminal o entendimento no sentido de que não existe qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão dos celulares dos réus e posterior verificação das últimas ligações e mensagens de texto registradas nos referidos telefones móveis, não se exigindo, para tanto, prévia autorização judicial. Restando provado que o recorrente concorreu para o transporte de substância entorpecente, sem autorização e em desacordo com norma regulamentar, deve-se preservar o édito condenatório. Tratando-se de crime cometido sob a égide da Lei nº 6368/76, mostra-se incorreta a condenação do acusado como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. O intuito de auferir lucro fácil está contido no tipo de tráfico de entorpecentes, de modo que não cabe invocá-lo para o fim de majorar a pena-base, ante a possibilidade de incorrer-se em bis in idem. Recurso provido em parte.* (TJMS. Apelação nº 0001783-02.2015.8.12.0031, Caarapó, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 04/09/2017, p: 11/09/2017)

Vale ressaltar, ademais, que o decreto condenatório não baseou-se exclusivamente na análise pericial dos aparelhos celulares apreendidos, mormente considerando a confissão do acusado em ambas oportunidades em que foi ouvido.

Por fim, extrai-se das f. 57/59 que os três indivíduos abordados na ocasião assinaram o "Termo de Autorização para Análise de Celular Apreendido", de maneira que por qualquer ótica que se analise a questão, não vislumbra-se qualquer ilegalidade nas provas obtidas.

Preliminarmente – Da invasão de domicílio

O acusado Erivaldo Albuquerque Sampaio, por sua vez, levanta preliminar de nulidade das provas coligidas com a invasão domiciliar, uma vez que não restou demonstrada justa causa para ingresso dos militares em sua residência.

Sem razão.

Como cediço, a Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, a inviolabilidade do domicílio, *in verbis*:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"*

Observa-se, assim, que referido direito encontra limite no consentimento do morador, além das exceções ali previstas, como em caso de flagrante delito.

Pois bem. Exsurge dos autos que, por ocasião da abordagem policial, ao ser questionado sobre as mensagens com conteúdo suspeito em seu celular e solicitada visita à sua residência, o réu Talisson Gustavo Alves Barbosa indicou o endereço do réu Erivaldo como sendo sua casa, tendo inclusive fornecido uma chave para ingresso no local.

Verifica-se, portanto, que a entrada dos policiais na residência foi expressamente consentida por pessoa que acreditava-se ser o morador daquele imóvel, não havendo que se falar em invasão de domicilio, segundo o que dispõe o supracitado dispositivo constitucional.

Ainda que assim não fosse, versando o caso sobre crime permanente, cuja consumação se protrai no tempo, a prévia emissão de mandado de busca e apreensão no domicílio do agente é dispensada.

Sobre a questão, leciona Renato Brasileiro de Lima que *"em todos esses crimes permanentes, em relação aos quais a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a Constituição Federal autoriza a violação de domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5º, XI). Assim supondo-se um delito de tráfico de drogas, na modalidade "ter em depósito", delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo e, consequentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que em período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a consequente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa."*[1]

A propósito, colaciono julgados deste Sodalício:

> *EMENTA – HABEAS CORPUS – REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITIVA – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – CRIME PERMANENTE – FLAGRANTE REGULAR – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PERICULUM LIBERTATIS CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA O paciente foi surpreendido em estado de flagrância, já que o delito de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito é de natureza permanente, cuja consumação se protrai no tempo, sendo prescindível a expedição de mandado de busca e apreensão para que os policiais ingressem no domicílio do flagrado. Não bastasse, é pacífico nos Tribunais Superiores o entendimento de que eventual nulidade no flagrante é superada quando há superveniência de novo título a embasar o encarceramento, como o decreto preventivo. O paciente possui outros processos criminais pelos crimes de receptação, homicídio e porte de arma de fogo, conforme consta de sua folha de antecedentes criminais (f.116/118), fato que garante um prognóstico de que, solto, provavelmente voltará a delinquir. A propósito, a renitência e a contumácia na prática delitiva configuram fundamento suficiente para o decreto cautelar, com o fim de garantir a ordem pública.* (TJMS. *Habeas Corpus* nº 1410662-38.2017.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 31/10/2017, p: 01/11/2017)

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – INVASÃO DE DOMICÍLIO – FLAGRANTE DELITO – CRIME PERMANENTE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE PARA O CONSUMO PESSOAL – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE A ATESTAR A TRAFICÂNCIA – PENA-BASE REDUZIDA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO – REGIME FECHADO MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio. Restando comprovado nos autos que a droga apreendida em poder do réu era destinada ao comércio não há falar em absolvição por insuficiência de provas ou desclassificação do delito de tráfico para o do tipificado no art. 28 da Lei de Drogas. Pena-base reduzida. Decotadas as moduladoras da personalidade, conduta social, motivos e consequências do delito, pois valoradas sob fundamentação inidônea. Incabível a aplicação da minorante quando comprovado que a traficância era exercida com habilitualidade, o que evidencia a dedicação à atividade criminosa. Demonstrando as circunstâncias do caso que o regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito, embora a pena final seja inferior a 8 anos, deve ser mantido o regime inicial fechado, se o réu demonstrou vinculação com o tráfico de drogas, tendo cometido o delito no período em que*

1 Curso de processo penal.Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 878.

gozava de liberdade provisória pela prática do mesmo crime. Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base. (TJMS. Apelação nº 0010392-30.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 05/10/2017, p: 09/10/2017)

Afasto, portanto, a preliminar e passo à análise do mérito recursal.

Mérito

Do recurso de Erivaldo Albuquerque Sampaio

Da desclassificação

Erivaldo Albuquerque Sampaio argumenta que a condenação por tráfico de drogas vai à contramão das provas produzidas nos autos, requerendo a absolvição ou, ainda, a desclassificação da sua conduta para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 (porte para consumo pessoal).

Desde já, adianto que o recurso comporta guarida para o fim de desclassificação da conduta.

As inconsistências são inúmeras, sobretudo no que tange às versões apresentadas pelas testemunhas, contraditórias sobre o acusado ser traficante de drogas.

Ao ser interrogado na fase inquisitiva, o réu negou a autoria delitiva, bem como não ter conhecimento sobre a origem de qualquer substância entorpecente encontrada na ocasião. (f. 23/24)

Em juízo, manteve sua versão, sem incongruências, esclarecendo que é amigo de infância de Valdinei Américo Vaz, com quem foi encontrada porção de maconha para consumo pessoal e que só conhece de vista Talisson Gustavo Alves Barbosa.

Discorreu que estava no bar da tia de Valdinei, juntamente com este, quando resolveram ir em casa trocar de roupa para depois retornarem ao bar. Aduziu que no caminho de volta, encontraram Talisson, tendo este dito que também estava indo ao mesmo local e, por tal motivo, passaram a caminhar próximos.

Alegou ter conhecimento de que Talisson vende drogas, bem como que ele indicou sua residência como sendo dele no momento da abordagem policial porque sabia que lá não seriam encontrados entorpecentes. (áudio – f. 209/210)

Valdinei Américo Vaz, na mesma toada, narrou que encontrou Talisson quando retornava ao bar de sua tia com Erivaldo e que, somente com ele foi localizado droga, consistente em 5g (cinco gramas) de maconha para uso pessoal, nada sendo encontrado com Erivaldo. (áudio – f. 209/210)

O corréu Talisson Gustavo Alves Barbosa, em consonância com as demais oitivas, explanou que vende drogas em sua residência, mas que só conhece Erivaldo de vista, não tendo conhecimento sobre qualquer atividade ilícita por ele realizada.

Discorreu, aliás, que no momento da abordagem, Erivaldo foi liberado pelos policiais por não ter sido encontrada qualquer droga em sua posse. (áudio – f. 209/210)

Os policiais militares Marcelo Schiremberck da Rosa e Bruno Marques dos Santos, ambos relataram que, durante as buscas na casa de Erivaldo, lograram êxito em encontrar apenas uma porção única de maconha pesando 112g (cento e doze gramas).

Neste tanto, importante frisar que, além de nada ter sido encontrado em posse de Erivaldo no momento da abordagem, os policiais ouvidos tanto na fase inquisitiva como em juízo, afirmaram terem encontrado apenas pequena quantidade de maconha na casa do acusado, em porção única, deixando de mencionar quaisquer outras peculiaridades que pudessem indicar a traficância por parte do réu, a exemplo de embalagens e balança de precisão.

Aliás, consabido que o crime de tráfico de drogas evidencia-se por fatores tais como a quantidade e sua embalagem, no entanto, foi apreendida pouca quantidade, aliando-se, ainda, como salientado, que o entorpecente não estava porcionado e não havia embalagens a configurar que a substância ilícita seria comercializada.

Insta ressaltar que, em verdade, o cenário estampado neste caderno processual leva, quando muito, a conflito entre as provas colhidas, mostrando-se temerário, em tal contexto, a formalização de decreto condenatório por tráfico de drogas, notadamente diante da ausência de confirmação segura acerca da mercancia.

Inevitável, destarte, a incidência do postulado *in dubio pro reo,* máxime porque, *"sendo conflitante a prova e não se podendo dar prevalência a esta ou àquela versão, é prudente a decisão que absolve o réu"* (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva. 1983, p. 49).

No mesmo diapasão, colhem-se os seguintes escólios:

> *"Para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (in dúbio pro reo)."* (Júlio Fabbrini Mirabete. Ed. Atlas. 1991. São Paulo. p. 43)

> *"Os indícios e circunstâncias somente configuram lastro suficiente à condenação quando o encadeamento dos fatos apurados convirjam rigorosa e harmonicamente para a demonstração da verdade oculta."* (JutaCrim/SP – 28/305 - Rel. Ney Almada).

À evidencia, uma decisão condenatória, pela gravidade de seu conteúdo, deve estar lastreada, sempre, consoante assaz enfatizado, no terreno firme da certeza, calcada em provas seguras que forneçam a consciência da realidade dos fatos. Não pode, portanto, estar alicerçada no solo movediço do possível ou do meramente provável (RT 529/367).

Enfim, sobejam contradições e, também, inconsistências procedimentais, implicando dúvidas acerca da traficância, o que, pela soberania do principio *favor rei*, impossível alicerçar condenação pelo cometimento do delito de tráfico.

De outro vértice, os fatos descritos e os elementos de convicção levam à inconteste cognição no sentido de que o acusado é usuário de droga e possuía o entorpecente apreendido com a finalidade de consumo próprio, caracterizando-se conduta concernente ao tipo penal do art. 28 da Lei de Tóxicos.

A propósito, gize-se excerto do parecer Ministerial:

> *"As provas dos autos não permitem concluir com a certeza necessária para a condenação que a droga apreendida na residência do réu era destinada para o tráfico.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, há dúvidas se a droga apreendida era para o comércio ou para o consumo pessoal do acusado, sendo o caso de desclassificar a conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/06."*

Logo, quanto ao réu Erivaldo Albuquerque Sampaio, deve ser afastada a imputação concernente ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, desclassificando-se para a tipificação prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Do recurso de Talisson Gustavo Alves Barbosa

Da pena-base

Argumenta o apelante que a pena-base foi indevidamente exasperada, pugnando pelo seu redimensionamento.

Nesse ponto, a pretensão recursal comporta guarida, vez que a exasperação da pena-base exige fundamentação idônea, calcada em elementos de convicção concretos e reunidos nos autos, enfim, hipótese não vislumbrada no caso versando.

O sentenciante, por ocasião da dosimetria da pena, reputou desfavoráveis as condições previstas no artigo 59 do Código Penal, concernente às circunstâncias do delito, bem como a quantidade da droga apreendida, fixando a pena em um ano e meio acima da pena mínima.

Pois bem.

No caso em comento, na fixação da pena-base deve-se levar em consideração todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, além das previstas no art. 42 da Lei nº 11.343/06, peculiaridade aos crimes de tráfico de substância entorpecente, sendo que essas últimas preponderam sobre aquelas primeiras. Senão vejamos:

> *"Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."*

Isso porque, entende-se que:

> *"(...) nos crimes de tráfico, na fixação da pena-base, o juiz dará prevalência à natureza e quantidade da substancia ou produto (circunstancias objetivas); em seguida à personalidade e conduta social do agente (circunstancias subjetivas). Elas se sobrepõem às demais circunstancias preconizadas no artigo 59 do CP. É que aquelas são mais nocivas e concentram maior danosidade à saúde pública e periculosidade do agente"*[2].

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – DOSIMETRIA DA PENA – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – AUMENTO PROPORCIONAL – MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA – WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. A teor do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.* (HC 371.302/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO*

2 ((Renato Marcão, in Tóxico, Lei de Drogas Anotada e interpretada, 11ª ed. Ed Saraiva, São Paulo, 2017, p. 247)

DA VIA ELEITA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 – PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E REGIME MAIS GRAVOSO ESTABELECIDO COM LASTRO NA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) - Nos termos do entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, a quantidade, a natureza e a variedade da droga apreendida constituem fundamentos idôneos a justificar a imposição do regime mais severo, assim como a exasperação da pena-base, consoante o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, não havendo, pois, que se falar em ofensa ao ne bis in idem, pois o estabelecimento do modo inicial de execução da pena deve, obrigatoriamente, considerar os vetores valorados na dosimetria penal, à luz do art. 33, § 3º, do CP. (HC 382.165/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017)

PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – ART. 42 DA LEI 11.343/06 – PREPONDERÂNCIA – PROPORCIONALIDADE – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, relativamente ao delito de tráfico de entorpecentes, considerar-se-á na fixação das penas, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (art. 42 da Lei 11.343/06). (AgRg no AREsp 986.938/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

Colaciono, ainda, julgados deste Sodalício:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA – POSSIBILIDADE – ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006 – TRÁFICO NA FORMA PRIVILEGIADA – NÃO CARACTERIZADO – RÉU REINCIDENTE – TRÁFICO ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DA DIVISA INTERESTADUAL – CORRPUÇÃO DE MENORES – CRIME FORMAL – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – PENAS QUE TOTALIZAM MAIS DE 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO – REGIME FECHADO, EX VI DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A", DO CÓDIGO PENAL – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, a natureza e a quantidade da substância entorpecente são fatores que preponderam sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, não representando, por consequência, ilegalidade o arbitramento da pena-base acima do mínimo legal. (...) (Apelação nº 0001733-93.2016.8.12.0013, Jardim, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 21/03/2017, p: 23/03/2017)

*EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE INALTERADA – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. **I - Pena-base inalterada. Agiu com acerto a sentenciante, porquanto a quantidade do entorpecente é extremamente vultosa e a natureza é altamente nociva (40 quilos de cocaína), exigindo maior rigor ao seu tráfico e autorizam a elevação da penabase, a teor do art. 42 da Lei Antidrogas**. O patamar de exasperação em 01 ano não merece reparo, pois se mostra razoável e justo à devida resposta penal à conduta praticada. Não configura bis in idem a valoração da quantidade e natureza da droga na pena-base, tendo em vista que a minorante do tráfico privilegiado não foi afastada apenas em face de tais elementos, mas na análise das demais circunstâncias concretas do caso.* (Apelação - Nº 0008048-84.2014.8.12.0021 - Três Lagoas Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos. 9.3.2017). Grifei

Nesse panorama, ainda que se trate de quantidade a não descartar a reprovabilidade, certo é que, no cotidiano forense, verificam-se casos em que a apreensão é de mais de dezenas, centenas e milhares de quilos de droga, situações que, indene de dúvidas, justificariam a valoração negativa amparada no montante de entorpecente.

Assim, no caso versando, seria desarrazoado elevar a pena-base se constatou-se traficância de 180 gramas de maconha, sob pena de malferir o princípio da individualização da pena, porquanto estaria se apenando aquele que trafica menos de um quilo com reprimenda praticamente igual aos que o fazem em toneladas, situação que configuraria flagrante desproporcionalidade e total ausência de razoabilidade.

No tocante às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, do comando constitucional espelhado nos artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso 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.

A respeito, José Antonio Paganella Boschi adverte que:

> *"É imprescindível, pois, que cada circunstância seja examinada separadamente e que as conclusões sobre a respectiva carga axiológica identificada sejam registradas na sentença em discurso lógico, claro, coerente, acompanhadas dos fundamentos que as sustentam, não bastando '(...) a simples menção (na sentença) aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 do CP', sem permitir a identificação dos '... dados objetivos e subjetivos a que eles se adequariam, no fato concreto, em prejuízo do condenado' ou a invocação de fórmulas vagas ou preguiçosas, do tipo 'as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu', constituindo-se a hipótese em nulidade absoluta (...)"* (Das penas e seus critérios de aplicação, 7ª ed., Livraria do Advogado, 2014, p. 184).

Quanto as circunstâncias do crime, o magistrado asseverou que *"são prejudiciais, pois mesmo tendo sido agraciado com a liberdade provisória, continuou a praticar delitos montando 'boca de fumo' em sua residência;"*

Segundo enfatiza Ricardo Augusto Schmitt, entende-se por circunstâncias do crime *"os elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade."* (Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática, 11ª ed. Salvador: Podium, 2017, p.167)

São, portanto, as modalidades da ação criminosa, atinentes 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.

In casu, verificando-se que a fundamentação utilizada conduzirá à duplicidade ou a *bis in idem*, máxime considerando que o fato de o acusado ter perpetrado o delito enquanto estava em liberdade provisória refletirá em seu desfavor na ação penal concernente, deve ser afastada a moduladora alusiva às circunstâncias do crime.

Assim, constatado que todas as circunstâncias se afiguram favoráveis ao réu, a pena-base prevista para o delito de tráfico de drogas, deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Das atenuantes

Quanto ao pleito pelo aumento do *quantum* redutor em razão do reconhecimento das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa, tendo em visto o redimensionamento da pena-base ora operado, destaco que ainda que demonstrada a existência de duas circunstâncias atenuantes, tal fato não

pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal previsto, em abstrato, no tipo penal, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis:*

> *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da plena abaixo do mínimo legal".*

No mesmo tom o entendimento deste Sodalício, consoante se vê do julgamento da apelação nº 0001282-24.8.12.0018, de relatoria do ilustre Des. Dorival Moreira dos Santos, em julgamento realizado em 15 de março de 2017:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – DESACOLHIDO – INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231, DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> ***Na segunda fase, não há como conduzir a pena aquém do mínimo legal pela aplicação da atenuante da confissão espontânea, por incidir a Súmula 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."***
>
> *Com o parecer, nego provimento ao recurso a fim de manter a pena definitiva em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto.* (Apelação nº 0001282-24.2014.8.12.0018, Paranaíba, 3ª Câmara Criminal, j: 09/03/2017, p: 15/03/2017).

Assim, embora reconhecidas as atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa, tal não têm o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, ante o óbice mencionado, restando a pena intermediária fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Do tráfico privilegiado

A Lei nº 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 o apelante seja primário e sem antecedentes, tenho que o pedido para reconhecimento do tráfico privilegiado não merece acolhida.

Isso porque, ao ser abordado, confessou realizar tráfico de entorpecentes em sua residência, através do vulgarmente chamado "disk drogas", tratando-se, em verdade, o acusado de pessoa que enveredava há tempos pela seara da criminalidade, locupletando-se dessa atividade através de negociações ilícitas que se prolongavam no tempo.

E tal atividade obviamente não se limitava à quantidade enfocada nestes autos e que fora apreendida na ocasião. Persistia na mercancia, auferindo vantagens que as vendas pretéritas também lhes haviam proporcionado, fazendo disso o seu meio de subsistência, como atividade habitual, em cenário, portanto, que não se coaduna à figura imaginada pelo legislador como beneficiário da redução abordada no dispositivo.

Aliás, conforme consta os agentes policiais somente lograram localizar o entorpecente face às denúncias anônimas da população, certamente revoltada com a mercancia que se desenvolvia no local.

Nesse sentido, consoante escólio da doutrina

> *"(...) o terceiro requisito para a incidencia da causa de diminuição da pena do art. 35, §4º, é que o agente não se dedique às atividades criminosas, o que significa dizer que o acusado deve desenvolver algum tipo de atividade laborativa lícita e habitual, não apresentando personalidade voltada para a criminalidade, sendo o crime de tráfico a ele imputado naquele processo um evento isolado em sua vida. Por isso, se restar evidenciado que o acusado faz parte de associação voltada para o tráfico de drogas (lei 11.343/06, art. 35) ou é um dos integrantes de determinada associação criminosa (CP, redação nova do art. 288), não será possível a incidência da minorante do art. 33, §4º, ao crime de tráfico de drogas por ele praticado".*[3]

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – AUMENTO DA PENA-BASE PELA INCIDÊNCIA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA MINORANTE DA EVENTUALIDADE DO TRÁFICO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006) – POSSIBILIDADE – ROBUSTECIMENTO DO REGIME PRISIONAL – ACOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS AFASTADA – RESTABELECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO. Com observância ao disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e a jurisprudência atual, o aumento da pena-base mostra-se perfeitamente aplicável aos casos que a quantidade e a natureza da droga ser de grande monta e altamente lesivo, como o caso dos autos. Para a aplicação do benefício da causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da lei nº 11.343/2006, deve ser preenchido cumulativamente alguns requisitos, quais sejam, ser o agente primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Muito embora o apelante preencha os dois primeiros requisitos, a quantidade de droga transportada e o modus operandi evidenciam a dedicação às atividades criminosas, impossibilitando a aplicação do privilégio. (...)* (Apelação - Nº 0001366-67.2014.8.12.0004 - Amambai Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 23.11.2015)

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03 – 1,535 KG DE COCAÍNA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CARACTERIZADO – INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – IMPROVIMENTO. Mantém-se o afastamento da causa de diminuição do artigo 33,§ 4º , da Lei 11.343/2006, vez que do contexto fático probatório o apelante efetivamente figurou como membro integrante de organização criminosa voltada à disseminação de drogas.* (Ap. Criminal nº 0004036-50.2015.8.12.0002, Rel. Des. Manoel Mendes Carli; Comarca: Dourados; 1ª Câmara Criminal; 07/03/2017)

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PENA-BASE DEVIDAMENTE MAJORADA PELA QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA E APLICADA PELO JUÍZO A QUO – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS – MANTIDA – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO INCABÍVEL NO CASO CONCRETO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

3 DE LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodium, 2016, p. 1026.

I – A nociva natureza e a elevada quantidade da droga apreendida (19,270Kg de cocaína) evidencia a maior afetação à saúde pública, autorizando a exasperação da pena-base em razão desse fator, pois de fato é extremamente perniciosa, evidenciando a periculosidade da conduta cometida, sendo necessário apenamento mais severo para a devida reprovação e prevenção do delito.

III – Incabível a redutora do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa e sua participação em organização criminosa, pois a droga, em grande quantidade, estava sendo transportada para outro Estado da Federação em carro previamente preparado, sendo ocultada no tanque de combustível e, o réu era instruído pelos comparsas por meio de telefone celular. Tais circunstâncias revelam a experiência no ramo do tráfico de drogas e denotam a existência de coordenação com organização voltada à prática dessa atividade.

IV – Deve ser mantida a causa de aumento da pena do tráfico interestadual (inciso V do art. 40 da Lei de Drogas), pois para caracterização basta que as provas produzidas demonstrem(Ap. Criminal nº 0002279-80.2014.8.12.0026, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos; Bataguassu; 3ª Câmara Criminal; 16/02/2017)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE – MODULADORA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAL VALORADA – REDUÇÃO – QUALIDADE DA DROGA – ART. 42 DA LEI 11.343/2006 – COCAÍNA – CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE MANTIDA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE – TRÁFICO OCASIONAL – ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – IMPOSSIBILIDADE – TRÁFICO INTERESTADUAL – ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO – ELEMENTO VOLITIVO – SUFICIÊNCIA – REGIME PRISIONAL – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 59 DO CP E 42 DA LEI 11.343/2006 – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) III - O fato de o agente transportar grande quantidade de substância entorpecente (969 gramas de cocaína), aliado a outras circunstâncias que demonstram participar de atividades próprias de organização criminosa, bem como de dedicar-se ao tráfico de drogas impede o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). (Ap. Criminal nº 0001783-84.2014.8.12.0015, Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; Comarca: Miranda; 3ª Câmara Criminal; 26/01/2017)*Não há que se falar, portanto, em aplicação do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 ao caso.*

Dessa forma, após a análise do contexto fático em que ocorrera o crime, pelo *modus operandi* aplicado na prática delituosa, verifica-se que o apelante não atende a todos os requisitos legais, motivo pelo qual não se aplica o previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06.

Do regime inicial e da substituição

Para a 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.

A respeito, gize-se a construção jurisprudencial:

"Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior

> *a 4 anos de reclusão, mostra-se devida a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 3, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a desfavorabildade de circunstâncias judiciais, a quantidade e a natureza da droga aprendida (crack).”* (STJ - HC 14498/GO, Rel. Minº Sebastião Reis Junior, 6ª T, DJe 1.8.2012).
>
> *“Na hipótese que se apresenta, não obstante a imposição de reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, mostra-se devida a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, tendo em vista a elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente (17.690 g de maconha).” (*STJ - HC nº 233.106/MG, Rel. Minº Sebastião Reis Júnior, DJe 06/08/2012).

No caso em comento, como já salientado, restaram neutralizadas todas as circunstâncias judiciais, preponderantes ou não, de maneira que, em atenção às diretrizes do art. 33, §§ 3º e 2º, “b”, do Código Penal, o apelante faz jus ao cumprimento da pena, desde o princípio, no regime semiaberto.

De outro vértice, quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sorte não ampara o recorrente, porquanto o inciso I do art. 44 do Estatuto Repressor encerra hipótese que impede a substituição pretendida, a qual se subsume ao caso versando. *In litteris:*

> *“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:*
>
> *I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;”*

Do prequestionamento

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, afasto as preliminares arguidas e, em parte com o parecer, conheço dos recursos, dou parcial provimento ao apelo de Talisson Gustavo Alves Barbosa para, redimensionando a pena-base e abrandando o regime de início de cumprimento da pena, fixar as reprimendas endereçadas ao mencionado recorrente definitivamente em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, assim como dou parcial provimento ao apelo de Erivaldo Albuquerque Sampaio para o fim de para operar a desclassificação da imputação alusiva ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, dando-o como incurso no artigo 28 da Lei de Drogas. Por conseguinte, tratando-se de infração por lei considerada como de menor potencial ofensivo, declino da competência para o julgamento do

caso, quanto a este réu, determinando, como corolário, que, após o trânsito em julgado, seja efetuada a remessa de cópia integral do feito a uma das Varas do Juizado Especial daquela comarca, para os devidos fins de direito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares arguidas e deram parcial provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 08 de março de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001088-72.2010.8.12.0015 - Miranda
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – REJEITADA – DEPÓSITO PARA VENDA DE CARNE IMPRÓPRIA PARA O CONSUMO – INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE – COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVAS – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – COMPENSAÇÃO DA FIANÇA COM A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – ANÁLISE QUE COMPETE AO JUÍZO DA EXECUÇÃO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não ocorre a prescrição quando, diante da inércia do acusado, citado por edital, o prazo prescricional é suspenso, até o comparecimento do acusado nos autos.

Em que pese o fato do Superior Tribunal de Justiça ter recentemente se posicionado pela necessidade de laudo pericial para atestar a potencialidade lesiva dos produtos apreendidos em condições impróprias para o consumo, constato que este entendimento não deve ser aplicado no caso em estudo, uma vez que a impropriedade para o consumo da carne bovina apreendida foi constatada e confirmada em juízo por um Fiscal da Vigilância Sanitária e pela Médica Veterinária Inspetora do Matadouro do município onde se deram os fatos, tendo ambos analisado *in loco* o material apreendido.

A compensação entre o valor da medida restritiva de prestação pecuniária e o valor da fiança paga compete ao juízo da execução penal.

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 2º Vogal.

Campo Grande, 27 de novembro de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação interposta por Claudecir Santos Celeri objetivando a reforma da sentença de f. 163/168, que o condenou à pena de 02 anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direito consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária consistente no pagamento de um salário mínimo em favor do Conselho da Comunidade de Miranda-MS, pela prática do delito previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8137/90.

Em razões recursais, f. 173/182, requer sua absolvição ante a ausência de laudo pericial e, subsidiariamente, a compensação do valor pago a título de fiança com o valor fixado na medida restritiva de prestação pecuniária.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (f. 188/196) manifestando-se pelo improvimento do apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer arguiu a preliminar da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa (f. 203/211).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Claudecir Santos Celeri, interpôs Recurso de Apelação Criminal, pretendendo a reforma da sentença de mérito proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Miranda/MS, que julgou procedente a pretensão punitiva e o condenou pela prática do crime de ter em depósito para a venda mercadoria imprópria para o consumo, tipificado no art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, à pena de 02 anos de detenção, em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistente uma em prestação de serviços à comunidade, a razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e outra em prestação pecuniária, consistente no pagamento de um salário mínimo.

Em suas razões recursais (f. 173/182), pediu: a) a sua absolvição, em razão da inexistência de laudo pericial atestando ser a carne de origem animal imprópria para o consumo; e b) caso não seja o entendimento deste Sodalício, a decretação do perdimento da fiança recolhida, de forma a compensar a medida restritiva de direito de pena pecuniária de um salário mínimo.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 188/196, pugnando que seja negado provimento ao apelo.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de fls. 203/211, arguiu preliminar de extinção da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. No mérito, pediu o improvimento do recurso interposto pelo apelante.

Passo a análise do mérito recursal.

Da Preliminar de Prescrição

O Ministério Público Estadual apresentou denúncia pela prática da seguinte conduta delituosa:

> *"Consta dos autos de investigação que, no dia 25 de maio de 2010, por volta das 10h15min, no pátio do Restaurante Zero Hora, próximo à BR 262, nesta cidade, o denunciado tinha em depósito para a venda, no interior do veículo GM/Corsa, classic, cor preta, placas HSJ 7517-Corumbá/MS, 200 (duzentos) Kg de carne industrial (masseter) e 160 (cento e sessenta) Kg de língua bovina em condições impróprias para o consumo humano.*
>
> *Apurou-se que os policiais militares, em rondas de rotina, notaram que o denunciado trazia grande quantidade de carne bovina na parte traseira de seu veículo, 'até mesmo porque estava pingando sangue daquele local.*
>
> *Os técnicos da vigilância sanitária então foram acionados e constataram que a mercadoria estava sendo transportada em desacordo com a legislação vigente,*

especialmente porque estava sendo levada em local e temperatura inadequadas, sem qualquer isolamento térmico, o que a tornava imprópria para o consumo humano.

O denunciado adquiriu a mercadoria na cidade de Aquidauana/MS e pretendia vendê-la na cidade de Corumbá/MS."

Sustenta a PGJ que entre a data do recebimento da denúncia (13/08/2010 - f. 46/47) e a data da publicação da sentença (20/10/2015 - f. 169) transcorreu o prazo superior a 04 anos, sem causa interruptiva.

Assim, como o apelante foi condenado a 02 anos de detenção, cujo o prazo prescricional é de 04 anos, afirma que deve ser extinta da punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Todavia, a preliminar não merece guarida, pois diante da inércia do acusado, citado por edital, o prazo prescricional foi suspenso na data de 29/04/2011 (f. 64) e perdurou até a sua manifestação nos autos em 20/07/2012 (f. 67/68).

Dessa forma, entre o recebimento da denúncia no dia 13/08/2010 e a suspensão do processo em 29/04/2011, transcorreram 07 meses e 16 dias. Contudo, como mencionado acima, o processo ficou suspenso por 01 ano, 02 meses e 21 dias. Já entre a data do fim da suspensão do processo – 20/07/2012 – e a publicação da sentença – 20/10/2015 – decorreram 03 anos e 01 mês.

Com efeito, o prazo a ser considerado para fins de prescrição é de apenas 03 anos, 08 meses e 16 dias.

Por conseguinte, afasto a preliminar.

Da ausência de laudo pericial

Afirma o apelante que para a configuração do crime do art. 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90 é imprescindível a existência de laudo pericial atestado que a carne apreendida era imprópria para o consumo.

Após uma detida análise dos autos, não vejo como prosperar a pretensão do apelante.

Ao contrário da tese levantada pela defesa, entendo que, no presente caso, para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, é prescindível a realização de laudo pericial para a comprovação da nocividade e impropriedade dos produtos.

Dispõe a norma penal em comento:

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.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco que tem o seu conteúdo integrado normativamente pelo art. 18, § 6º, da Lei nº 8.078/90, *in verbis*:

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 as 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.

(...)

§ 6° - São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Em que pese o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter recentemente se posicionado pela necessidade de laudo pericial para atestar a potencialidade lesiva dos produtos apreendidos em condições impróprias para o consumo, constato que este entendimento não deve ser aplicado no caso em estudo, uma vez que ficou claro, por outros meios de prova, que a carne apreendida não poderia ser consumida.

Em seus depoimentos, tanto inquisitorial (f. 10/11), como judicial (f. 118), o Fiscal da Vigilância Sanitária, Joel da Silva Simas, relatou que:

"(...) Que o declarante e a médica veterinária Andréa, ao realizarem a inspeção dos produtos apreendidos (200 quilos de carne bovina (massater) e 160 quilos de lingual constataram que os mesmos estavam sendo transportados de forma irregular, pois estava sendo transportado no porta-malas e no banco traseiro do veículo acima citado, sem qualquer tipo de isolação térmica, quando o correto, para o transporte intermunicipal de carnes, e ser realizado por veículo que possua câmara frigorifica; Que o declarante também aferiu que a carne estava com a temperatura de 25 graus, quando o correto, por tratar-se de produto congelado, seria entre meno 18 e menos 15 graus; Que, diante dos fatos, foi realizado o laudo de constatação de que os produtos apreendidos se encontram impróprios para o consumo."

Em Juízo acrescentou, ainda, que a carne bovina estava sendo transportada no em um veículo sem qualquer refrigeração, somente enrolada em uma lona preta, e que do veículo pingava sangue.

Corroborando o depoimento acima, a Médica Veterinária Andreia Masias Matos, funcionária pública do Município de Miranda, no cargo de Inspetora do Matadouro Local, em seu depoimento na fase policial (f. 12), narrou que:

"(...) A declarante é Médica Veterinária inscrita no CRMV ri°. 3303 e, atualmente, trabalha na Prefeitura Municipal do Miranda, no Serviço de Inspeção Municipal do matadouro local; Que, nesta data, foi acionada pela Polícia Militar para comparecer na Delegacia de Polícia de Miranda, para atender uma ocorrência de apreensão de carne; Que o Policial Militar Oseias Alvos Vicente informou à declarante que havia abordado o veículo GM/Corsa Classic, cor preta, placas HSJ-7517/Corumbá/MS, no pátio do Restaurante Zero Hora, situado nas proximidades da BR-262, nesta cidade, ocasião em que constatou que do porta-malas do mesmo estava pingando sangue; Que ao vistoriarem o veículo constataram que o mesmo estava transportando carne Bovina, sendo que seu condutor declarou que havia adquirido a carne no Frigorifico Buriti, na cidade de Aquidauana e a estava transportando para a cidade de Corumbá, onde fabricaria linguiça; Que ao realizar a inspeção da carne, a declarante pode constatar que o transporte realizado não

> *era o adequado, haja vista que, no transporto intermunicipal como e o caso, o mesmo deve ser realizado por caminhão frigorífico, ou veículo que possua isolante térmico; Que a declarante aferiu que a carne acondicionada no veículo estava com a temperatura de 25 graus, quando o coreto seria entre menos 15 e menos 18 graus, por tratar-se de produto congelado; Que ao entrevistar Claudecir Alves Pereira, o mesmo lhe informou que estava transportando a carne para a cidade de Corumbá/MS, onde pretendia fabricar linguiça com o produto apreendido; Que a declarante esclarece que foram apreendidos em poder de Claudecir 200 quilos de carne para industrialização (masseter) e 160 quilos de lingua; Que, ante as circunstâncias, foi lavrado auto de constatação que os produtos se encontravam impróprios para o consumo."*

Em Juízo (f. 118), a testemunha confirmou seu depoimento policial, relatando que a carne estava sendo transportada em condições totalmente inadequadas para o consumo, pois estava no bagageiro do veículo sem refrigeração nenhuma, de onde pingava sangue.

Dessa forma, mesmo ausente o laudo pericial específico, a impropriedade para o consumo da carne bovina foi atestada em juízo por dois profissionais capacitados para tanto, que analisaram *in loco* o material apreendido.

Por conseguinte, no caso em análise, entendo desnecessária a confecção de um documento intitulado "Laudo Pericial", pois a impropriedade para o consumo da carne apreendida foi constatada e confirmada em juízo por um Fiscal da Vigilância Sanitária e pela Médica Veterinária Inspetora do Matadouro do Município de Miranda.

Assim, afasto a pretensão absolutória.

Da compensação entre a fiança recolhida e a medida restritiva de direito pecuniária

No que tange ao pedido de compensação da pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária, em virtude do pagamento da fiança, tenho que melhor sorte não assiste à defesa, neste momento.

Isso porque, embora o artigo 336 do Código de Processo Penal estabeleça que *"o dinheiro ou objetos dados como fiança servirão ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se o réu for condenado"*, tal compensação entre o valor da multa e o valor da fiança paga compete ao juízo da execução penal, que deverá, inclusive, restituir ao condenado eventual quantia remanescente desta compensação, nos termos do que dispõe o artigo 347 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido é o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – USO DE DOCUMENTO FALSO – CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO – EXIBIÇÃO À AUTORIDADE POLICIAL – DOLO PRESENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – ISENÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA PELO PAGAMENTO DE FIANÇA – NÃO CABIMENTO – POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO (...). O valor dado como fiança não exime o réu do arbitramento de pena pecuniária, podendo, contudo, nos termos do art. 336, do CPP, proceder-se a compensação no Juízo da Execução.* (TJMG, Apelação Criminal 1.0120.11.001195-0/001, Relator (a): Des.(a) Duarte de Paula, 7ª Câmara Criminal, julgamento em 14/03/2013, publicação da súmula em 22/03/2013).

Assim sendo, deve ser mantida a pena restritiva de direitos aplicada, consistente na prestação pecuniária, o que poderá ser eventualmente compensado ao crivo do Juízo da execução penal.

Conclusão

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1° Vogal)

Acompanho o e. relator e nego provimento ao recurso interposto por Claudecir Santos Celeri.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2° Vogal)

Divirjo do nobre Relator para dar provimento ao recurso defensivo.

Isso porque Consoante a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, para caracterizar o crime previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo, a qual, no presente caso, não foi produzida pelo órgão de acusação.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – DIREITO PENAL – LEI N. 8.137/1990 – CRIMES CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO – MERCADORIA IMPRÓPRIA PARA CONSUMO – EXAME PERICIAL – NECESSIDADE – ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL – SÚMULA 83/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar o delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 - crime contra as relações de consumo -, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Incidência da Súmula 83/STJ. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1175679/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

> *"PENAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. 2. Recurso especial desprovido."* (REsp n. 1.184.240/TO, Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJe 20/6/2011)

> *"CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO (ARTIGO 7º, INCISO IX, DA LEI 8.137/1990) – DENÚNCIA – PERÍCIA ILÍCITA – EXAME REALIZADO POR MÉDICO VETERINÁRIO – DELITO NÃO TRANSEUNTE – NECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO OFICIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL – CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Da leitura do artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, percebe-se que se trata de delito não transeunte, que deixa vestígios materiais, sendo indispensável, portanto, a realização de perícia para a sua comprovação, nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal. Doutrina.*

Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, a impropriedade para consumo dos produtos apreendidos no estabelecimento dos pacientes foi atestada por médico veterinário da Inspetoria Veterinária e Zootécnica da Secretaria de Agricultura e Abastecimento de Bento Gonçalves, inexistindo qualquer perícia oficial que confirme tal condição. 3. Diante da ausência de laudo firmado por perito oficial ou por duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior, impossível a caracterização do crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei 8.137/1990, motivo pelo qual revela-se imperioso o trancamento da ação penal em exame. 4. Reconhecida a falta de justa causa para a persecução criminal em apreço, ante a inexistência de comprovação da materialidade delitiva, resta prejudicada a análise das demais máculas suscitadas na impetração. 5. Impetração não conhecida. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada em desfavor dos pacientes." (HC 191.663/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/04/2013, DJe 24/04/2013)

"PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ARTS. 7º, IX, DA LEI 8.137/90 E 68 DA LEI 8.078/90 – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – AUTORIA – SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS – MATERIALIDADE DELITIVA – PERÍCIA TÉCNICA – CRIME MATERIAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – EXCEPCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS IDÔNEOS DA MATERIALIDADE DELITIVA QUE AUTORIZAM A PERSECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA – RECURSO PROVIDO. 1. Nos denominados crimes de autoria coletiva ou societários, admite-se o recebimento da denúncia sem que haja uma descrição pormenorizada da conduta de cada agente, desde que esteja demonstrado vínculo entre o denunciado e a conduta a ele imputada. 2. A mera constatação de que os produtos se mostram impróprios para o consumo não é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei 8.137/80, sendo necessário laudo pericial para sua comprovação. 3. Recurso provido para trancar a Ação Penal 00220060128630, em curso na 2ª Vara Criminal de Ariquemes/RO." (RHC 24.516/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 03/05/2010)

Logo, depreende-se dos autos que a sentença recorrida contraria a jurisprudência assente do Superior Tribunal de Justiça, merecendo reforma.

A propósito, ressalto que esta 2ª Câmara Criminal já se manifestou sobre a matéria, decidindo pela mesma solução à controvérsia:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – ART. 7º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.137/1990 – PRODUTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO – PERÍCIA – NECESSIDADE PARA CONSTATAÇÃO DA NOCIVIDADE DO PRODUTO APREENDIDO – RECURSO PROVIDO O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, para caracterizar o crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a realização de perícia a fim de atestar se as mercadorias apreendidas estavam em condições impróprias para o consumo. Recurso provido." (TJMS, 2ª Câmara Criminal, n. 0002334-26.2012.8.12.0018, minha Relatoria, j. 28.7.2014).

Diante do exposto, divirjo do Relator para dar provimento à apelação criminal interposta por Claudecir Santos Celeri, a fim de absolvê-lo nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

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, 27 de novembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0007860-49.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL (RECURSO DEFENSIVO) – FURTO QUALIFICADO TENTADO (ARTIGO 155, § 4º, I e II, DO CÓDIGO PENAL) – PRELIMINAR – NULIDADE PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA MANIFESTAR SOBRE LAUDO PERICIAL – PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS – PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTS. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – REANÁLISE DAS MODULADORAS INIDONEAMENTE SOPESADAS – PENA REDIMENSIONADA – PENA DE MULTA – APLICAÇÃO PROPORCIONAL A PENA CORPÓREA – PROCEDENTE – MAJORAÇÃO *QUANTUM* APLICADO PELA FORMA TENTADA – FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) – EXTENSÃO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO – PATAMAR QUE OBEDECE A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – CONCURSO DE ATENUANTES E AGRAVANTES – CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL – INVIABILIDADE A TEOR DO ART. 33, § 2º DO CÓDIGO PENAL – ISENÇÃO DAS CUSTAS – RÉU ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

À luz da norma inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal, a jurisprudência é pacífica no entendimento de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional;

O princípio constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, 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;

Decota-se da pena-base o acréscimo decorrente do juízo negativo da conduta social quando embasado exclusivamente nos registros criminais, pois esse vetorial atrela-se ao comportamento do agente no meio social em que vive, na família e no trabalho, enquanto as atividades caracterizadas como criminosas são objeto de outras circunstâncias judiciais;

A circunstância judicial da personalidade 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. Assim, plenamente possível valorá-la negativamente diante da reiteração sistemática de uma senda delituosa, elementos mais do que suficientes para indicar seguramente a desonestidade, a má índole, a ambição e o enorme desrespeito à ordem legalmente instituída, características próprias da pessoa que se mostra um atogonista social;

Os motivos do crime são as razões de ordem subjetiva que levaram à pratica do delito. Somente aqueles que extrapolem o previsto no próprio tipo penal, e que não caracterizem circunstâncias atenuantes ou agravantes, é que devem ser considerados. Sendo verificado que o motivo da subtração da *res* não extrapolou aquele próprio do tipo penal que se subsume no lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, não há que se valorá-lo negativamente;

O fato de o agente estar em liberdade provisória, livramento condicional, ou cumprimento de pena quando da prática do novo delito é fundamento legítimo para firmar juízo negativo acerca das circunstâncias do crime;

O fundamento de que a ação do condenado certamente causou trauma psicológico à vítima, com possíveis sequelas irreversíveis, não poderá ter fundamentação apenas genérica ou vaga, que não aponta qualquer situação concreta, a demonstrar essa circunstância, pois, qualquer ação criminosa é causa de sequelas, quer seja de ordem patrimonial, física, psicológica, tanto é assim que importam em apenação;

Reduz-se a pena de multa para montante proporcional à pena corpórea, atentando-se para o sistema trifásico;

Em se tratando de delito na modalidade tentada (art. 14, II, do CP), o patamar de redução, entre 1 (um) e 2 (dois) terços, previsto pelo parágrafo único do art. 14 do Código Penal, a ser considerado na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser eleito de acordo com a extensão do *iter criminis* percorrido, sendo que, quanto mais próximo da consumação, menor a redução. Razoável o patamar de 1/3 (um terço) se as provas dos autos indicam que o agente estava muito próximo de consumar o crime, não o consumando por circunstâncias alheias a sua vontade;

Na esteira firmada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, plenamente possível operar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência;

Conforme teor da súmula 269, do STJ, a imposição de regime semiaberto, mesmo para o caso de réu reincidente, dependerá do fato de todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, serem favoráveis e a pena aplicada ser inferior a quatro anos.

Se durante todo o processo o apelante foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, havendo nos autos, portanto, comprovação de sua hipossuficiência, deve ocorrer a isenção das custas e despesas processuais;

Recurso a que, em parte com o parecer, dou parcial 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, prover em parte e promover alteração e*x officio*, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o vogal.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2017.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Maicon Silvestre Capelaxio, contra sentença de f. 118-125 que, o condenou à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas penas do art. 155, § 4º, I e II, c/c art. 14, II ambos do Código Penal.

Insurge o apelante, segundo as razões expostas a f. 142-155, pretendendo: em preliminar, 1. a anulação do feito por cerceamento de defesa; e subsidiariamente, 2. a redução da pena-base, a qual teria sido fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, bem como a redução da multa fixada na primeira fase de dosimetria da pena; 3. a redução da causa de diminuição de pena referente à tentativa para reduzi-la em seu grau máximo de 2/3 (dois terços) da pena; 4. a fixação de regime inicial menos gravoso; 5. a isenção do pagamento de custas processuais pela apelante.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 159-175 e 182-189, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso em sua íntegra. O MPE suscitou prequestionamento da legislação por ele indicada.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Maicon Silvestre Capelaxio, contra sentença de f. 118-125 que, o condenou à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, como incurso nas penas do art. 155, § 4º, I e II, c/c art 14, II ambos do Código Penal.

Insurge o apelante, segundo as razões expostas a f. 142-155, pretendendo: em preliminar, 1. a anulação do feito por cerceamento de defesa; e subsidiariamente; 2. a redução da pena-base, a qual teria sido fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, bem como a redução da multa fixada na primeira fase de dosimetria da pena; 3. a redução da causa de diminuição de pena referente à tentativa para reduzi-la em seu grau máximo de 2/3 (dois terços) da pena; 4. a fixação de regime inicial menos gravoso; 5. a isenção do pagamento de custas processuais pela apelante.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 159-175 e 182-189, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso em sua íntegra. O MPE suscitou prequestionamento da legislação por ele indicada.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar pela anulação do feito**.**

Em sede de preliminar, a defesa sustenta a nulidade da sentença, ante a ausência de manifestação das partes sobre o laudo pericial de f. 107-115, apresentado após o oferecimento dos memoriais da defesa, alegando que, com isso, causu manifesto prejuízo ao réu.

No caso, não assiste razão sua irresignação.

Segundo o art. 182 do Código de Processo Penal, o juiz não está adstrito ao laudo pericial. Isto porque, consoante é de conhecimento, o laudo pericial produzido pelos peritos oficiais, possui presunção de validade *iuris tantum*, devendo sua veracidade ser elidida mediante prova em contrário, incumbindo ao interessado, arguir a eventual nulidade no primeiro momento em que tiver acesso aos autos, sob pena de precluir tal direito.

Além disso, vale lembrar que o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo por parte da Defesa – ônus da qual ela não se desincumbiu na hipótese. Isso devido à regra prevista no art. 563, do Código de Processo Penal, o qual positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*).

Neste sentido, colho o seguinte julgado das instâncias superiores:

> *"HABEAS CORPUS - ART. 33 C/C O ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06 - TESE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE VISTA À DEFESA SOBRE O LAUDO PERICIAL DE COMPARAÇÃO DE VOZ GRAVADA EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF - EXAME PRESCINDÍVEL - IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE SOBREPOR-SE A QUAISQUER CONCLUSÕES DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUANTO AOS ELEMENTOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE, POR SEREMSOBERANAS NA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA - ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA - 1. Na hipótese, as instâncias ordinárias concluíram que a ausência de vista do laudo de comparação de voz à Defesa não constitui nulidade absoluta, uma vez que os demais elementos probatórios colhidos na instrução do feito são suficientes para embasar a condenação da Paciente. 2. Alegações genéricas de nulidade, desprovidas de demonstração do concreto prejuízo, não podem dar ensejo à invalidação da ação penal. É imprescindível a demonstração de prejuízo, pois o art. 563, do Código de Processo Penal, positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief. 3. Ademais, a Lei n.º 9.296/96, que disciplina a interceptação de comunicações telefônicas, nada dispõe sobre a necessidade de realização de perícia para a identificação das vozes gravadas. 4. (...). Exemplificativamente: STJ, HC 135.972/SP, Rel. Min. Felix Fischer; STJ, HC 76.599/RS; Rel. Min. JANE SILVA (Des. convocada do TJ/MG); STJ, HC 81.181/SP, Rel. Min. Laurita Vaz. 5. Ordem de habeas corpus denegada."* (STJ, HC 234.836/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013).

> *"À luz da norma inscrita no art. 563 do Código de Processo Penal, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte. Vale dizer, o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional."* (STF, HC 132.814/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, 2ª Turma, j. 21.06.2016).

Na mesma linha a doutrina de Guilherme de Souza Nucci expõe que:

> *"(...) no cenário das nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não e proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais (pas de nullité sans grief). (...)*

Assim, quando houver uma nulidade relativa, somente será ela reconhecida tão logo seja cabível, pois atentatória ao interesse público de se manter o devido processo legal. Entretanto, "*havendo uma nulidade relativa, somente será ela proclamada, caso requerida pela parte prejudicada, tendo esta o ônus de evidenciar o mal sofrido pelo não atendimento à formalidade legal.*" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1230).

Dos autos, verifico do Laudo Pericial de f. 107-115 que, os resultados dos exames realizados no local, não trouxe evidências novas e diversas das já constantes no caderno de provas, confirmando as mesmas informações anteriormente apresentadas na prova oral. Vejamos:

> *"(...) O acesso ao interior do imóvel ocorreu através de escala por um pé de coqueiro localizado na lateral direito da região anterior do imóvel, e posteriormente retirada de algumas telhas cerâmicas por esforço físico, ocasionando assim uma pequena abertura no telhado.*
>
> *Após a retirada dessas telhas, o autor danificou a estrutura do forro em PVC, por ação do esforço físico de fora para dentro, proporcionando assim sua entrada no interior do imóvel. (...)*
>
> *Ante o exposto, com base nos elementos materiais colhidos in loco, este Perito conclui que no local vistoriado foram encontrados vestígios de escalada e posterior arrombamento (rompimento de obstáculo), com características de terem sido causados, por ação de esforço físico aplicado de fora para dentro conforme descrito no corpo deste laudo."*

Ainda que, hipoteticamente se acatasse a ocorrência de nulidade do laudo pericial combatido por ausência de intimação das partes, o eventual reconhecimento da nulidade em questão não teria necessariamente o condão de provocar o mesmo efeito na sentença recorrida, uma vez que, esta, não baseou seus fundamentos exclusivamente em tal prova para sustentar o édito condenatório, mas sim, apenas para indicar parte da materialidade delitiva.

Tanto é assim que, para tratar da autoria delitiva e circunstâncias que o crime foi perpetrado, a decisão baseou-se nas provas orais constituídas em juízo sobre o contraditório e ampla defesa, tal como a confissão exarada pelo réu, as declarações prestadas pela vítima que identificaram aquele como agente do crime, bem como a prova testemunhal colhida de policial que realizou a prisão em flagrante do recorrente em posse da *res furtiva*.

Assim, a eventual nulidade relativa do processo, somente permite-se reconhecimento quando demonstrado evidentes prejuízos sofridos pela parte que estará incumbida de tal ônus, em atenção ao princípio *pas de nullité sans grie*, não bastando sua mera irresignação.

Portanto, a nulidade pretendida se mostra inviável, razão pela qual, afasto a preliminar.

Da redução da pena-base e pena de multa.

Nesse ponto, sustenta a defesa que, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação à respeito das circunstâncias judiciais.

No caso dos autos, a sentença considerou como negativas, 06 (seis) circunstâncias, dentre elas, os antecedentes, circunstâncias do crime, motivos do crime, personalidade, consequências do crime e a conduta social, sob os seguintes fundamentos:

> *"(...) os antecedentes são péssimos, posto que sua vida pregressa registra incursões policiais, processos e condenações criminais, e, execuções penais, além de vários atos infracionais praticados durante a adolescência, inclusive com aplicação de medida sócio educativa; sua conduta social é das mais reprováveis, vez que faz do crime o seu meio de vida, como uma profissão (o acusado não provou a existência de trabalho licito), 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 pela vítima, posto que insensível ao sofrimento físico, moral e patrimonial*

a que a submete, em decorrência do potencial lesivo da conduta. De destacar que, a conduta de praticar crimes, causando danos a outrem, não é ato de bondade, sensibilidade e afetuosidade com a vitima, altruísmo, honestidade e ausência de ambição; que o motivo é injustificável, posto que não trabalha honestamente para auferir rendimentos para a sua subsistência, mas busca auferir vantagem às custas da vida, saúde e trabalho de outrem (o motivo, a ambição ilícita, não é elemento do tipo penal incriminador) - (como acima dito, o acusado não provou a existência de trabalho licito); as circunstâncias são graves, posto que a conduta delitiva foi praticada durante o cumprimento de pena em execução penal (autos unificados 0075327-26.2009 2ª Vara de Execução Penal), e, durante o período de repouso noturno; que as consequências foram sérias, pois, além dos danos patrimoniais (resultado elemento do tipo), é fato notório que a ação do condenado causa trauma psicológico na vítima, quiçá com sequelas irreversíveis (resultado não é elemento do tipo).”

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.

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.

Desta forma, para melhor análise do pleito, é imprescindível a reapreciação das circunstâncias judiciais negativamente valoradas, com base nos elementos que constam dos autos, em atenção ao princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, insculpido nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal.

Quanto aos antecedentes, em atenção ao princípio Constitucional da presunção da inocência insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, bem como o teor da Súmula 444 do STJ, tem vedada sua utilização para agravar a pena-base com base em inquéritos policiais e ações penais em curso. Daí decorre que somente se considera desfavorável a moduladora dos antecedentes diante de condenação transitada em julgado, que não incida, concomitantemente, em reincidência, e referente a crimes anteriores.

No caso dos autos, o crime ora analisado ocorreu em 26/02/2017, sendo que dos antecedentes acostados a f. 79-85, abstrai-se informações de diversas incursões penais pelo réu, inclusive no período de sua adolescência, decorrentes de crimes de mesma natureza, razão pela qual, a moduladora encontra-se idoneamente fundamentada.

Já 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, a possibilitar a valoração negativa desta circunstância, utilizando-se o juízo singular de argumentos genéricos que, não permitem a manutenção deste vetor.

Portanto, decoto a moduladora.

Por personalidade do agente, segundo o STJ, deve ser considerada como: *“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 Minª Laurita Vaz, 5ª T., Dje 06/04/2009).

Segundo a doutrina de Ricardo Shimitt, seria mais prudente auferir tal moduladora: *"(...) a partir da existência de um laudo psicossocial, a ser firmado por pessoa habilitada, situação que não existe na grande maioria dos casos levados a julgamento."* (SCHIMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória. 10. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 152).

Segundo entendimento que já externei em outros julgamentos, na ausência de laudo técnico específico, a circunstância judicial da personalidade pode e deve ser analisada com base nos registros da vida pregressa, o único elemento concreto de que se dispõe para tanto, mas isto somente quando houver mais de duas condenações definitivas, em interpretação conjunta da Súmula 444 do STJ em que, veda-se a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Neste sentido:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E FALSA IDENTIDADE – DOSIMETRIA – TRÊS CONDENAÇÕES ANTERIORES UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES E, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA – AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM – IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO TOTAL DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Não há ilegalidade na hipótese dos autos, pois esta Corte firmou entendimento no sentido que, no caso múltiplas condenações com trânsito em julgado, autoriza-se a valoração negativa da personalidade e da conduta social na exasperação da pena. (...)."* (STJ; HC 385.735; Proc. 2017/0009829-0; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 05/05/2017).

Seguindo esse raciocínio, impossível não entender pela possibilidade de firmar juízo negativo acerca da personalidade do agente também com base nos registros de sua vida pregressa, mas apenas quando o agente delitivo registrar mais de duas condenações definitivas, pois aí sim é inegável que o crime agora praticado não foi episódio isolado em sua vida, mas sim a reiteração sistemática de uma conduta criminosa, a continuidade de uma senda delituosa, elementos mais do que suficientes para indicar seguramente a desonestidade, a má índole, a ambição e o enorme desrespeito à ordem legalmente instituída, características próprias da pessoa que se mostra um antogonista social.

De tal forma, neste caso, verifico dos antecedentes elementos concretos que indiquem a índole do réu no sentido de perseverante na pratica delitiva que, possibilita a manutenção deste vetor negativo.

Quanto aos motivos são as razões de ordem subjetiva que levaram à pratica do delito. Somente aqueles que extrapolem o previsto no próprio tipo penal, e que não caracterizem circunstâncias atenuantes ou agravantes, é que devem ser considerados.

O objetivo de auferir lucro fácil constitui elemento do tipo penal de crimes contra o patrimônio, não sendo argumento idôneo para embasar juízo negativo de tal moduladora. Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES – (...) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – MOTIVOS INERENTES AO DELITO DE ROUBO – NEUTRALIDADE NO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA – DESPROVIDOS AMBOS OS APELOS. Comprovadas a autoria e materialidade delitiva do crime de roubo, a mantença da condenação é medida de rigor. (...) Sendo verificado que o motivo da subtração da Res não extrapolou aquele próprio do tipo penal que se subsume no lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, não há que se valorá-lo negativamente. (...)".* (TJMG; APCR 1.0452.11.001353-2/001; Rel. Des. Paulo Cézar Dias; j. 25/10/2016).

Assim, decoto a circunstância.

As circunstâncias do crime dizem respeito aos meios empregados na prática delitiva, que não constituem o tipo penal em si, mas influenciam em sua gravidade, tais como ânimo do agente, local da ação, condições de tempo ou objeto utilizado.

Segundo a doutrina de Schmitt, pode ser definida como sendo:

> *"(...) os elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, dentre outros."* (SCHIMITT, Ricardo. op. cit., p. 157).

Dessa forma, corretamente aplicada a moduladora, quando visto que o réu praticou o delito na data de 26/02/2017, quando encontrava-se cumprindo pena em regime semiaberto nos autos de execução n. 0075327-26.2009.8.12.0001, e havia acabado de ser beneficiado com progressão ao regime aberto na data de 17/02/2017, o que denota maior gravidade da situação. Confira-se:

> *"APELAÇÃO – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO MAJORADO – MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO – PROVA SUFICIENTE – DOSIMETRIA DA PENA. 1. (...). O magistrado justificou, com razão, o afastamento da basilar em 06 (seis) meses do mínimo legal, porque considerou negativos o vetor circunstâncias do delito, em razão de o acusado ter praticado o delito enquanto estava em liberdade condicional. (...).* (TJRS; ACr 0389644-17.2013.8.21.7000; Porto Alegre; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira; Julg. 11/02/2015; DJERS 14/04/2015).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO MAJORADO – MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO – PROVA SUFICIENTE – DOSIMETRIA DA PENA – MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. (...). O fato de o acusado estar em livramento condicional na ocasião do delito revela maior reprovabilidade da conduta, a justificar a graduação acentuada à culpabilidade do agente. (...)".*(TJRS; ACr 0157133-76.2015.8.21.7000; Porto Alegre; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira; Julg. 29/06/2016; DJERS 27/09/2016).

Portanto, mantenho negativada tal circunstância.

No que se refere as consequências do crime, são os efeitos (maior ou menor) provocadas em uma vítima ou mais, tanto de cunho material, quanto moral, incluindo aqui apenas aqueles fatos que não integram o tipo penal.

De tal argumento, não se pode confundir as consequências do crime com o resultado do próprio tipo penal que já foi considerado na cominação da pena, sendo que, esta moduladora refere-se à mensuração do dano ocasionado pelo delito, alertando o STJ que: *"Não é possível a utilização de argumentos genéricos ou circunstâncias elementares do próprio tipo penal para o aumento da pena-base com fundamento nas consequências do delito."* (STJ, HC 165.089/DF, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 16.10.2012).

Neste contexto, o fundamento de que a ação do condenado certamente causou trauma psicológico à vítima, com possíveis sequelas irreversíveis, não poderá ter fundamentação apenas genérica ou vaga, que não aponta qualquer situação concreta, a demonstrar essa circunstância, pois, 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, o que, contudo, deve ser demonstrado de forma concreta, com base em elementos extraídos dos autos.

No caso dos autos, os danos psicológicos supostamente suportados pela vítima, não foram objeto de análise mediante laudo especializado para mensurar tal abalo diante da ocorrência do crime, nem se quer foi relatado perante audiência judicial, o que já indica claramente que a motivação é inidônea.

Também não há como valorar esta moduladora em razão dos bens subtraídos, em razão de que foram restituídos a vítima. O mesmo há que se falar quanto ao prejuízo suportado pela ofendida, relativo aos gastos com reparos no imóvel, ocasionados da entrada forçada pelo réu, referindo-se a montante de monta com pequena expressão.

Por tais motivos, expurgo esta moduladora.

Da redução da pena de multa.

Insurge o recorrente, ao argumento de que a pena de multa deve acompanhar a pena privativa de liberdade nos mesmos parâmetros de proporcionalidade, além do fato de suas condições financeiras não possibilitarem tamanha reprimenda pecuniária.

Neste ponto, a pretensão merece acolhimento, visto que a pena de multa foi fixada de forma exacerbada.

Conforme fixado pela sentença, levando-se em conta as circunstâncias judiciais e a situação econômica do réu, a ele também foi imposta a pena do pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A fixação da pena pecuniária deve guardar necessária simetria com a pena corpórea, eis que se subordina aos mesmos parâmetros de proporcionalidade aplicados àquela.

Deste modo, considerando o número de moduladoras que devidamente deverão ser valoradas e, atendendo os patamares necessários a evitar desproporcionalidade entre as penas, a pena de multa deverá sofrer redução, o que será feita em momento posterior.

Da *quantum* aplicado a causa de diminuição de pena.

O apelante requer também, a aplicação máxima de 2/3 (dois terço) pela causa de diminuição de pena aplicado pela sentença em 1/3 (um terço) pela tentativa incidida, alegando que a dosimetria da redução deve ser realizada de acordo com o momento de interrupção da conduta delitiva.

Tratando-se de delito na modalidade tentada, como é o caso dos autos, o juiz deve eleger o patamar de redução entre 1 (um) e 2 (dois) terços a teor do art. 14, II e seu parágrafo único, do Código Penal, levando em consideração a extensão do iter criminis percorrida pelo agente, de modo que quanto mais próxima da consumação apresentar-se, menor deve ser a redução. Esta análise deve ser realizada de acordo com elementos concretos, extraídos da prova produzida nos autos, e não de forma aleatória. A propósito:

> *"Aplica-se à forma tentada do delito a pena prevista para o crime consumado, mas diminuída de um a dois terços (ex vi o artigo 14, parágrafo único, do Código Penal). Essa diminuição deve ter em vista o caminho percorrido pelo agente para a prática delituosa. Assim, se o desenvolvimento foi impedido no início, aplica-se a maior redução. Entretanto, se o agente percorreu maior caminho até a prática consumada do delito, a redução será menor. A quantidade, portanto, da redução deve ser fixada pelas circunstâncias da própria tentativa e não do crime, estas já consideradas no cálculo da pena-base."* (STJ, RT 822/549).

Segundo restou apurado na presente situação, o acusado foi abordado já fora do estabelecimento furtado, escondido no jardim de entrada deste, em posse de todos os bens subtraídos.

Outrossim, considerando que os atos executórios do recorrente muito ser aproximaram da consumação do delito, sendo maior o *iter criminis* por ele percorrido, descabe a redução da tentativa em sua máxima fração.

Do redimensionamento da pena.

Como visto, na fixação da pena-base, pela sentença restou considerada desfavorável 06 (seis) moduladoras, dentre elas, *os* antecedentes, circunstâncias do crime, motivos do crime, personalidade, consequências do crime e a conduta social, resultando numa pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 200 (duzentos) dias-multa.

Desse modo, na 1ª fase, considerando as moduladoras decotadas (conduta social, motivos e consequências), restando apenas antecedentes, personalidade e circunstâncias do crime, reduzo a pena para 03 (três) anos, 06 (seis) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Nas 2ª fase de dosimetria, verifica-se que pela sentença houve o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da agravante da reincidência sendo sopesadas nessa ordem. Contudo, apesar de não haver irresignação da defesa nesse ponto, na esteira firmada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, plenamente possível operar a compensação entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. (STJ, HC 372939 / SP, j. 02/02/2017).

Dessa forma, considerando que a dosimetria da pena é matéria de ordem pública, de ofício, aplico a compensação entre as circunstâncias legais (confissão e reincidência) ante sua mesma ordem de preponderância, mantendo assim, a pena intermediária fixada no mesmo patamar anterior.

Na 3ª fase, não havendo presença de causa de aumento de pena e restando reconhecida a causa de diminuição de pena pela forma tentada do crime (art. 14, II, do CP), respeitando os patamares fixados na sentença, reduzo a pena em 1/3 (um terço), fixando-a de forma definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pois patamar mínimo considerando a hipossuficiência do réu, corrigidos na ordem do art. 49, § 2º, do CP.

Do regime de pena.

Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal com o artigo 59, do mesmo Código. Parte-se da pena concreta (quantidade), de acordo com o disposto pelo § 2º, e retorna-se à análise já realizada das circunstâncias judiciais, nos termos do § 3º.

Conforme teor da súmula 269, do STJ, a imposição de regime semiaberto, mesmo para o caso de réu reincidente, dependerá do fato de todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, serem favoráveis e, a pena aplicada ser inferior a quatro anos.

No caso, em que pese a pena tenha sido redimensionada abaixo de 04 (quatro) anos, o réu ostenta reincidência, além do fato que foram mantidas desfavoráveis 03 (três) circunstâncias judiciais, o que inibe beneficiá-lo com regime prisional mais brando, mantendo fixado o regime fechado.

Da isenção do pagamento de custas.

Depreende-se dos autos que o apelante, desde o início da ação penal, foi assistido pela Defensoria Pública Estadual, motivo pelo qual, a isenção das custas processuais é medida que se impõe.

Aliás, tal entendimento vem sendo aplicado por este sodalício:

> *"Se durante todo o processo as apelantes foram assistidas pela Defensoria Pública Estadual, havendo nos autos, portanto, comprovação de sua hipossuficiência, devem ficar isentas das custas e despesas processuais."* (TJMS - APL: 0020696-93.2013.8.12.0001, Relator: Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j. 29/09/2014, 1ª Câmara Criminal).

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 parcial provimento ao recurso interposto por Maicon Silvestre Capelaxio, condenado no crime de art. 155, § 4º, I e II, c/c art 14, II ambos do Código Penal, a fim de reduzir-lhe a pena para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime fechado e 11 (onze) dias-multa, na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pois patamar mínimo considerando a hipossuficiência do réu, corrigidos na ordem do art. 49, § 2º, do CP.

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

Acompanho o e. Relator e dou parcial provimento ao recurso interposto por Maicon Silvestre Capelaxio, apenas para isentá-lo do pagamento das custas processuais, reduzir a pena-base e, *ex officio*, compensar a reincidência com a confissão espontânea, ressalvando entendimento de que a conduta social pode ser negativada com base nas condenações definitivas pretéritas, todavia, *in casu*, a valoração não traria reflexos na reprimenda, vez que de já se encontra proporcional e atendendo os fins de prevenção e repressão da conduta perpetrada.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Divirjo do nobre relator para dar parcial provimento, em maior extensão, ao recurso defensivo.

Entendo que a circunstância judicial da personalidade do agente também deve ser neutralizada.

Isso porque não é possível elevar a pena imposta ao acusado mediante reprovação da personalidade do mesmo, sobretudo mediante valorações subjetivas e morais alheias aos fatos criminosos imputados. Conforme tenho decidido reiteradamente, o réu deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

Feita tal considerações, passo a nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, acompanho o nobre Relator para neutralizar as circunstâncias judiciais da conduta social, circunstâncias e consequências do crime. Outrossim, afasto a negativação em relação a personalidade do acusado, remanescendo como negativa os antecedentes e a circunstância do crime, pelo que fixo a pena base em 03 anos de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.

Na segunda fase, acompanho o voto condutor para, de ofício, compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, restando a pena intermediária inalterada.

Na terceira fase, reconhecida a tentativa do furto qualificado, reduzo a pena no patamar de 1/3, de sorte que fixo a pena definitiva em 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Mantenho regime inicial fechado ante a reincidência do acusado e o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Diante do exposto, divirjo em parte do nobre Relator e voto no sentido de dar parcial provimento em maior extensão ao recurso defensivo a fim de neutralizar também a circunstância judicial da personalidade, fixando a pena nos termos deste voto.

No mais, acompanho o nobre Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte e promoveram alteração *ex officio*, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o vogal.

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, 14 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 0011393-14.2016.8.12.0110 - Campo Grande
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – 1ª VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – VÍTIMA HOMEM – INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA – CONFLITO PROCEDENTE.

Ao atrair a incidência da Lei nº 11.343/06, é imprescindível que a situação de violência perpetrada guarde relação com a diferença de gênero, de forma a resguardar a mulher, em razão de sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência na relação, retratando-se assim a essência da Lei Maria da Penha. Na hipótese, tratando-se de vítima do sexo masculino (ex-marido da acusada), não há aplicar as disposições da Lei especial.

Conflito Procedente. 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, julgar procedente, unânime.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS em face do Juiz de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial Central da Capital.

Versa os autos acerca do delito de ameaça praticado em situação de violência doméstica, em que figura como vítima a pessoa de M. M. L..

O Juízo suscitante argumenta (f. 59/60), que o caso concreto não é de aplicação das disposições da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.343/06), portanto, incompetente a vara especializada para processar e julgar os autos da ação penal.

Por outro lado, o juiz suscitado quando declinou a competência, se limitou nas seguintes razões: "*Por entender subsumir-se o fato descrito no termo circunstanciado de ocorrência aos termos do art. 5º, da Lei n. 11.340/06, acolho o requerimento dos sujeitos processuais, declino da competência deste Juízo para processar e julgar o fato, e determino a remessa dos autos a uma das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desta Comarca*". (f. 50).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 67/70, opina pelo conhecimento e procedência do Conflito Negativo suscitado, para reconhecer a competência do Juizado Especial Central da Capital, para processar e julgar a Ação Penal nº 0011393-14.2016.8.12.0110.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande/MS em face do Juiz de Direito da 2ª Vara do Juizado Especial Central da Capital.

Versa os autos acerca do delito de ameaça praticado em situação de violência doméstica, em que figura como vítima a pessoa de M. M. L..

O Juízo suscitante argumenta (f. 59/60), que o caso concreto não é de aplicação das disposições da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.343/06), portanto, incompetente a vara especializada para processar e julgar os autos da ação penal.

Por outro lado, o juiz suscitado quando declinou a competência, se limitou nas seguintes razões: "*Por entender subsumir-se o fato descrito no termo circunstanciado de ocorrência aos termos do art. 5º, da Lei n. 11.340/06, acolho o requerimento dos sujeitos processuais, declino da competência deste Juízo para processar e julgar o fato, e determino a remessa dos autos a uma das Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher desta Comarca"*. (f. 50).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 67/70, opina pelo conhecimento e procedência do Conflito Negativo suscitado, para reconhecer a competência do Juizado Especial Central da Capital, para processar e julgar a Ação Penal nº 0011393-14.2016.8.12.0110.

É a síntese para o julgamento.

Conheço do Conflito, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Com razão o juízo suscitante, bem como suas considerações para rejeitar a competência:

> *Embora o presente feito tenha iniciado seus trâmites perante o juizado especial desta comarca, por ocasião da audiência preliminar lá realizada, o Magistrado condutor do feito, entendo que o fato envolvia violência doméstica, acolheu o requerimento das partes, determinando a remessa dos autos a esta vara especializada.*
>
> *Todavia, ainda que entre os envolvidos tenha existido relação íntima de afeto - vez que eram casados -, de todo evidente que refoge a este juízo a competência para processar o presente feito.*
>
> *Ao que se vê, na posição de vítima figura a pessoa de M. M. L., enquanto que a Lei Maria da Penha volta-se para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra mulher (art. 1º), não se admitindo que referida legislação seja aplicada a pessoa do sexo masculino, à exceção, obviamente, de determinadas situações como por exemplo casos envolvendo transgêneros ou travestis, hipótese estranha aos autos.*

A Lei Maria da Penha, como cediço, é uma legislação especial que se destina ao combate e à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, não podendo ser aplicada genericamente a qualquer situação familiar e doméstica, notadamente quando na condição de vítima figurar pessoa do sexo masculino.

(...).

Pois bem.

Adoto as razões do parecer às f. 67/70, como forma de evitação de despicienda tautologia - o que admitido, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, disso exemplos os julgamentos dos HC 102903/PR (STF) e 244963/SP (STJ) -, é que de dito parecer transcrevo, valendo-me da fundamentação *ad relationem*, integrando ao voto, com vênia do ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Hudson Shiguer Kinashi, que o lavrou, *in verbis*:

Dispõe o art. 5º da Lei Maria da Penha, que, in verbis:

"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:

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. (...)". **Realçamos**.*

***Com** efeito, ao atrair a incidência da Lei nº 11.343/06, é imprescindível que a situação de violência perpetrada guarde relação com a diferença de **gênero, de forma a resguardar a mulher**, em razão de sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência na relação, retratando-se assim a essência da Lei Maria da Penha.*

***Ademais**, para a incidência da Lei Maria da Penha é necessária a presença de três requisitos, quais sejam: 1) a violência tenha sido praticada contra mulher; 2) o fato tenha se dado no âmbito da unidade doméstica ou familiar, e 3) que as agressões sofridas tenham como motivação a opressão à mulher situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência.*

Destarte, no caso em tela, correta está o entendimento do Juízo suscitante quando atesta que a "(...) legislação especial se destina ao combate e à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, não podendo ser aplicada genericamente a qualquer situação familiar e doméstica (...)", haja vista que a vítima é pessoa do sexo masculino, que alegou, em princípio, ter sido ameaçado pela autora, bem como houve a perpetração do delito de perturbação da tranquilidade previsto no art. 65 da Lei de Contravenções Penais.

Neste ínterim, torna-se induvidosa a necessidade de afastar a aplicação da Lei nº 11.340/06, sob pena de elastecer o âmbito de aplicação do diploma normativo em demasia.

Em casos análogos, o e. Tribunal de Justiça do Estadual do Rio Grande do Sul posicionou-se no seguinte sentido:

> ***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.*** *AGRESSÕES PRATICADAS POR FILHO E EXCOMPANHEIRA* ***CONTRA HOMEM.*** *NÃO INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/06.*
>
> ***A incidência da Lei 11.340/06 depende de que a violência seja baseada em questões de gênero - indicativas da vulnerabilidade da mulher ofendida - o que não se confunde com a diferença de sexo masculino/feminino.*** *Hipótese concreta de ameaças e agressões perpetradas por filho e ex-companheira contra vítima do gênero masculino,* ***a afastar a incidência da Lei nº 11.343/06.*** *CONFLITO JULGADO PROCEDENTE." (Conflito de Jurisdição Nº 70075270678, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 01/11/2017) – Grifamos.*
>
> *Desta forma, em se tratando de vítima do sexo masculino, não há que se falar em incidência da Lei 11.340/06, razão pela qual devem os autos ser encaminhados a 2ª Vara do Juizado Especial Central desta Comarca, para que lá o feito tenha o devido prosseguimento.*
>
> *(...).*

O tema também já sofreu debate neste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – MEDIDAS PROTETIVAS – LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/06) – PRETENSÃO FORMULADA PELO EX-MARIDO CONTRA A MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – INAPLICABILIDADE DA LEI QUE VISA GARANTIR OS DIREITOS DA MULHER EM RAZÃO DA VULNERABILIDADE OU HIPOSSUFICIÊNCIA – DESPROVIMENTO. A incidência da Lei Maria da Penha desafia situação de violência praticada contra a mulher, no âmbito familiar, em contexto caracterizado pela vulnerabilidade e/ou fragibilidade da vítima, circunstância não demonstrada neste caso. Recurso a que, com o parecer, nega-se provimento.* (TJMS. Apelação n. 0810275-06.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 23/02/2017, p: 24/02/2017).
>
> *CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – LESÕES CORPORAIS LEVES – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA (JUÍZO SUSCITADO) APENAS PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DO CRIME PRATICADO CONTRA A VÍTIMA DO SEXO FEMININO – DESMEMBRAMENTO DO FEITO QUANTO AO CRIME CONEXO (VÍTIMA DO SEXO MASCULINO), QUE DEVERÁ SER JULGADO PERANTE O JUÍZO SUSCITANTE – CONFLITO PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1.Nos termos da inteligência legislativa do art. 5º da Lei 11.340/06, a competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher é definida quando a vítima for mulher, pautada, então, na opressão de gênero (sexo feminino) e, ainda, quando resultante de relação íntima de afeto ou do convívio intrafamiliar. 2.Às varas especializadas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher compete exclusivamente o julgamento dos crimes praticados contra a mulher no contexto doméstico e familiar. Não há, pois, que cogitar o elastecimento dessa competência aos eventuais crimes conexos, eis que, caso fosse essa a intenção, tal ressalva certamente viria consignada expressamente no texto normativo que delimita a competência deste juízo, o que, porém não ocorreu.* (TJMS. Conflito de Jurisdição n. 1600429-32.2016.8.12.0000, Juizado Especial Central de Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 02/05/2016, p: 03/05/2016).

Ante o exposto, com o parecer, conheço do presente Conflito Negativo de Competência, julgando-o procedente para declarar a competência do Juizado Especial Central da Capital, para processar e julgar a Ação Penal nº 0011393-14.2016.8.12.0110.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Julgaram procedente, 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, 29 de janeiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003909-55.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO TENTADO (§ 3º DO ARTIGO 157, C/C 14, II, DO CP) – INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA DO ROUBO TENTADO – AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – IRRELEVÂNCIA – PROVIMENTO.

Configura-se o crime do § 3º do artigo 157 do Código Penal (latrocínio) e não o de roubo quando o agente, armado com revólver, ao ser descoberto subtraindo bens, aponta a arma para a cabeça da vítima e dispara, atingindo-a no rosto, sendo irrelevante que o disparo tenha sido acidental, pois além desse fato ter sido contrariado pela prova, a culpa na conduta subsequente basta para configurar o latrocínio.

Se o resultado morte e/ou lesão corporal grave não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente, trata-se da modalidade tentada do delito, na forma do inciso II do artigo 14 do Código Penal.

Recurso a que, com o parecer, dá-se provimento.

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – LATROCÍNIO TENTADO (§ 3º DO ARTIGO 157, C/C 14, II, DO CP) – PENA-BASE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – LESÃO LEVE – VALOR SUBTRAÍDO DE PEQUENA MONTA – JUÍZO NEGATIVO AFASTADO – PROVIMENTO.

Afasta-se o juízo negativo das consequências do crime de latrocínio tentado quando a lesão praticada na vítima foi leve, o valor subtraído de pequena monta e não se demonstra presença de outros elementos indicativos de que o abalo sofrido ultrapassou os limites da normalidade.

Recurso a que, contra o parecer, dá-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento aos recursos.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se apelações criminais interpostas por Thiego José Ribeiro da Silva e pelo Ministério Público Estadual, ambos inconformados com a sentença de f. 439-454, que julgou parcialmente procedente a

denúncia, desclassificando a imputação inicial de latrocínio, e condenou o apelante Thiego à pena de 06 anos (seis), 02 meses (dois) e 20 (vinte) dias de reclusão em regime semiaberto, e ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, além de ter absolvido os codenunciados André Luiz Martins Porto, Lucas Henrique dos Reis, Josedilson Soares da Silva e Jhonatan Willian Abreu Sousa.

Pelas razões de f. 489-495, o Ministério Público pleiteia a condenação de Thiego José Ribeiro da Silva pela prática do delito de latrocínio tentado, por entender que o acervo probatório apresenta provas seguras da ocorrência desse delito.

As contrarrazões vêm a f. 508-511 e pugnam pelo improvimento.

A seu turno, através das razões lançadas a f. 503-507, o apelante Thiego José Ribeiro lança-se contra a dosimetria da sanção, pugnando pelo afastamento do juízo negativo das consequências do delito, alegando que as circunstâncias indicadas para embasar tal juízo são inerentes ao tipo penal. Requer expressa manifestação acerca dos artigos 5º, inciso XLVI e 93, inciso IX, da Constituição da República, 59 e 68, do Código Penal.

Em contrarrazões (f. 513-520), o Ministério Público Estadual pugna pelo desprovimento.

Pelo parecer exarado a f. 531-538 a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se apelações criminais interpostas por Thiego José Ribeiro da Silva e pelo Ministério Público Estadual, ambos inconformados com a sentença de f. 439-454, que julgou parcialmente procedente a denúncia, desclassificando a imputação inicial de latrocínio, e condenou o apelante Thiego à pena de 06 anos (seis), 02 meses (dois) e 20 (vinte) dias de reclusão em regime semiaberto, e ao pagamento de 42 (quarenta e dois) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, além de ter absolvido os codenunciados André Luiz Martins Porto, Lucas Henrique dos Reis, Josedilson Soares da Silva e Jhonatan Willian Abreu Sousa.

Pelas razões de f. 489-495, o Ministério Público pleiteia a condenação de Thiego José Ribeiro da Silva pela prática do delito de latrocínio tentado, por entender que o acervo probatório apresenta provas seguras da ocorrência desse delito.

As contrarrazões vêm a f. 508-511 e pugnam pelo improvimento.

A seu turno, através das razões lançadas a f. 503-507, o apelante Thiego José Ribeiro da Silva lança-se contra a dosimetria da sanção, pugnando pelo afastamento do juízo negativo das consequências do delito, alegando que as circunstâncias indicadas para embasar tal juízo são inerentes ao tipo penal. Requer expressa manifestação acerca dos artigos 5º, inciso XLVI e 93, inciso IX, da Constituição da República, 59 e 68, do Código Penal.

Em contrarrazões (f. 513-520), o Ministério Público Estadual pugna pelo desprovimento.

Pelo parecer exarado a f. 531-538 a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do recurso defensivo.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do recurso do Ministério Público.

Sustenta o recorrente que a prova dos autos demonstra a prática do crime de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, parte final, combinada com o inciso II do artigo 14, ambos do Código Penal), já que presente a intenção de matar durante um roubo em que o apelado Thiego efetuou um disparo de arma de fogo no rosto da vítima.

A sentença operou a desclassificação para o crime de roubo circunstanciado (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal) por entender ausente prova segura do *animus necandi* na conduta do apelado, o que fez da seguinte maneira:

> *"(...) Vê-se, assim, que a doutrina admite a figura do latrocínio tentando. No presente caso, é evidente o dolo dos réus Thiego e seu comparsa em praticar o crime de roubo em face da vítima Manoel. No entanto, não restou comprovada a intenção dos acusados em ceifar a vida do ofendido.*
>
> *O acusado disse que levantou a arma à altura da face para intimidar a vítima e que nesse momento a arma de fogo disparou sozinha. Assim, declarou o réu na fase policial (f. 55) e em juízo.*
>
> *Assim, após detida análise dos autos, tenho que deve ser procedida a desclassificação do delito de tentativa de latrocínio para aquele previsto no art. 157, § 2º, I e II do Código Penal.*
>
> *No caso, restou evidenciado que não houve lesão corporal grave ou morte. Pelo Laudo de Exame de Corpo de Delito da vítima, a lesão corporal sofrida pela vítima foi classificada como leve (f. 121/122), Ainda que a vítima tenha falado que ficou por trinta dias sem trabalho, colheu-se ainda, que logo após os fatos ele arrendou o seu bar e, ainda nas palavras da vitima, depois de 10 dias o ferimentos já estavam cicatrizados. Em suma, não ocorreu prova hábil a informar da ocorrência de lesões corporais graves ou gravíssimas. Todavia, a denúncia capitulou o delito praticado pelos acusados como sendo latrocínio tentado. Registra-se que as causas previstas no artigo 157, §3º do Código Penal não tipificam crime autônomo. Tanto o resultado morte como o de lesão corporal são circunstâncias especiais que, caso configuradas, qualificam o crime de roubo, elevando as penas.*
>
> *No caso, o acusado Thiego efetuou um único disparo contra a vítima, que, embora tenha atingido no rosto, não a lesionou gravemente, devendo o acusado Thiego responder por roubo majorado, uma vez que não se vislumbrou nenhuma das consequências descritas no tipo penal do §3º, quais sejam, lesão corporal grave ou morte.*
>
> *Certamente, fosse a intenção do acusado a de ceifar a vida da vítima, teria dado continuidade a esse desejo, já que o acusado Thiego estava com a arma em punho e a situação criminosa estava dominada por eles, nesse momento o revólver ainda dispunha de três munições, bastando que proferisse outros disparos (...)".*

Interrogado em ambas as fases, o apelado Thiego José Ribeiro da Silva afirmou que a arma disparou acidentalmente, sendo que em Juízo disse que juntamente com um menor, saiu com a intenção de praticar roubo, sendo que a escolha do local ocorreu no momento em que passaram na frente do estabelecimento. Não atirou na vítima, e sim a arma disparou sozinha no momento que levou a arma à altura da cabeça dela. Depois do roubo jogou a arma de fogo no mato. Referida arma era um revolver calibre 32, capacidade para seis projeteis, municiado com 04 balas.

Nos autos, fase judicial, foram inquiridas várias testemunhas, dentre as quais o delegado Ailton Pereira de Freitas, o qual afirmou, em resumo, que o roubo teria sido praticado por Lucas e pelo apelante Thiego, sendo que Lucas entrou para subtrair enquanto Thiego ficou na porta com a arma, e em dado momento a vítima flagrou a subtração e Thiego efetuou o disparo atingindo a vítima e os dois saíram correndo.

Assim também falou a vítima, Manoel de Souza Brito, dizendo que após o almoço percebeu que havia alguém por ali, e viu que um dos acusados retirou o dinheiro da gaveta, enquanto o outro apontou o revolver para o seu rosto e atirou, atingindo-lhe no rosto. O atirador correu e então ele saiu para pedir socorro. Afirma ainda que ficou um mês afastado do seu trabalho e depois alugou o bar, sendo que passados dez dias o ferimento estava fechado.

Não houve apreensão da arma, posto que o apelante afirmou dela ter-se livrado após a prática do delito.

Por várias razões, tenho que o recurso ministerial deve ser provido.

Primeiro porque, em crimes dessa natureza, à palavra da vítima deve-se atribuir especial credibilidade, desde que ratificada por outros elementos de prova.

Aqui, a vítima declarou, em Juízo, que quando avistou um dos assaltantes retirando o dinheiro, o outro apontou o revólver para seu rosto e atirou, acertando o alvo, e em seguida saiu correndo.

Ou seja, afirmou que a intenção do atirador era a de atingi-lo, desiderato que conseguiu.

Essa declaração é confirmada em Juízo pelo delegado Ailton Pereira de Freitas, ao dizer que Thiego ficou na porta com a arma, e em dado momento, quando a vítima flagrou a subtração, Thiego acionou o gatilho, atingindo a vítima, e na sequência os dois ladrões saíram correndo.

Sendo assim, não adiro à conclusão da sentença, no sentido de não haver provas do *animus necandi* pelo fato de Thiego não ter efetuado mais disparos, mesmo podendo, pois ficou demonstrado que ele não disparou outros tiros porque saiu correndo para a rua, enquanto a vítima gritava por socorro.

Ademais, não vejo como alegar ausência de dolo na conduta de quem, durante um roubo a mão armada, vendo-se descoberto, aponta a arma para a cabeça da vítima.

Tenho como provada, portanto, a intenção de matar.

Ainda que isso baste, a configuração do crime de latrocínio exige dolo na conduta antecedente, que é o roubo, e dolo ou culpa na subsequente, que é a morte ou a lesão grave.

Nesse sentido lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código Penal Comentado", 17ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 989:

> *"31. Crime qualificado pelo resultado morte: trata-se da hipótese do latrocínio, quando também se exige dolo na conduta antecedente (roubo) e dolo ou culpa na conduta subsequente (morte). É considerado crime hediondo. Cuidou o legislador de explicitar que é preciso haver, anteriormente, violência, razão pela qual entendemos não estar configurada a hipótese do latrocínio se, da grave ameaça, resultar lesão grave ou morte. Deve haver nexo de causalidade entre a prática do roubo e o resultado morte de qualquer pessoa envolvida nesse cenário, ou seja, não necessariamente a vítima do delito patrimonial*".

Portanto, o crime que se convencionou chamar de latrocínio (§ 3º do artigo 157 do Código Penal), é complexo, punindo o agente que atenta dolosamente contra o patrimônio alheio e, nesse desiderato, também contra a vida humana, seja de forma dolosa ou culposa.

É assente na jurisprudência que aquele que concorda em participar de um roubo com emprego de arma assume o risco de causar a morte de outrem, seja da vítima ou de terceiro que porventura intervenha. Como exemplo:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – RECEPTAÇÃO – LATROCÍNIO TENTADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO CIRCUNSTANCIADO COM LESÃO CORPORAL GRAVE – IMPOSSIBILIDADE – ANIMUS NECANDI DEMONSTRADO – DOSIMETRIA – REVISÃO DA FRAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO E RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. 1. (...). 2. Inviável o pleito de desclassificação se as provas dos autos são coerentes e harmônicas no sentido de que o réu, juntamente com outra envolvida, mediante dolo, liame subjetivo e prévia divisão de tarefas, praticou o crime de latrocínio tentado. 3. Demonstrada a aceitação da prática do crime de roubo com a utilização de arma, entende-se presumível a assunção do risco de produzir o resultado morte, o que garante a condenação pela prática do crime de latrocínio. 4. (...)".* (TJDF; APR 2016.03.1.012966-5; Ac. 105.6523; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. João Timóteo de Oliveira; Julg. 19/10/2017; DJDFTE 31/10/2017).

> *"APELAÇÃO CRIME – LATROCÍNIO TENTADO – DIREITO DO CONDENADO DE APELAR EM LIBERDADE. (...).Desclassificação para roubo majorado tentado. Descabimento. No caso em tela, o agente agiu dolosamente no momento em que apontou uma arma carregada para a cabeça de mariana, lhe deu uma coronhada e, quando ela colocou a mão, apertou o gatilho dentro do carro, assumindo o risco de lesionar fatalmente qualquer passageiro que ali estivesse. Felizmente, a pessoa que estava no banco do carona estava com a cabeça abaixada entre as pernas, não sendo alvejada, pois o tiro atingiu a porta. Destarte, tal prática configura a tentativa (branca ou incruenta) de latrocínio, porquanto presente a intenção de subtrair bens, aliada ao dolo (direto ou eventual) direcionado ao resultado morte das vítimas, delineando-se o delito previsto no artigo 157, §3º, in fine, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. (...)".* (TJRS; ACr 0203761-55.2017.8.21.7000; Porto Alegre; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak; Julg. 26/10/2017; DJERS 01/11/2017).

> *DESPROVIDO. (...). Para o cometimento do crime de latrocínio não é necessário que o agente tenha a intenção de ceifar a vida da vítima, já que uma vez realizada a subtração patrimonial, se da violência praticada na realização do roubo, resultar lesão corporal ou morte da vítima, consuma-se o crime de latrocínio. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido".* (TJMG; APCR 1.0460.11.004063-7/001; Rel. Des. Doorgal Andrada; Julg. 25/10/2017; DJEMG 01/11/2017).

Desta forma, embora sob minha ótica tenha sido provado que Thiego disparou voluntariamente, e com a clara intenção de matar, é irrelevante que o disparo tenha sido acidental, como ele afirma e a sentença acatou.

Restou demonstrado que ele e o comparsa combinaram a prática de um roubo (dolo no antecedente), empregando para tal fim um revólver, sendo que referida arma foi apontada na direção da cabeça da vítima (dolo no subsequente) e o gatilho acionado, vindo o projétil a atingir-lhe o rosto, não desconfigurando o crime, portanto, o fato alegado (e contrariado pela prova) de que o disparo foi acidental, posto que a culpa no subsequente basta para tal fim.

Não resta dúvida de que se configura o crime do § 3º do artigo 157 do Código Penal (latrocínio), e não o de roubo, quando o agente se arma para subtrair bens e, nesse desiderato, provoca a morte da vítima e/ou de terceiro, sendo irrelevante a intenção de matar, posto que basta a assunção do risco de que tal resultado venha a ocorrer.

Como neste caso não se confirmou o resultado morte nem o de lesão corporal grave por circunstâncias alheias à vontade do agente, configurada a tentativa, prevista pelo inciso II do artigo 14 do Código Penal.

Em situação semelhante já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Paraná:

> *"PROCESSO PENAL – ROUBO COM RESULTADO MORTE (LATROCÍNIO), EM SUA FORMA TENTADA – ART. 157, § 3º, IN FINE, C/C ART. 14, INC. II, DO CÓDIGO PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA. Recurso ministerial e da defesa. Questão preliminar. pleito para arbitramento de honorários advocatícios. falta de interesse recursal. Verba já fixada na decisão combatida. valor referente a todos os atos processuais até o trânsito em julgado da decisão, inclusive englobando a formal interposição de recurso e apresentação das respectivas razões. pedido não conhecido.* ***Recurso da defesa. pleito pela desclassificação da figura delitiva do crime patrimonial. pretensão motivada na insuficiência de provas quanto ao animus necandi. aventada falta de intenção no resultado morte em face de alegado disparo acidental da arma de fogo. tese não acolhida. prova oral inconteste no que somente não morreram pelo erro de pontaria contra um dos ofendidos e pelo imediato socorro da vítima atingida no abdômen. escorreita subsunção do fato à norma do art. 157, §3º, in fine, do código penal. condenação mantida****. (...)*". (TJPR; ApCr 1377501-8; Curitiba; Quarta Câmara Criminal; Relª Desª Sonia Regina de Castro; Julg. 10/03/2016; DJPR 21/03/2016; Pág. 400). Destaquei.

Diante de tais fundamentos, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público para, reformando a sentença, condenar o apelado Thiego José Ribeiro da Silva como incurso nas penas do artigo 157, § 3º, parte final, na forma do inciso II do artigo 14, ambos do Código Penal.

O redimensionamento das penas será efetuado abaixo.

Do recurso defensivo.

Através das razões lançadas a f. 503-507 Thiego José Ribeiro da Silva pugna pelo afastamento do juízo negativo das consequências do delito, alegando que as circunstâncias indicadas para embasar tal juízo são inerentes ao tipo penal.

A sentença considerou desfavoráveis as moduladoras relativas às circunstâncias e às consequências do crime de roubo, referindo que "*As circunstâncias são ruins, porque praticada a subtração mediante o concurso de duas ou mais pessoas. As consequências foram graves, dado o prejuízo material, o prejuízo orgânico com as lesões corporais sofridas, e o prejuízo emocional com abalo psicológico, sendo este demonstrado pelo fato da vítima ter arrendado o bar para terceiros após o roubo*".

De fato, as provas dos autos não deixaram dúvidas de que o crime foi praticado pelo apelante e por outra pessoa, a qual não foi identificada.

O concurso de agentes é circunstância agravante, e quando não compõe o tipo penal, deve ser levado em consideração na primeira fase da dosimetria, no campo das circunstâncias.

Assim, como se trata do crime latrocínio tentado, o fato de ter sido praticado por duas pessoas justifica o juízo negativo das circunstâncias do crime.

No que toca às consequências, entretanto, tenho que o pleito comporta provimento, posto que não ficou provado nos autos que a vítima sofreu algum abalo psicológico superior àquele decorrente de todo e qualquer crime, em especial quando praticado mediante violência física, como ocorre com o latrocínio.

Ainda que a vítima tenha alugado o bar após a prática do crime, não se extrai com segurança da prova que tenha sido em decorrência do delito.

Também não há prova segura de que as lesões tenham sido graves, e o prejuízo patrimonial foi mínimo (quarenta reais).

Dessa forma, tenho que a circunstância deve ser considerada neutra.

Dessa análise, aliada à efetivada pela sentença, na primeira fase da dosimetria resta desfavorável ao apelante apenas o vetorial circunstâncias do crime, de forma que a pena-base é fixada em 21 (vinte e um) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, presentes as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a pena intermediária resta reduzida para o mínimo legal, 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, considerando o disposto pelo inciso II do artigo 14 do Código Penal, reduz-se a pena intermediária no equivalente a 2/3 (dois terços), considerando que a lesão corporal foi leve e que o agente efetuou apenas um disparo, inobstante dispusesse de possibilidade de efetuar outros. De tal forma, a pena resta definitivamente fixada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 03 (três) dias-multa.

Mantém-se o regime semiaberto e as demais determinações da sentença.

Cabe esclarecer que os artigos 5º, inciso XLVI e 93, inciso IX, da Constituição da República, 59 e 68, do Código Penal, objeto de prequestionamento pelo apelante Thiego, foram devidamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou provimento aos recursos para condenar Thiego José Ribeiro da Silva como incurso nas penas do artigo 157, § 3º, parte final, na forma do inciso II do artigo 14, ambos do Código Penal, afastar o juízo negativo das consequências do crime e fixar a pena em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 03 (três) dias-multa.

Prevalecendo este, e encontrando-se o apelante preso, 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 provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 08 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0005094-79.2015.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 211 DO CP) – TIPICIDADE – CORPO OCULTO TEMPORARIAMENTE EM LOCAL ERMO, EM MEIO AO MATAGAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, DO CP) – PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTS. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ELEMENTOS CONCRETOS – CULPABILIDADE – PREMEDITAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – VEÍCULO ROUBADO DESTINADO AO EXTERIOR – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO NÃO PREVISTA COMO AGRAVANTE GENÉRICA – EMPREGO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA – POSSIBILIDADE – VETOR DESFAVORÁVEL – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – *PLUS* NÃO DEMONSTRADO – EXPURGO – PARCIAL PROVIMENTO.

Escorreita a condenação por ocultação de cadáver (artigo 211 do Código Penal) quando provado que o apelante ocultou o corpo da vítima por razoável período de tempo em local ermo, em meio ao matagal.

Atende ao princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, a sentença que exaspera a pena basilar por conta da circunstância da culpabilidade, sob o fundamento de o delito ter sido praticado mediante intensa premeditação que, contrapor-se ao dolo de ímpeto, denota maior gravidade da conduta, justificando o recrudescimento da pena basilar.

Correto o juízo negativo das circunstâncias do crime quando fundamentado na circunstância de o veículo subtraído destina-se ao exterior, pois a mesma é prevista como causa especial de aumento no § 5º do artigo 155, bem no inciso IV do artigo 157, ambos do Código Penal e não configura agravante genérica, devendo ser empregada na primeira fase da dosimetria da pena.

Ausente prova segura acerca do *plus* necessário para justificar o juízo negativo, expurga-se o aumento relativo às consequências do crime.

Recurso a que, em parte 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, 8 de fevereiro de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Ronevon Balta Custódio, parte qualificada nos autos, inconformada com a sentença de f. 369/385 que a condenou à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, como incurso nos artigos 157, § 3º, e 211, ambos do Código Penal, em concurso material.

Pelas razões lançadas a f. 407/427 busca a reforma da sentença, pleiteando, em síntese: a) absolvição por insuficiência de provas quanto ao delito de ocultação de cadáver; b) redução da pena ao mínimo legal com relação ao crime de latrocínio.

As contrarrazões vêm a f. 441/452, e por elas o Ministério Público pugna pelo desprovimento, mesmo sentido do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, constante de f. 471/478, o qual ainda prequestiona os artigos 59, 211 e 157, §3º, do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Ronevon Balta Custódio contra a sentença de f. 369/385 que o condenou à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, como incurso nos artigos 157, § 3º, e 211, ambos do Código Penal, em concurso material.

Pelas razões lançadas a f. 407/427 pleiteia, em síntese: a) absolvição por insuficiência de provas quanto ao delito de ocultação de cadáver; b) redução da pena ao mínimo legal com relação ao crime de latrocínio.

As contrarrazões vêm a f. 441/452, e por elas o Ministério Público pugna pelo desprovimento, mesmo sentido do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, constante de f. 471/478, o qual ainda prequestiona os artigos 59, 211 e 157, §3º, do Código Penal.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do pleito por absolvição por insuficiência de provas quanto ao delito de ocultação de cadáver.

Segundo foi apurado, no dia 29 de setembro de 2015, por volta das 12h00min, na Estrada do Guaxupé, km 47, no município de Aquidauana/MS, o apelante subtraiu para si um caminhão Mercedes Benz, L 1620, cor Branca, ano 2004, placa BWN-0422/MS, mediante violência e grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, efetuando um disparo na cabeça da vítima Ronaldo Alegre Ribeiro, que resultou em sua morte, sendo que, logo após, ocultou o cadáver, a fim de manter em sigilo a ocorrência do delito anterior.

Segundo o artigo 211 do código Penal, comete o crime de ocultação de cadáver, com pena de um a três anos de reclusão e multa, quem destrói, subtrai ou oculta cadáver, total ou parcialmente.

Conforme consta da sentença (f. 371), após executar a vítima, o apelante "*retirou o corpo da vítima, ocultando-o em meio a um matagal naquela estrada erma, indubitavelmente, para que o delito não fosse desvendado*", e rumou para a cidade paraguaia de Pedro Juan Caballero, onde o caminhão seria vendido por vinte e cinco mil reais.

Pelo que se extrai do interrogatório extrajudicial do apelante (f. 100/103), integralmente ratificado por ele em Juízo, após a vítima ser atingida:

> *"(...) o caminhão afogou o motor e parou, e então, o interrogando desceu, deu a volta e ia puxar o corpo para fora, mas como um veículo vinha em sentido contrário, fingiu que estava mexendo na roda do caminhão e após o carro passar, abriu a porta do motorista e o puxou para fora, e pela gola da camiseta e pelo cós da calça o puxou até o local onde foi encontrado, o tendo jogado de bruços; que, não parou para verificar se a vítima estava viva ou morta, mas viu que o tiro havia atingido o rosto; que, em seguida, pegou os chinelos da vítima e os jogou no mato, e na sequencia, funcionou o caminhão, trafegou no mesmo por mais uns dois quilômetros, e achando um lugar para fazer o retorno, virou o caminhão e tomou o sentido da rodovia, e em seguida seguiu diretamente para a cidade de Pedro Juan Caballero, via Vista Alegre".*

Ainda que tenha alterado parcialmente essa versão em Juízo, dizendo que não arrastou a vítima, e sim que apenas abriu a porta do caminhão, deixando o corpo onde o mesmo caiu, a totalidade da prova aponta em sentido contrário, pois o cadáver foi localizado em meio à vegetação alta, há cerca de cinco metros da estrada.

O investigador de polícia Joel Severino da Silva, que participou das diligências desde o seu nascedouro, em Juízo, afirmou que o apelante, ao confessar a prática do delito, informou que o corpo da vítima estava no local conhecido como quilômetro quarenta e sete, estrada do Guaxupé, sendo que ao deixar a rodovia federal, dever-se-ia seguir por mais cinco quilômetros de estrada de terra, sendo que o cadáver estaria ao lado esquerdo, próximo à cerca de uma propriedade rural.

Segundo as declarações do policial, os familiares da vítima já haviam passado outras vezes naquela estrada em busca do corpo, mas não obtiveram êxito em encontrá-lo. Afirmou categoricamente que o corpo estava escondido porque no local há fluxo intenso de automóveis, e ninguém identificou nada. Salientou que só foi possível encontrar o corpo porque colegas avistaram urubus, aduziu que o defunto estava acerca de cinco metros da estrada em meio à vegetação alta.

A companheira da vítima, Denise Gil Marques, confirmou em Juízo que após o desaparecimento, pediu ajuda a um cunhado e ambos diligenciaram por cerca de vinte quilômetros na Estrada Guaxupé, sem conseguir localizar o corpo.

A mídia acostada a f. 292 (vídeo) deixa isso bem claro, o mesmo ocorrendo com a fotografia de f. 27, pois além de o local ser ermo, o corpo estava longe da estrada e oculto entre a densa vegetação.

Como se vê pelas provas dos autos, a conduta do apelante encaixa-se no verbo "ocultar", que é um dos núcleos do tipo do artigo 211 do Código Penal.

Ao escrever sobre a adequação típica objetiva de condutas a tal delito, Cezar Roberto Bitencourt. Código Penal Comentado. 9ª ed. Editora Saraiva, 2015, p. 974 leciona que "*ocultar é fazer desaparecer o cadáver de alguém, sem destui-lo, esconder temporariamente*".

E foi o que sucedeu neste caso, pois além de o crime ter sido praticado em local afastado, uma estrada vicinal quase cinquenta quilômetros distante da cidade, o apelante arrastou o corpo da vítima já sem vida para longe da estrada, depositando-o em meio ao matagal, onde somente foi encontrado muito tempo depois, e isto após revoada de urubus, posto que os familiares, inobstante diligências realizadas na referida estrada, não conseguiram encontrar.

Inconteste que tal conduta foi deliberada, com o intuito de ocultar o corpo e, assim, dificultar a localização e possibilitar que tivesse tempo suficiente para levar o veículo até o Paraguai, como efetivamente ocorreu.

Portanto, o corpo da vítima foi escondido, deliberadamente, e permaneceu oculto por muito tempo, o suficiente para somente ser localizado pelos urubus, não se tendo dúvida acerca da adequação típica da conduta ao verbo "ocultar", nuclear do artigo 211 do Código Penal.

Assim já de decidiu (destaquei e reduzi ao ponto necessário).

> *"APELAÇÕES CRIMINAIS – TRIBUNAL DO JÚRI – CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CP, ART. 121, § 2º, I E III), DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER (CP, ART. 211) E DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA (CP, ART. 339) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSOS DEFENSIVOS – (...) SUFOCAMENTO E POSTERIOR ABANDONO DO CORPO EM LOCAL ERMO – (...) TESE DE ATIPICIDADE DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER, POR TER SIDO ABANDONADO EM CONDIÇÕES DE SER VISTO – NÃO OCORRÊNCIA – CORPO DEIXADO NA ÁREA RURAL, EM LOCAL DE PARCA MOVIMENTAÇÃO – CADÁVER ENCONTRADO APENAS TRÊS DIAS DEPOIS DO ÓBITO, JÁ EM ESTADO DE PUTREFAÇÃO – CONSUMAÇÃO – "A CIRCUNSTÂNCIA DE LEVAR O CADÁVER PARA UM LOCAL ERMO, COBRI-LO COM MATO E GALHOS, CARACTERIZA OCULTAR O CADÁVER, PREVISTO NO ARTIGO 211 DO CÓDIGO PENAL" (TJSC, Des. Solon D'eça Neves). (...) 1. O cometimento de homicídio em concurso de agentes, quando isso não é valorado como qualificadora do delito, é fundamento idôneo a elevar a pena-base no vetor circunstâncias. 2. O tribunal de justiça não pode examinar a tese de participação de menor importância quando a matéria não foi objeto de exame pelos jurados, na forma do art. 483, IV, do CPP, sob pena de adentrar à competência constitucionalmente atribuída ao tribunal do júri. Dosimetria – Crime de denunciação caluniosa – Efetiva segregação temporária da vítima por 10 dias – Consequência que deveria ter sido negativada – Todavia, inexistência de recurso ministerial. A efetiva prisão cautelar da vítima do crime de denunciação caluniosa é fundamento hábil a elevar a pena-base a título de consequências. Entretanto, não existindo recurso ministerial nesse sentido, a defesa não pode ser prejudicada. Recurso de um dos réus conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido – Apelos dos outros dois conhecidos e desprovidos".* (TJSC; ACR 2015.047939-7; Forquilhinha; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Getúlio Corrêa; Julg. 06/10/2015; DJSC 15/10/2015; Pág. 479).

> *"APELAÇÃO – ARTIGOS 121, § 2º, INCISOS IV E V, 211, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL – CONDENAÇÃO 20 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO E 20 DIAS-MULTA, À RAZÃO MÍNIMA LEGAL. Recurso defensivo postulando, preliminarmente, a declaração de nulidade da sessão de julgamento por ausência de quesitação da agravante prevista no artigo 62, inciso I, do Código Penal, e a absolvição do crime previsto no artigo 211 do mesmo diploma legal, por atipicidade da conduta. (...). A ré conduziu o veículo de sua propriedade até um local ermo e com pouquíssima movimentação de pessoas, oportunidade em que ceifou a vida da vítima, depositando seu corpo em um matagal existente no local, de sorte que o mesmo foi encontrado em avançado estado de decomposição. Inexistente a alegada atipicidade da conduta. Preliminares rejeitadas. (...)".* (TJRJ; APL 0001331-53.2015.8.19.0077; Seropédica; Oitava Câmara Criminal; Relª Desª Suely Lopes Magalhães; DORJ 11/12/2017; Pág. 228).

Ademais, o momento consumativo de tal delito é o instante em que o corpo é colocado no local desejado pelo agente, de maneira que o fato de este, após a prisão, ter indicado onde estava o corpo, em nada o beneficia.

A denúncia, formulada pelo titular da Ação Penal, descreve em minúcias as elementares de tal delito e pede a condenação do apelante em suas penas, de forma que não se há falar em impossibilidade de acolhimento da pretensão pelo fato de o apelante não ter sido indiciado por tal delito.

Diante desses elementos, impossível acolher o pleito absolutório.

Do pleito pela redução da pena ao mínimo legal com relação ao crime de latrocínio.

Sustenta o apelante que se lhe deve reconhecer a atenuante da confissão espontânea, perfeitamente caracterizada nos autos e, ademais, a fixação da pena no mínimo legal.

Como o processo dosimétrico é questão de ordem pública, analisa-se-o integralmente, pois o princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma 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.

Vê-se que na primeira fase da dosimetria a sentença considerou desfavoráveis ao apelante as moduladoras culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, e com isso acresceu à pena-base 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 90 (noventa) dias-multa, já que a mesma resultou fixada em 23 (vinte e três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

No que toca à culpabilidade, circunstância judicial que diz respeito à censurabilidade da conduta e ao grau de reprovabilidade social da ação, a sentença entendeu reprovável:

> *"(...) pelo fato de ter agido com premeditação. Isso porque alterou seu depoimento na Polícia Civil em razão da viagem, contratou o serviço da vítima com o objetivo de roubar seu caminhão e levá-lo até o Paraguai. Não obstante, o réu, anteriormente, havia contratado Everaldo para fazer o frete e roubar-lhe o veículo, todavia a pretensa vítima não compareceu no local e hora marcada, o que levou o denunciado a procurar Ronaldo Alegre Ribeiro".*

De fato, as provas dos autos demonstram claramente que houve premeditação, e a sentença foi taxativa ao indicar a forma pela qual ela se configurou.

Ficou provado que o apelante deveria prestar depoimento perante a autoridade policial em um procedimento de Termo Circunstanciado de Ocorrência, no qual estava envolvido, no dia 29 de setembro de 2015, data do crime, mas como já havia planejado sua execução, procurou a escrivã de polícia civil Zenide Vasconcelos e solicitou a antecipação de sua oitiva para o dia 28/09/15, sob o pretexto de que no dia 29/09/15 estava com uma viagem marcada.

Além disso, ele já tinha escolhido outra vítima, a qual, entretanto, atrasou-se, levando o apelante a refazer seu planejamento e, assim, contatar a infortunada vítima Ronaldo, que foi ludibriada com a mesma estória da realização de um frete.

O trabalho mendaz dirigido ao minucioso planejamento da conduta criminosa, visando melhores condições para a execução, contrapondo-se ao dolo de ímpeto (aquele que assola o indivíduo no calor de uma discussão, no instante em que alguma situação qualquer o desagrada, aproveitando-se das circunstâncias do momento), configura a premeditação, fato que atribui maior censurabilidade à conduta, justificando o recrudescimento da pena basilar no campo da culpabilidade.

Nesse sentido entende o STJ e este Tribunal (sem grifos na fonte):

"PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CONTRADIÇÃO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E MOTIVOS – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – PREMEDITAÇÃO – POSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 83 – CONSEQUÊNCIAS QUE EXTRAPOLAM A NORMAL DO TIPO – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – SÚMULA Nº 7 – EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal. CPP, e erro material, conforme art. 1.022, III, do Código de Processo Civil. CPC. 2. Demonstrada a hipótese de contradição, diante da procedência do argumento ora analisado, são cabíveis efeitos infringentes. 3. Quanto à culpabilidade, à personalidade e aos motivos do crime, constata-se que não houve fundamentação a justificar o desvalor recaído sobre tais circunstâncias judiciais, razão pela qual deve ser decotado. 4. No que se refere à conduta social, o fato de o agente ter ficado foragido por 3 (três) anos, por si só, não constitui elemento idôneo a fundamentar a desvaloração, mormente quando se tem presente que esse vetor judicial é apurado em face do comportamento do réu no meio social. 5. A premeditação constitui elemento idôneo a justificar o desvalor das circunstâncias do delito, pois denota maior gravidade da infração penal. 6. Não há bis in idem quando as consequências do crime são desvaloradas em razão do prejuízo que extrapola os limites inerentes ao tipo penal. 7. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do agravo, e, no mérito, reduzir a exasperação da pena-base, com reflexos na pena definitiva". (STJ; EDcl-AgRg-AREsp 633.304; Proc. 2014/0343375-3; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Joel Ilan Paciornik; DJE 03/05/2017).

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – DOSIMETRIA – PENA-BASE – FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO – CULPABILIDADE – PREMEDITAÇÃO E PLANEJAMENTO – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – AO CONTRÁRIO DO DOLO DE ÍMPETO, A PREMEDITAÇÃO DA ATIVIDADE CRIMINOSA, EVIDENCIADA PELA PREPARAÇÃO DO AGENTE PARA O TRANSPORTE DE TÓXICOS, DENOTA UM GRAU DE REPROVABILIDADE MAIS ACENTUADO DA CONDUTA DELITIVA, DIANTE DO PLANEJAMENTO ANTECIPADO DA AÇÃO CRIMINOSA, JUSTIFICANDO, PORTANTO, A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – PATAMAR DE REDUÇÃO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – JUÍZO DE RAZOABILIDADE E DE PROPORCIONALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. 1. O Código Penal não estabeleceu limites para a escolha do patamar de diminuição da reprimenda, na segunda etapa dosimétrica, cabendo ao magistrado, dentro dos limites da proporcionalidade e da razoabilidade, eleger o quantum de redução mais adequado ao caso concreto. 2. A redução da pena em 6 (seis) meses, a título de confissão espontânea, não se mostra desproporcional, considerando-se que a reprimenda básica estabelecida. Regime inicial fechado. Modo mais gravoso justificado com base na culpabilidade e na quantidade do entorpecente apreendido. 1. A teor da jurisprudência reiterada deste sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso. 2. No caso, embora o agente seja primário e a pena imposta não supere 8 (oito) anos de reclusão, o que, a princípio, permitiria a fixação do regime inicial semiaberto, verifica-se que a valoração negativa da culpabilidade, bem como a expressiva quantidade de drogas apreendidas justificam a imposição do regime inicial mais gravoso. 3. Agravo regimental desprovido". (STJ; AgRg-AREsp 959.045; Proc. 2016/0198918-7; MS; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 10/05/2017).

"APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO SIMPLES – ART. 121, CAPUT, DO CP – PENA-BASE – MODULADORAS DA CULPABILIDADE E ANTECEDENTES BEM EXAMINADAS – QUANTUM PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO – REDUÇÃO

> *MAIOR – PATAMAR DE 1/6 – POSSIBILIDADE – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – REGIME FECHADO MANTIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I. A premeditação do crime, que denota maior reprovabilidade da conduta, justifica juízo negativo da culpabilidade II. A condenação definitiva por fato anterior ao imputado na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, embora não se preste à configuração da reincidência, permite o aumento da pena-base no vetor antecedentes, sem qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência e à Súmula nº 444 do STJ, justificando a majoração da pena-base. III. Ainda que a Lei não estabeleça o percentual de diminuição da pena no tocante às atenuantes genéricas e/ou agravantes, tem-se como mais adequado o patamar de 1/6 por tratar-se do menor índice estipulado pela Lei penal tanto para as atenuantes quanto para as agravantes. lV. Para eleger o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve-se harmonizar o disposto pelo artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal com o artigo 59, do mesmo Código. Correta a indicação do regime mais gravoso quando negativamente valorada alguma das circunstâncias judiciais. V. Recurso parcialmente provido. Em parte com o parecer".* (TJMS; APL 0004972-56.2007.8.12.0002; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 02/05/2017; Pág. 94).

Intensa, portanto, a culpabilidade, e os fundamentos expostos pela sentença são concretos e aptos a justificar o recrudescimento da sanção em sua primeira fase.

As circunstâncias do crime foram consideradas desfavoráveis porque o apelante, "*após subtrair o veículo da vítima, ocasionando-lhe a morte, levou seu caminhão até o Paraguai e efetivamente o vendeu para desconhecidos. Frisa-se que houve a interferência da policial paraguaia para o deslinde do feito*".

Esse vetorial relaciona-se aos elementos periféricos ao fato (forma de agir, estado anímico, objeto empregado, condições de tempo e local, duração da conduta, dentre outros), que indiquem maior censurabilidade da ação, ainda não valorados e que não integrem o tipo penal.

Como se vê, também aqui a sentença andou bem, posto que os fundamentos expostos encaixam-se dentre os que possibilitam o recrudescimento da pena-base.

A prova demonstrou que o apelante, após ceifar a vida da vítima e ocultar o cadáver, percorreu longo trajeto com o veículo subtraído, levando-o ao Paraguai, onde já mantinha contatos, a fim de efetuar a venda, fato que efetivamente ocorreu.

É de ser notado que o § 5º do artigo 155, bem como o inciso IV do artigo 157, ambos do Código Penal, consideram a circunstância de o veículo automotor furtado ou roubado destinar-se a outro Estado ou ao exterior como causa especial de aumento da pena de tais crimes.

Também é de se ver que tal circunstância não é prevista como agravante genérica pelos artigos 61 e 62 do Código Penal.

Assim sendo, como é circunstância que não pode ser ignorada pelo julgador, deve ser considerada na primeira fase da dosimetria, na fixação da pena-base. Nesse sentido, sem os grifos na origem:

> *"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – DOSIMETRIA – DESLOCAMENTO DE CAUSA DE AUMENTO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Nos termos da jurisprudência desta corte superior, "não há falar em inobservância ao sistema trifásico, ante a utilização das majorantes (causas de aumento de pena). Que não foram utilizadas para aumentar a pena, na terceira fase da aplicação da pena., como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira*

fase, portanto. " (hc 101.744/df, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, dje de 29.5.2015). Agravo regimental desprovido". (STJ; AgRg-AREsp 771.527; Proc. 2015/0220035-9; ES; Sexta Turma; Rel. Des. Conv. Ericson Maranho; DJE 04/02/2016).

"APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – RECURSOS DEFENSIVOS – PONTO COMUM – ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA – ALEGAÇÃO DE ANEMIA PROBATÓRIA INCLUSIVE QUANTO AO VINCULO ASSOCIATIVO E PERMANENTE – VEEMÊNCIA DA PRÁTICA DO ROUBO – SOCIETAS DELINQUENTIUM CARACTERIZADA – PROVAS DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO ASSOCIATIVO PERMANENTE ENTRE MAIS DE TRÊS PESSOAS PARA O FIM DE COMETER CRIMES – IMPOSSIBILIDADE DE DECISÃO FAVORÁVEL AOS RECORRENTES – DESIDERATO CRIMINOSO – PRETENSÃO INVIABILIZADA. Incensurável a decisão condenatória quando os dados probatórios coligidos durante a persecutio criminis elegem a prática de delito patrimonial qualificado. O associação criminosa, consuma-se com a efetiva associação de três ou mais agentes para a prática de crimes não exigindo o tipo penal que todos os delitos tenham que ser sempre praticados por todos os integrantes, nem mesmo que tenha que ser praticado algum crime, mas somente que a vontade de se associarem se revista de certa estabilidade e permanência. Assim, sem lugar as pretensões absolutórias. Pretensão recursal de um dos apelantes. Desclassificação para favorecimento real. Prova. Impossibilidade. Coautoria evidenciada. Desfecho condenatório mantido. Readequação da pena. Circunstâncias judiciais desfavoráveis que permitem que a pena-base seja fixada acima do mínimo legal. Recurso desprovido. O apelante foi encarregado de levar o veículo até o país vizinho, demonstrando sua efetiva participação no crime anterior. Restando comprovado que o auxílio prestado pelo apelante se deu durante o crime e não após o delito, inviável a desclassificação. A pena imposta encontra-se dentro dos requisitos de proporcionalidade, reprovabilidade e prevenção dos fatos delituosos, haja vista as circunstâncias judiciais de culpabilidade, circunstâncias do crime e consequências extrapenais. Ademais, o magistrado utilizou na primeira fase da dosimetria da pena, as circunstâncias de ter sido a infração penal cometida, mediante concurso de mais de duas pessoas, transporte do veículo para o exterior e restrição da liberdade da vítima. Pretensão recursal de um dos apelantes. Reconhecimento e aplicação da atenuante de confissão espontânea. Inviabilidade. Apelante que sequer admitiu a participação no crime. Pretendida isenção das custas processuais. Inadmissiblidade. Recurso desprovido. O apelante sequer confessou a prática delituosa, não merecendo reparo a dosimetria da pena aplicada neste ponto. A isenção das custas processuais, no processo penal, deve ser aferida pelo juízo da execução, restando prejudicada sua análise por esta corte. Apelantes: Pedro Francisco Brandão Jaderson Willian da Silva Arruda Diego Lutz Peres Apelado: Ministério Público". (TJMT; APL 132093/2014; Lucas do Rio Verde; Rel. Des. Rui Ramos Ribeiro; Julg. 19/05/2015; DJMT 28/05/2015; Pág. 69).

E como não existe dupla valoração da mesma circunstância, confirma-se o juízo negativo do referido vetorial.

Por fim, ainda na primeira fase, a sentença considerou desfavoráveis as consequências do crime, sustentando que:

"(...) O crime gerou repercussão neste município e mobilização da polícia paraguaia, dada a complexidade da causa. Além do mais, o caminhão foi encontrado em uma oficina no país vizinho em processo de descaracterização".

No que toca ao vetor consequências do crime, sabe-se que são os efeitos que o delito provocou na vítima, de natureza material ou moral, que não integram o tipo penal. Para que seja prejudicial ao agente exige-se demonstração de um *plus* que derive do ato ilícito praticado, estranho aos do próprio tipo.

Neste tópico tenho que razão assiste ao recorrente, pois os fundamentos expostos pela sentença não justificam o juízo negativo da referida moduladora.

O crime de latrocínio, por ser o mais grave dentre os previstos pelo nosso sistema jurídico, tem como consequência natural a repercussão social, em especial quando praticado em cidades interioranas, caso de Aquidauana-MS. Sendo assim, essa circunstância, juntamente com a morte da vítima, já foi considerada pelo legislador ao estabelecer a elástica sanção abstrata.

Também da normalidade não desborda o fato de a investigação ter sido complexa, envolvendo a polícia paraguaia, em especial quando o fato de o veículo ter-se destinado ao exterior foi sopesado em outra moduladora.

Da mesma forma, o fato de o veículo ter sido encontrado em uma oficina no país vizinho em processo de descaracterização, não configura, sem prova mais consistente, aquele *plus* exigido para fundamentar o juízo negativo da circunstância.

E isto é assim porque, da mesma forma que a morte da vítima, o prejuízo material é componente do tipo do latrocínio, e para que justifique o recrudescimento da pena, deve ser substancial, superior àquele normalmente admitido. Assim (sem grifo na fonte e com redução ao ponto discutido):

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – ABSOLVIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ATIPICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – OBJETO SUBTRAÍDO CUJO VALOR NÃO PODE SER CONSIDERADO IRRISÓRIO – RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO – REDIMENSIONAMENTO – EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, EM RAZÃO DA PENA TER SIDO CONCRETIZADA EM 1 ANO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. (...). Nos crimes contra o patrimônio, o prejuízo é consequência inerente e o agravamento a esse título só se justifica nas hipóteses em que se revela excepcional, de forma a afetar significativamente o patrimônio da vítima, o que não se verificou no caso dos autos. Concretizada a reprimenda em 1 (um) ano de reclusão, a substituição da pena corporal por restritiva de direito, conforme primeira parte do §2º do art. 44 do CPB, pode ser determinada por apenas uma de multa ou por uma pena restritiva de direitos. Recurso provido em parte". (TJMG; APCR 1.0693.13.000259-7/001; Rel. Des. Nelson Missias de Morais; Julg. 15/12/2016; DJEMG 25/01/2017).*

Neste caso, como visto, o caminhão foi recuperado, com certeza deteriorado, fato que denota prejuízo, mas a prova dos autos não demonstra a extensão de tal deterioração, não se podendo concluir, portanto, se tal depreciação supera o limite do tolerável à espécie, hipótese em que a dúvida favorece ao apelante.

Diante de tais fatos, exclui-se a carga negativa das consequências do crime, operando-se a proporcional redução da pena basilar no equivalente a 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, além de redimensionar-se a pena pecuniária, como abaixo se esclarece.

A pena de multa, nos termos do artigo 49 do Código Penal, deve ser fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. A eleição do *quantum* deve atrelar-se à análise das circunstâncias judiciais, tal qual ocorre com a pena corporal.

Assim, a fixação de 100 (cem) dias-multa em razão de três circunstâncias judiciais negativas, como fez a sentença, não corresponde ao critério correto, devendo ser redimensionada.

Assim, levando em conta que após a presente análise restaram duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, a multa deve ser fixada em 20 (vinte) dias-multa, à razão diária mínima em consideração à precária situação econômica do apelante.

No que toca ao *quantum* eleito pela sentença para o recrudescimento da pena-base, como se sabe, não existe equação matemática para tanto, devendo esse processo atender à discricionariedade do magistrado, desde que atente ao princípio da proporcionalidade.

Sem dúvida que, neste caso, no que toca à pena corporal, bem andou a sentença ao estabelecer o acréscimo de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão para cada moduladora desfavorável.

Desta forma, provendo parcialmente o recurso defensivo para afastar o juízo negativo das consequências do crime, redimensiona-se a reprimenda basilar para 22 (vinte e dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria a sentença entendeu presente a agravante prevista pela alínea 'c' do inciso II do artigo 61 do Código Penal, "*posto que o crime foi praticado com dissimulação, uma vez que contratou o serviço da vítima com o objetivo de roubar seu veículo e vendê-lo no país vizinho*".

Ainda que se denote certa semelhança com os termos empregados para fundamentar a análise da culpabilidade na fase anterior, não se trata do mesmo fundamento, posto que, de fato, o crime foi cometido mediante dissimulação, caracterizada pela falsa contratação do frete, que gerou uma relação de confiança entre a vítima e o apelante, com aquela sendo colhida de surpresa e reduzida à impossibilidade de qualquer defesa ao ter o revólver engatilhado apontado para sua cabeça.

Desta forma, plenamente configurada a referida agravante, a ser aplicada na segunda fase do processo dosimétrico, como ocorreu.

Constata-se, também, que a sentença reconheceu e aplicou a atenuante da confissão espontânea, não se verificando presente o interesse do apelante ao pleitear tal benesse, como fez, pois diante do reconhecimento da atenuante do artigo 65, III, 'd', do Código Penal, operou-se sua compensação com a agravante acima referida, tanto que a pena-base não sofreu nenhuma alteração, o mesmo ocorrendo na fase derradeira.

Assim sendo, aplicando-se o concurso material de infrações, a pena do apelante resta definitivamente fixada em 23 (vinte e três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, mantendo-se as demais determinações da sentença.

No que tange ao prequestionamento (artigos 59, 211 e 157, § 3º, do Código Penal), foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a Ronevon Balta Custódio pelo crime de latrocínio para 23 (vinte e três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Prevalecendo este, e encontrando-se o apelante preso, 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. Jairo Roberto de Quadros

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 08 de fevereiro de 2018.

***

1ª Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0008443-34.2017.8.12.0001/50000
Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – SEQUESTRO DE BENS – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS ILICITAMENTE – DESNECESSIDADE – MEDIDA ASSECURATÓRIA – REPARAÇÃO DE DANOS AOS COFRES PÚBLICOS – INDICAÇÃO DE BENS DE TITULARIDADE DO INFRATOR SUFICIENTES PARA GARANTIA DA MEDIDA ACAUTELATÓRIA – EMBARGOS REJEITADOS.

É possível, e não fere o direito ao contraditório e à ampla defesa, a constrição de bens suficientes para garantia da medida assecuratória imposta, que visa garantir restituição de prejuízos à Fazenda Pública, incluindo aqueles não relacionados à suposta ação delituosa.

Com o parecer, rejeita-se os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, negar provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Ailton Corrêa de Souza, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal (f. 278/290) que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, pelo qual pretendia a revogação ou modificação da decisão que decretou o sequestro de bens, em razão da não indicação de quais teriam sido supostamente adquiridos com o produto da prática ilícita.

Nas razões de f. 01/19, pretende o embargante que prevaleça o voto minoritário (voto do relator, Des. Manoel Mendes Carli) que, provendo o recurso, cassou referida decisão e determinou a liberação de eventuais bens sequestrados, estendendo-se os efeitos a terceiros envolvidos (João Alberto e Elza Cristina). Sustenta que a medida assecuratória de sequestro é drástica e ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ademais, inexistem indícios quanto à prática do ilícito a ensejar a aplicação da medida cautelar.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 25/29, opina pela rejeição dos embargos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Ailton Corrêa de Souza, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal (f. 278/290) que, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação por ele interposto, pelo qual pretendia a revogação ou modificação da decisão que decretou o sequestro de bens, em razão da não indicação de quais teriam sido supostamente adquiridos com o produto da prática ilícita.

Nas razões de f. 01/19, pretende o embargante que prevaleça o voto minoritário (voto do relator, Des. Manoel Mendes Carli) que, provendo o recurso, cassou referida decisão e determinou a liberação de eventuais bens sequestrados, estendendo os efeitos a terceiros envolvidos (João Alberto e Elza Cristina). Sustenta que a medida assecuratória de sequestro é drástica e ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ademais, inexistem indícios quanto à prática do ilícito a ensejar a aplicação da medida cautelar.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 25/29, opina pela rejeição dos embargos.

É o que basta para analisar a pretensão.

Inicialmente é de ser destacado que se trata de embargos infringentes, recurso de alcance limitado à divergência surgida no julgamento da Apelação Criminal que lhe deu origem; não comporta extensão a outros aspectos ou questões.

E a divergência verificada no Acórdão refere-se exclusivamente à extensão dos efeitos da medida cautelar de sequestro, ou seja, se limitada aos bens adquiridos com o produto da infração ou extensiva a todos.

Portanto, pena de extrapolar-se os limites permitidos à espécie, não se aborda a discussão relativa à inexistência de indícios de participação do recorrente nas práticas delituosas discutidas na ação principal, aspecto sobre o qual não houve divergência no Acórdão e que, por óbvio, é objeto daquela demanda.

Ao analisar o recurso interposto pelo embargante, o relator concluiu (f. 282/285):

> *"O artigo 125, do Código de Processo Penal, permite o sequestro de bens imóveis adquiridos pelo investigado com os proventos da infração. Para tanto, exige-se indícios veementes da proveniência ilícita dos bens a serem acautelados, não sendo possível, portanto, o bloqueio indiscriminado de bens, direitos e valores.*
>
> *Conforme jurisprudência majoritária, os bens a serem sequestrados devem ser discriminados pelo requerente, sendo inadmissível pedido genérico de bloqueio de qualquer ativo financeiro em nome dos acusados, bem como de sequestro de todos os bens móveis ou imóveis eventualmente indicados por órgão governamentais (Detran, Receita Federal, Cartórios e Bancos), como no caso em concreto.*
>
> *(...)*
>
> *Com efeito, o bloqueio, da forma como autorizado, além de ser medida drástica, ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que pressupõem o conhecimento da extensão das constrições sofridas pelo acusado.*
>
> *A existência de fortes indícios da prática de crimes que teriam causado relevante prejuízo financeiro ao Estado, aliada a um incremento patrimonial elevado, e sem lastro, poderia levar ao deferimento da medida acautelatória, desde que fossem especificados os bens sobre os quais recaem as suspeitas de origem ilícita.*

O bloqueio indiscriminado inviabiliza a ação da defesa ou pelo menos, provoca uma inversão ilegítima do ônus da prova, impondo-se ao investigado a obrigação de comprovar que absolutamente tudo que lhe pertence não foi adquirido com o produto de crime.

Outrossim, não se pode olvidar do princípio constitucional da presunção de inocência. Havendo condenação definitiva, tornar-se-á certo o dever de reparar o dano, cujo valor correspondente será inscrito na dívida ativa e, somente então, medidas tão gravosas poderão ser tomadas.

Por derradeiro, importante consignar que esta decisão não impede que, futuramente, sejam decretadas novas medidas assecuratórias, desde observados os ditames da lei e da Constituição.

Diante do exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso interposto por Ailton Corrêa de Souza, a fim de cassar a decisão de f. 152-156, liberando eventuais bens sequestrados e estendendo os seus efeitos a João Alberto Krampe Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos e da pessoa jurídica Proteco Construções Ltda."

Em sentido contrário posicionou-se a 1ª vogal, Des.ª Maria Isabel de Matos Rocha, de cujo voto (f. 286/289), acompanhado pelo 2º vogal, Des. Geraldo de Almeida Santiago, extraio:

"(...)

O art.127 do Código de Processo Penal, por sua vez, reforça a natureza cautelar das medidas assecuratórias em tela, inclusive consignando que se trata de procedimento administrativo criminal em que não vigoram os princípios do contraditório e ampla defesa, haja vista que referido dispositivo permite o sequestro de bens antes mesmo da instalação a ação penal e suas garantias.

(...)

Nesse passo, cumpre registrar que o dever de ressarcir/indenizar, previsto do art. 91 do Código Penal, dá-se de forma ampla, e a garantia do restabelecimento do status quo ante do lesado pode até mesmo extrapolar os bens adquiridos com o produto do crime, avançando contra o patrimônio lícito dos acusados que não tenha sido adquirido com fundos de origem ilícita, tanto que as ações civis públicas assim o têm feito.

Embora o ilustre Relator afirme que o ressarcimento do erário pode ocorrer depois da sentença condenatória definitiva como efeito da condenação, é possível que, em não se resguardando bens e patrimônio dos responsabilizados, mediante acautelatórias como as que se discute aqui, se corra o risco de, afinal, não haver patrimônio do(s) responsável (eis) apto a garantir o cumprimento de determinações indenizatórias ou ressarcitórias de sentenças ou decisões futuras. Não seria a primeira vez que isso ocorreria.

Há que se ponderar que a natureza jurídica do sequestro de bens é acautelatória; ela é em si garantidora do ressarcimento pelos danos causados, e, no caso presente, com maioria de razão, porque o crime pelos quais o apelante, e os demais comparsas respondem, é exatamente o de lavagem de capitais, pelo qual os agentes se especializam em ocultar os proveitos do crime para se furtarem-se à eventual aplicação da lei penal, daí a necessidade inconteste de se manter o sequestro.

Por derradeiro, as informações adicionais na APn 807/DF STJ, permitem a constrição de até mesmo imóveis de origem lícita ou adquiridos licitamente do agente, porque também eles podem responder com vistas ao ressarcimento integral do dano (...).

Quanto à ausência de invidualização dos bens a serem constritos, a magistrada singular fixou o valor de R$: 5.500.000,00, para garantir o ressarcimento, e individualização mínima é aquela indicada (bens de titularidade dos constritados, e em valor suficiente para eventual garantia de ressarcimento de prejuízos).

Não se exige mais que isso, e saliento que, em buscas através do BACEN-JUD, restou infrutífera a tentativa de acautelar valores (foram encontrados parcos reais que não foram bloqueados ante sua insignificância), recaindo então o sequestro sobre bens imóveis dos envolvidos.

Na verdade, isso demonstra que possam já medidas deste tipo ser tardias para obter seu objetivo de acautelar, com risco de ficar sem objeto a ressalva feita pelo Relator de que a qualquer momento podem ser tomadas novas medidas assecuratórias, pois isso, embora em tese possível, conta geralmente com cada vez maior improbabilidade de eficácia à medida que o tempo passa, pelo risco de ocultação e dilapidação de patrimônio ao longo do tempo.

(...)

Portanto, não é necessário indicar os bens sobre os quais deva recair a constrição, sendo suficiente a delimitação feita pelo julgador: bens de titularidade dos apelantes, em limite certo e especificado de valores.

(...).”

Filio-me ao entendimento da maioria por entender plenamente cabível o sequestro de todos os bens localizados em nome do possível infrator quando a vítima é a Fazenda Pública, mesmo aqueles não diretamente relacionados à conduta criminosa em apuração, posto que em situações tais, envolvendo medidas cautelares, sequer se sabe efetivamente quais bens foram adquiridos de forma lícita e sem o aporte de recursos advindos das atividades criminosas supostamente praticadas.

Como visto, a apelação criminal visava a cassação da decisão que decretou o sequestro sob o fundamento de não terem sido indicados quais bens teriam sido supostamente adquiridos com o produto da prática de atividade delituosa.

Asseverou o eminente relator que, uma vez demonstrada a presença de fortes indícios acerca da ação delituosa, possível a medida assecuratória do sequestro, condicionada, entretanto, à discriminação pormenorizada daqueles bens que supostamente tenham sido adquiridos de forma ilícita, posição rejeitada pela maioria.

De fato, sobre o tema a jurisprudência diverge, havendo entendimentos no sentido de que a constrição deve atingir apenas daqueles bens supostamente adquiridos com o produto da prática de conduta ilícita, daí a necessidade de discriminação, nos termos do art. 125 e §§ do Código de Processo Penal (tese sustentada pela relator).

Por outro lado, há posicionamentos no sentido de que deve abarcar todos os bens, independentemente da forma de aquisição, se lícita ou ilícita, entendimento baseado no Decreto-Lei nº 3.240/41 (tese defendida pela maioria), quando se lesa a Administração Pública, como é o caso dos autos.

Adiro a este entendimento por entender que o ressarcimento ao erário deve ser integral, e extraído de todo e qualquer bem pertencente ao infrator, mesmo que adquirido de forma lícita.

Não se afirma aqui que este seja o caso do embargante, cuja situação real é objeto de decisão a ser proferida em primeira instância, mas é notória a dificuldade de, em casos como o analisado nos autos da

ação principal, definir-se quais bens foram adquiridos sem aporte de valores oriundos dos atos ilícitos. E a sociedade não pode ser lesada pelo simples fato de saqueadores dos cofres públicos terem a seu dispor maneiras eficazes para ocultar a verdadeira origem de seus bens, de forma que permaneçam fora do alcance da justiça.

A propósito, destaco julgados que analisaram situações análogas, com grifos meus e reduzidos ao necessário:

> *"PROCESSUAL PENAL – CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PECULATO – ART. 312 DO CP – ORDENAÇÃO IRREGULAR DE DESPESAS – ART. 359-D DO CP – LESADA – FAZENDA PÚBLICA – SEQUESTRO CAUTELAR – ALCANCE – PRODUTOS, PROVEITO E PATRIMÔNIO LÍCITO – OBJETIVO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – ART. 4º DO DECRETO-LEI Nº 3.240/41. 1. O sequestro cautelar previsto no CPP incide sobre os bens adquiridos com os proventos da infração penal, desde que presentes indícios veementes da sua proveniência ilícita e ainda que transferidos a terceiros, conforme disposto nos arts. 125 e 126 do CPP. 2. O sequestro do art. 4º do Decreto-Lei nº 3.240/41 trata de forma específica deste meio assecuratório em relação à constrição de bens de pessoas suspeitas da prática de crimes nos quais o ofendido é a Fazenda Pública, buscando indenizar os cofres públicos pelos danos causados pelo delito, razão pela qual pode incidir sobre bens cuja propriedade não esteja relacionada com a conduta criminosa em apuração. 3. Na presente hipótese, na qual o requerente é acusado da suposta prática de crimes contra a administração pública, não cabe o levantamento do sequestro incidente sobre os bens adquiridos em período anterior à sua nomeação no cargo de conselheiro do tce/ap, haja vista que todo seu patrimônio pode ser conscrito para a garantia do ressarcimento do suposto dano causado ao erário. 4. Pedido de levantamento do sequestro indeferido."* (STJ; Rec 45; Proc. 2017/0140671-9; DF; Corte Especial; Relª Minª Nancy Andrighi; DJE 06/10/2017).

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – PENAL – PROCESSO PENAL – OPERAÇÃO LAMA ASFÁLTICA – COMPETÊNCIA DAS VARAS FEDERAIS CRIMINAIS DE CAMPO GRANDE/MS – LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO – SEQUESTRO DE BENS E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS – DESBLOQUEIO – IMPOSSIBILIDADE – INDICAÇÃO DE DADOS CONCRETOS AUTORIZADORES DA CONSTRIÇÃO – (...) SEGURANÇA DENEGADA. (...) 7. Diante da suposta prática de crime, à autoridade impetrada cabe impor medidas assecuratórias, sob pena de frustrar eventual ressarcimento integral ao erário dos danos causados. (...) 9. A decisão constritiva apontada como ato coator no presente writ fundamentou-se no Decreto-Lei nº 3.240/41, o qual prevê a hipótese de sequestro de bens que não tenham, necessariamente, vinculação a quaisquer ilícitos penais, ressalvando-se que tal medida é cabível em face de autor de infração penal que cause prejuízo à Fazenda Pública. 10. Desnecessário que os bens, inclusive ativos financeiros, tenham qualquer ligação com os ilícitos penais investigados, pois se destina ao ressarcimento do prejuízo causado à Fazenda Pública, para tanto podendo incidir sobre quaisquer bens dos indiciados, mesmo os adquiridos licitamente, sem vinculação com o crime. 11. Presente o periculum in mora a não autorizar o desbloqueio dos bens e ativos financeiros, vez que presente o risco de as impetrantes dissipar o patrimônio, em prejuízo ao ressarcimento dos danos ao erário. 12. Todos os itens sequestrados, móveis e imóveis, além dos ativos financeiros bloqueados, objetivam garantir o perdimento ou reparação de danos resultantes das outras condutas criminosas, antecedentes e de lavagem, que não foram ainda objeto de denúncia. (...)."* (TRF 3ª R.; MS 0015077-68.2016.4.03.0000; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Fontes; Julg. 10/04/2017; DEJF 19/04/2017).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – MEDIDA CAUTELAR ASSECURATÓRIA – SEQUESTRO/ARRESTO – BENS – CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL – ART. 1º, INC. I E II, AMBOS DA LEI Nº 8.137/90 – DECRETO- LEI Nº 3.240 – PRESENÇA DE FUMUS*

> *BONI IURIS – PERICULUM IN MORA NÃO DEMONSTRADO – RECURSO NÃO PROVIDO – (...) 3. Para essa medida de constrição, desnecessário que os bens, inclusive ativos financeiros, tenham qualquer ligação com os ilícitos penais investigados. Destina-se ao ressarcimento do prejuízo causado à Fazenda Pública, para tanto podendo incidir sobre quaisquer bens dos indiciados, mesmo os adquiridos licitamente, sem vinculação com o crime. Não se confunde com o sequestro dos artigos 125 e 132 do Código de Processo Penal que pertinem a bens adquiridos pelos indiciados com os proveitos da infração. (...).”* (TRF 3ª R.; ACr 0000829-58.2016.4.03.6124; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Fontes; Julg. 05/12/2016; DEJF 16/12/2016).

De tal forma, como o caso dos autos é de lesão à Fazenda Pública, de valores elevados, até então estimados em R$ 5.500.000,00, decorrente de possível emissão de inúmeras notas frias, a decisão recorrida é de ser mantida, porquanto atende aos ditames legais.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001810-48.2016.8.12.0031 - Caarapó
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS DA DEFESA – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS – PRELIMINARMENTE – NULIDADE DO JULGAMENTO POR ILICITUDE NA GRAVAÇÃO DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DE UM DOS ACUSADOS E VÍCIO NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL – INOCORRÊNCIA E PRECLUSÃO – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS RELATIVAMENTE À QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE – TESE AFASTADA – DECISÃO QUE ESTÁ ASSENTADA NO VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS – REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231 DO STJ – REDUÇÃO DA PENA-BASE – NÃO ACOLHIDO – DESPROVIDOS, COM O PARECER.

A alegação de nulidade por ilicitude na gravação da confissão extrajudicial de um dos réus, da qual a defesa já tinha conhecimento desde fase inicial do processo, não pode ser acolhida neste momento, em razão da ocorrência da preclusão, e igualmente no que se refere à exibição do vídeo aos jurados por ocasião da sessão de julgamento, que deveria ter sido alegada no ato, nos termos do art. 571, VIII, CPP.

Não há que se falar em decisão contrária à prova dos autos se os elementos de convicção coligidos durante a fase de instrução processual são suficientes para fundamentar a conclusão do corpo de jurados, inclusive no que se refere à presença da qualificadora do motivo torpe, em observância ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, consagrado pelo art. 5º, XXXVIII, "c" da CF.

A incidência de circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Apontando o juiz adequadamente os elementos concretos aptos a fundamentar a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, à luz do que dispõe o art. 59 do CP, inadmissível o pedido recursal de redução da pena-base. Possuindo o recorrente mais de uma condenação anterior, é perfeitamente possível a consideração de uma como reincidência, na segunda etapa da dosimetria, e as demais como maus antecedentes, na primeira fase.

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 aos recursos, por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 4 de dezembro de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Robson Ledesma e Roniberto Ledesma, qualificados nos autos, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caarapó que, acolhendo decisão do Tribunal do Júri, os condenou por infração ao art. 121, § 2º, I, do Código Penal, por duas vezes, interpõem recursos de apelação.

Robson restou condenado a 26 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e postula, em seu recurso, preliminarmente, nulidade de sua confissão extrajudicial, sob alegação de que se trata de prova ilícita, pois o interrogatório policial foi gravado informalmente sem seu conhecimento, além do que foi torturado pelas lideranças indígenas para assumir a prática criminosa; quanto ao mérito, requer o afastamento da qualificadora do motivo torpe e a redução da pena-base ao mínimo legal.

Roniberto foi condenado a 24 anos de reclusão, em regime fechado, e em seu apelo pede o afastamento da qualificadora do motivo torpe e a redução da pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal, ante o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

Contrarrazões às f. 704-730.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 738-744 pelo não provimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Segundo a acusação:

> *"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 30 de outubro de 2016, por volta das 04h00min, na Aldeia Indígena Tey Kuê, nesta comarca, os réus acima qualificados, em unidade de desígnios e juntamente com uma quarta pessoa ainda não identificada, com animus necandi, por motivo torpe e mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, desferiram golpes de punhal e foice contra as vítimas Vanildo Martins e Cledson Martins, pai e filho, os quais foram à causa eficiente de suas mortes, consoante se depreende das declarações de óbito juntadas às f. 56 e 57, do inquérito policial.*
>
> *O crime foi praticado por motivo torpe, haja vista que os acusados para vingar a morte de Valdecir Franco, irmão dos réus Numbrinho Franco e Robson Ledesma, o qual foi morto no dia 08 de outubro de 2016, ceifaram a vida das vítimas.*
>
> *Também, o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, posto que os denunciados, que estavam em superioridade numérica, surpreenderam as vítimas, desferindo-lhes golpe de foice contra a cabeça, o que dificultou suas defesas.*
>
> *Assim, estando os Denunciados Numbrinho Franco, Roniberto Ledesma e Robson Ledesma incursos nas penas do artigo 121, §2º, inciso I (motivo torpe) e IV (mediante recurso que dificultou a defesa da vítima), por duas vezes, na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal, (...)".* (Denúncia de f. 1-3)

Concluída a fase inaugural de formação da culpa, os acusados foram pronunciados pelas práticas de dois homicídios duplamente qualificados (f. 474-478), sendo, pois, submetidos a julgamento pelo Tribunal

do Júri, ocasião em que o réu Numbrinho Franco foi absolvido e condenados os ora recorrentes, Robson a 26 anos de reclusão e Roniberto a 24 anos.

Inconformados, interpuseram recursos de apelação pleiteando o seguinte: Robson, preliminarmente, a nulidade de sua confissão extrajudicial, sob alegação de que se trata de prova ilícita, pois o interrogatório policial foi gravado informalmente sem seu conhecimento, além do que foi torturado pelas lideranças indígenas para assumir a prática criminosa; no mérito, o afastamento da qualificadora do motivo torpe e a redução da pena-base ao mínimo legal; Roniberto, igualmente o afastamento da qualificadora e a redução da pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal, pela atenuante da menoridade relativa.

Preliminarmente

Suscita a defesa nulidade da confissão extrajudicial de Robson constante em um vídeo gravado informalmente pela autoridade policial, o qual, inclusive, foi apresentado aos jurados por ocasião da sessão de julgamento do Tribunal do Júri.

Afirma que a gravação trata-se de prova ilícita, pois realizada informalmente e sem o conhecimento do acusado, além disso tal confissão foi obtida mediante tortura, já que o mesmo havia apanhado dos líderes indígenas responsáveis por entregá-lo à polícia.

Aduz que os elementos informativos coletados no inquérito não são provas e, portanto, consoante norma do art. 155 do Código de Processo Penal, não podem, exclusivamente, embasar uma condenação, não havendo qualquer elemento de prova judicial a demonstrar as práticas delitivas pelos acusados.

Alega, ainda, que no seu interrogatório na fase investigativa não foi advertido de seus direitos e garantias.

Por essas razões, requer o desentranhamento da prova ilegal e a anulação do julgamento, devendo o fato ser novamente apreciado pelo Conselho de Sentença.

Em que pesem os argumentos deduzidos pela d. Defensora Pública, tais alegações não merecem acolhimento.

Consoante se observa dos autos, os interrogatórios extrajudiciais dos apelantes ocorreram com observância a todos os ditames legais, sobretudo em relação à advertência de que tinham o direito constitucional de permanecerem em silêncio, tanto é assim que Roniberto (f. 32) e Robson (f. 39) efetivamente permaneceram calados no ato policial.

Outrossim, inconsistente a impugnação ao vídeo gravado pelos policiais no qual se obteve a confissão extrajudicial de Robson de forma detalhada, tendo este informado em todos os pormenores como se deram as práticas delitivas, individualizando as condutas, inclusive a do corréu Roniberto.

Não se sustenta a alegação defensiva de prova ilícita, por dois motivos, primeiro porque trata-se de um elemento informativo, produzido antes da fase judicial, de modo que não pode ser considerado um elemento de prova, segundo porque não procede o argumento de que o vídeo foi realizado sem o conhecimento do acusado, já que foi possível a este julgador observar que já no início da gravação (f. 258) os policiais foram expressos em afirmar *"é o seguinte Robson dando continuidade na gravação"* e assim prosseguiram com as perguntas, tendo o mencionado réu respondido tudo, sem ressalvas, de forma livre, espontânea e consciente.

Também não merece acolhida a alegação de que referida confissão extrajudicial se deu mediante tortura ou agressões físicas. No ato formal de interrogatório (f. 32 e 39), advertidos das garantias

constitucionais, os réus nada mencionaram sobre tais agressões e também permaneceram em silêncio; já no vídeo (f. 258) toda a ação policial foi devidamente gravada/filmada, sendo possível perceber que não houve qualquer agressão ou coação por parte dos policiais.

Eventuais agressões das lideranças indígenas não têm o condão de contaminar o inquérito e, muito menos, a ação penal, demais disso, referidas agressões sequer restaram comprovadas, pois, não obstante as alegações defensivas e a realização de exame de corpo de delito, o próprio acusado não deu prosseguimento ao procedimento criminal contra o capitão da aldeia indígena que supostamente o teria agredido e forçado a assumir a prática do delito.

Não bastasse a inexistência das nulidades apontadas pela defesa, a oportunidade de tais alegações está preclusa, como bem apontou o *Parquet* em suas contrarrazões, pois não alegada oportunamente.

A defesa já tinha ciência da existência do referido vídeo desde a fase inquisitiva, conforme se observa à f. 95, e nada alegou quando da apresentação da defesa prévia, primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, mencionando expressamente que não tinha preliminares a arguir naquele momento processual (f. 188-190).

Posteriormente, no decorrer da instrução processual, o vídeo foi anexado ao processo, consoante se observa à f. 258, e se isso não bastasse, ainda houve a respectiva degravação, f. 358-366, contra o que novamente não se insurgiu a defesa, não suscitando qualquer irregularidade ou ilicitude quanto ao conteúdo ou a forma de realização do ato.

Destarte, em nenhum momento durante a marcha processual houve qualquer manifestação nesse sentido, embora desde a fase inicial do processo já fosse de conhecimento da defesa.

Também não pode ser declarada, neste momento, qualquer nulidade no fato de a acusação ter exibido o vídeo aos jurados na sessão de julgamento, já que tal insurgência deveria ter sido manifestada naquela ocasião.

Consoante se observa à f. 636, as partes foram indagadas se teriam algum requerimento ou reclamação a fazer – quanto ao procedimento do julgamento e no tocante à quesitação – na forma do art. 484 do CPP, ao que responderam negativamente, e então o Conselho de Sentença votou os quesitos propostos, prosseguindo, correta e adequadamente, no julgamento.

Portanto, lidos os quesitos para acusação e defesa antes de serem submetidos aos jurados e, indagadas as partes sobre se teriam algum requerimento ou reclamação a fazer, nada alegaram na oportunidade, o que poderiam/deveriam ter feito naquele ato, restando preclusa a discussão da matéria agora em sede recursal, nos exatos termos do que dispõe a norma do art. 571, VIII, do CPP, *in verbis*:

> *"Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem"*.

Desta feita, eventual alegação de nulidade quanto à apresentação do vídeo na sessão de julgamento deveria ocorrer no momento oportuno, qual seja, posteriormente à leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo juiz-presidente, sob pena de preclusão, nos termos do art. 571, VIII, acima transcrito.

A propósito do tema, veja jurisprudência:

> *"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRIBUNAL DO JÚRI. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE NA QUESITAÇÃO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS 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. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que eventuais nulidades ocorridas no plenário de julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas durante a sessão, sob pena de serem fulminadas pela preclusão, nos termos da previsão contida no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal. 3. Na hipótese, a discussão sobre a nulidade do julgamento em relação aos quesitos apresentados aos jurados deveria ter ocorrido durante os debates no Plenário do Tribunal do Júri. Questão está prejudicada em razão da preclusão. 4. Impossibilidade de análise da alegada nulidade, tendo em vista que a questão não foi apreciada pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Superior Tribunal sobre o tema, sob pena de atuar em indevida supressão de instância. 5. Habeas corpus não conhecido".* (STJ, HC 234.140/ES, Rel. Minº Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 20/10/2016)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – RECURSO DE CLEITON MATHIAS GOMES – INCONFORMISMO COM FORMULAÇÃO DO QUESITO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL – TESE NÃO ARGUIDA EM PLENÁRIO - PRECLUSÃO – RECURSO DESPROVIDO. Nos termos do art. 571, VIII, do CPP, no julgamento do Tribunal do Júri, as nulidades porventura ocorrentes devem ser anunciadas logo após sua ocorrência, sob pena de convalidação pela preclusão".* (TJMS, Apelação 0008495-32.2014.8.12.0002, 2ª Câmara Criminal, minha relatoria, j. 30/11/2015)

Deve ser destacado, ademais, que eventual vício ou irregularidade na fase investigativa, em regra, não tem o condão de anular a ação penal, justamente porque os atos realizados e documentados em sede de inquérito policial são denominados elementos informativos e não prova propriamente dita.

O conjunto probatório produzido no decorrer da instrução processual é forte e seguro em subsidiar a tese acusatória descrita na denúncia, independentemente da existência do indigitado vídeo, não só pelos demais elementos de informação da fase policial, mas sobretudo pela prova testemunhal produzida em Juízo, especialmente o depoimento do Policial Civil Marcelo Ricardo Schveiger (f. 256), que participou das investigações e apontou com detalhes como chegaram aos autores dos delitos, emprestando credibilidade ao dispensável vídeo, que por certo não foi o único elemento a amparar a condenação pelo corpo de jurados.

Forte em tais fundamentos, rejeito a preliminar.

Mérito

Neste ponto, sustenta a defesa, em pleito comum a ambos os apelantes, que a qualificadora do motivo torpe não restou configurada.

Alega que as vítimas teriam ceifado a vida do irmão de um dos recorrentes e este seria o motivo do crime, o que, apesar de caracterizar a vingança e mesmo que não se justifique a prática criminosa, não pode ser qualificado como motivo torpe.

Pois bem. No âmbito do Tribunal do Júri vigora o princípio constitucional da soberania dos vereditos (CF, art. 5º, XXXVIII, "c"), de modo que a decisão final do Conselho de Sentença não pode ser modificada senão quando estiver absolutamente dissociada da evidência dos autos, revelando-se incoerente e arbitrária, sem nenhum respaldo no conjunto probatório.

Para que haja a anulação do julgamento sob tal fundamento é necessário que a decisão dos jurados não esteja embasada em qualquer prova existente nos autos. Caso os jurados acolham uma tese das que lhe foram propostas, não se pode suscitar decisão manifestamente contrária às provas dos autos, uma vez que violaria o poder soberano de opção decisória do Conselho de Sentença.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. Os veredictos do Tribunal do Júri são soberanos e não podem ser revistos, salvo quando manifestamente contrários à prova dos autos, remontando a garantia do art. 5.º, XXXVII, "c", da Constituição Federal ao célebre Buschel's Case, de 1670, decidido pelas Cortes Inglesas. Não viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos o comando de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, no caso de proferida decisão manifestamente contrária à prova dos autos. A avaliação, se o veredicto é manifestamente contrário às provas, cabe somente às Cortes de Apelação, já que os Tribunais Superiores resolvem questões de direito e não questões de fato e prova. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, de todo inviável nele reavaliar o conjunto probatório que levou à reversão do veredicto. Agravo regimental não provido".* (STF, RHC 113.314 AgR/SP AG.REG. No recurso ordinário em *habeas corpus*, 1ª Turma, Rel. Minº ROSA WEBER, j. 11/09/2012)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL RECURSO DA DEFESA – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – NULIDADE POR JULGAMENTO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – POSIBILIDADE – PENA-BASE REDUZIDA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – RECURSO PROVIDO EM PARTE. Em virtude do princípio constitucional da soberania do veredicto (CF, art. 5º, XXXVII, "c"), a modificação do julgamento pelo Tribunal do Júri entra no campo da excepcionalidade, sendo mantidas as decisões que encontram amparo em contingente de provas que sustenta a posição adotada pelos jurados. No caso em apreço o reconhecimento da qualificadora do meio cruel não foi contrário à prova dos autos, tendo o Conselho de Sentença optado pela tese acusatória. (...)"* (TJMS, Apelação 0005939-96.2010.8.12.0002, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, j. 13/01/2014)

À luz de tais fundamentos, conclui-se que, no caso, a despeito dos argumentos da combativa defesa, a pretensão dos apelantes não merece guarida, pois o veredito dos jurados está em plena harmonia com as provas produzidas durante a instrução do processo.

Não pode o juiz togado, na hipótese, o Tribunal, examinar subjetivamente que a vingança descrita na denúncia e admitida pelos próprios acusados, não caracteriza o motivo torpe quando o Conselho de Sentença, com apoio nos elementos de prova, assim se pronunciou.

Neste caminho, os juízes populares, ao sopesar todo o conjunto probatório angariado por acusação e defesa no decorrer da instrução, acolheram a tese do Ministério Público, a qual encontra apoio em elementos concretos produzidos no decorrer da instrução processual.

Logo, não prospera a tese defensiva de decisão manifestamente contrária à prova dos autos e exclusão da qualificadora.

O recorrente Roniberto requer a redução da pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal, ante o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

Consoante se observa da sentença, a pena-base foi fixada no mínimo legal, razão pela qual não houve modificação da sanção na segunda fase da dosimetria, a despeito do reconhecimento da mencionada atenuante, em observância à Súmula 231 do STJ.

Neste cenário, impossível o acolhimento do pedido defensivo, tendo a magistrada *a quo* agido com o costumeiro acerto, declinando as razões pelas quais não reduziu a intermediária aquém do mínimo, na esteira da jurisprudência consolidada da Corte Superior.

Dispõe a Súmula 231 do STJ: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

Busca a d. Defensora fazer prevalecer pretensão fadada ao insucesso, pois o entendimento há muito pacificado na jurisprudência nacional, inclusive sumulado pelo STJ, como visto acima, é justamente em sentido contrário ao elencado no recurso, não obstante os antigos e isolados precedentes apresentados nas razões do apelo.

Nesse sentido:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. ADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Fixada a pena-base no mínimo legal, ainda que reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa, não poderão repercutir no cálculo da reprimenda, porquanto, de acordo com a Súmula 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante* (HC 272.043/BA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016). (…)" (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 682.612/RJ, Rel. Minº Antonio Saldanha Palheiro, 6ª TURMA, j. 20/10/2016)

Assim, não merece correção a pena na segunda etapa da dosimetria.

Por seu turno, Robson requer a redução da pena-base ao mínimo legal, já que não foram apresentados motivos para a exasperação, sendo que as circunstâncias judiciais não lhe foram desfavoráveis.

Conforme se observa da sentença, f. 642, os antecedentes foram valorados em desfavor do acusado, razão pela qual as penas-bases para ambos os homicídios foram fixadas um pouco acima do mínimo legal, em 13 anos de reclusão, o que foi realizado corretamente.

Posteriormente, na segunda fase da dosimetria, a sentenciante reconheceu a agravante da reincidência, compensando-a com a atenuante da confissão espontânea, o que também está correto.

Nesta ordem de ideias, inexiste o alegado o *bis in idem*, considerando que o recorrente possui mais de uma condenação anterior, sendo perfeitamente possível a consideração de uma como reincidência, na segunda etapa da dosimetria, e as demais como maus antecedentes, na primeira fase, sendo adequada, consequentemente, a aplicação da sanção inicial acima do piso abstrato.

Quanto ao prequestionamento cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos legais/constitucionais e teses jurídicas elencados não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que foram suficientemente enfrentados no presente julgamento, à luz do devido processo legal.

Conclusão

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Divirjo do nobre Relator para dar provimento aos recursos defensivos.

Registro, inicialmente, que os veredictos do Tribunal do Júri são soberanos e não podem ser revistos (art. 5.º, XXXVII, "c", da Constituição Federal), salvo quando manifestamente contrários à prova dos autos (CPP, artigo 593, inciso III, alínea d).

O Supremo Tribunal Federal já exarou que:

> *"A mera possibilidade jurídico-processual de o Tribunal de Justiça invalide a manifestação decisória do Conselho de Sentença, quando esta se puser em situação de evidente antagonismo com a prova existente nos autos, não ofende a cláusula constitucional que assegura a soberania do veredicto do Júri, eis que, em tal hipótese, a cassação do ato decisório, determinada pelo órgão judiciário 'ad quem', não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do próprio Tribunal do Júri" (HC* 84486 AgR, Relator Minº Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010. No mesmo sentido: HC 100.693/ES, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 13/9/11. HC 112268, Relator: Minº Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 29/05/2012; HC 104.301/ES, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/02/2011; HC 84.486-AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010; HC 104.301/ES, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 4/3/11; HC 2.812/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Eros Grau, DJe de 22/2/08*).*

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, *"anula-se o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos"* (REsp 680.286/AP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/03/2007; REsp 809.680/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/10/2006). Assentou-se, noutro julgado, que *"manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão arbitrária, dissociada do conjunto fático-probatório produzido"* (REsp 212619/PR, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 08/08/2000).

A doutrina, de sua parte, ensina que a anulação da decisão é possível nas hipóteses em que resta evidenciado que o Conselho de Sentença equivocou-se adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Afasta-se essa possibilidade, no entanto, quando os jurados optam por uma das correntes possíveis de surgir (cf. In NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 959).

Pois bem, com tais premissas em mente e compulsando detidamente os presentes autos, verifica-se que quanto a qualificadora do motivo torpe, os jurados decidiram contrariamente às provas dos autos.

Isso porque a leitura da própria denúncia evidencia que a referida qualificadora foi fundamentada exclusivamente no sentimento de vingança do recorrentes, que mataram as vítimas para vingar a morte de Valdecir Franco, irmão dos réus Numbrinho Franco e Robson Ledesma.

Aliás, é justamente isso o que se observa da pergunta nº 4, de cada série de quesitos, que foi submetido à apreciação dos jurados, os quais decidiram afirmativamente, que *"O réu agiu por motivo torpe, haja vista que ceifou a vida da vítima para vingar a morte de seu tio Valdecir Franco, irmão de Numbrinho e Robson"*. (p. 637-341)

No entanto, certo é que as Cortes Superiores já exararam que a vingança, por si, isoladamente, não é motivo torpe (STF - HC 83309, Relator: Minº Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 23/09/2003; STJ - HC 5.356/PR, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, Rel. P/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/04/1997, DJ 25/08/1997, p. 39398).

Cezar Roberto Bitencourt leciona que:

> *"Nem sempre a vingança é caracterizadora de motivo torpe, pois a torpeza do motivo está exatamente na causa da sua existência. Em sentido semelhante, sustenta Fernando de Almeida Pedroso que 'a vingança, como sentimento de represália e desforra por alguma coisa sucedida, pode, segundo as circunstâncias que a determinaram, configurar ou não o motivo torpe, o que se verifica e dessume pela sua origem e natureza'. Com efeito, os fundamentos que alimentam o sentimento de vingança, que não é protegido pelo direito, podem ser nobres, relevantes, éticos e morais; embora não justifiquem o crime, podem privilegiá-lo, quando, por exemplo, configurem relevante valor social ou moral, v. g., quando o próprio pai mata o estuprador de sua filha. E um homicídio privilegiado não pode ser ao mesmo tempo qualificado por motivo fútil ou torpe."* (In Tratado de direito penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, Capítulo II).

In casu, não se narrou nada além da vingança para subsidiar a qualificadora do motivo torpe e, embora a prática do crime por represália a uma briga anterior possa parecer censurável, não deve ser reputada como motivo repugnante, abjeto, vil, indigno, que repugna à consciência média, já que, ao contrário, muitas pessoas poderiam se considerar suscetíveis de cometer homicídio nessas condições.

É fato. Poder-se-ia até discutir a futilidade do motivo, diante da desproporção entre causa (desentendimento anterior) e a consequência (homicídio), porém nunca calharia tachar de torpe a conduta que hialinamente não o é.

A propósito:

> *"Recurso em sentido estrito. Homicídio. Briga anterior. Qualificadora . Motivo torpe. Não configuração. Exclusão. O fato do agente ter agido supostamente por vingança, em razão de briga anterior com a vítima, não caracteriza motivo torpe, devendo ser a qualificadora afastada em sede de pronúncia."* (TJ-RO - RESE:000023-80.2012.822.0019, Relator: Desembargador Cássio Rodolfo Sbarzi Guedes, Data de Julgamento: 16/01/2013, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 22/01/2013.)

Como alhures afirmado, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, só se admite a cassação do julgamento do Tribunal do Júri, na forma do art. 593, III, *d*, do CPP, quando a decisão for manifestamente divorciada do conjunto probatório presente nos autos.

É o que se dá no presente caso, em que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença não tem alicerce no conjunto de provas colhidas no processo. Assim, ainda que os juízes leigos sejam soberanos em seu julgamento, não pode a decisão destes ficar imune quando acolher versão fática que não encontra respaldo no arsenal probatório angariado nos autos sob pena de serem mantidas decisões que atentam contra a dignidade da Justiça.

Nesse sentido são as lições de Walfredo Cunha Campos (Tribunal do Júri - Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9-10):

> *Subsiste, no entanto, a possibilidade de se interpor o recurso de apelação das decisões do Júri proferidas ao arrepio da prova (art. 593, III, do CPP), bem como de se desconstituir a sentença condenatória transitada em julgado proferida pelo Tribunal Popular, através de revisão criminal (arts. 621 a 631 do CPP). É o que entende boa parte da doutrina e jurisprudência. De fato, nenhum órgão do Poder Judiciário pode passar incólume ao controle de suas decisões, quando teratológicas, inclusive o Júri. Como diz José Frederico Marques, o termo soberania não deve ter seu sentido buscado em esclarecimentos vagos de dicionários ou filosóficos de Direito Constitucional, mas sim na acepção técnico-processual, qual seja, da impossibilidade de um tribunal togado substituir ou alterar no mérito um veredicto popular. Afinal, não teria sentido algum cruzar os braços frente a uma condenação ou absolvição escandalosas, que representassem uma encarnação da imoralidade.*

No mesmo diapasão, colhe-se da jurisprudência:

> *DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - TRIBUNAL DO JÚRI - CONDENAÇÃO - HOMICÍDIO - RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEGÍTIMA DEFESA REJEITADA POR QUATRO VOTOS A TRÊS - INEXISTÊNCIA DE TESTEMUNHA OCULAR DOS FATOS - MASSA COGNITIVA QUE CORROBORA AS ALEGAÇÕES DA RÉ - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - OCORRÊNCIA - VEREDICTO DIVORCIADO DO ACERVO PROBATÓRIO - RECURSO PROVIDO PARA SUBMETER A RÉ A NOVO JÚRI. (1) A decisão do Conselho de Sentença, em manifesto confronto com os elementos do processo, divorciada da reconstituição fática realizada nos autos, deve propiciar a submissão da ré a novo júri. (2) As circunstâncias do fato revelaram que a ré foi agredida pela vítima, porque a acusada teria se recusado a deixar de alimentar o filho para servir refeição a seu cônjuge. Ao ser agredida e para se livrar dos atos de violência, desferiu um único golpe de arma branca contra a vítima, infelizmente causando-lhe o resultado morte. (3) Comprovadas as agressões suportadas pela ré e utilizados moderadamente os meios necessários à repelir a injusta agressão, entender que existiu dolo na conduta da agente, não configura tese jurídica apta a fundamentar a decisão do Conselho de Sentença. (4) Se a decisão do Tribunal do Júri que rejeita a legítima defesa não se alicerça em quaisquer elementos convincentes da massa cognitiva, deve a apelante ser submetida a novo julgamento pelos seus pares, posto que flagrante a não conciliação entre a verdade espelhada nos autos e a convicção exteriorizada pelos jurados. Recurso conhecido e provido para submeter a ré a novo julgamento.* (TJ-PR - ACR: 5418486 PR 0541848-6, Relator: Oto Luiz Sponholz, Data de Julgamento: 23/04/2009, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 133)

Oportuno registrar ainda que:

> *"(...), não é possível que a anulação parcial da condenação relativamente à qualificadora possa sujeitar o réu a novo julgamento somente em relação a essa questão. A qualificadora é elemento acessório que, agregado ao crime, tem a função de aumentar os patamares máximo e mínimo de pena cominada ao delito, sendo dele inseparável. Dessa forma, o reconhecimento de que a decisão dos jurados fora manifestamente contrária à prova dos autos quanto à exclusão da qualificadora implica, necessariamente, em revolvimento do fato em sua totalidade".* (HC 246223/BA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012).

Diante do exposto, divirjo do nobre Relator e voto no sentido de dar provimento às apelações interposta por Robson Ledesma e Roniberto Ledesma, a fim de declarar a nulidade da decisão do Conselho de Sentença, por ter sido proferida em contrariedade à prova dos autos, devendo os recorrentes serem submetidos a novo júri.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento aos recursos, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 04 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0000488-71.2017.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO, CORRUPÇÃO DE MENOR E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – INDÍCIOS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE, MEIO CRUEL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO DE MENOR E OCULTAÇÃO DE CADÁVER – CONEXÃO – QUESTÃO A SER APRECIADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO DESPROVIDO.

Havendo indícios de que a recorrente planejou a morte da vítima e pediu para seu filho/adolescente infrator executá-la, deve ser mantida a pronúncia.

Na fase da pronúncia, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer arrimo nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio *in dubio pro societate.*

Verificado que os crimes de corrupção de menor e ocultação de cadáver ocorreram no mesmo contexto fático, ou seja, nas mesmas circunstâncias de tempo, resta patente a conexão, prevalecendo a competência do Tribunal do Júri para julgá-los.

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, unânime.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

C. B. B. M., qualificada nos autos, foi pronunciada como incursa no art. 121, § 2º, I (motivo torpe), III (meio cruel) e IV (recurso que dificultou a defesa da vítima) e art. 211 (ocultação de cadáver) do Código Penal e art. 244-B, § 2º, ECA (corrupção de menor) (f. 410-417).

Pede a impronúncia, sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), pois não há provas de que mandou seu filho D. B. M. matar a vítima.

Alternativamente, pede o afastamento das qualificadoras do motivo torpe, meio cruel e do recurso que dificultou a defesa das vítimas por não terem restado configuradas, pois não houve caracterização de

vingança, nem confirmação de que a vítima sofreu demasiadamente, sendo que a multiplicidade de golpes não configura o meio cruel, bem como não há provas de que quis surpreender a vítima.

Subsidiariamente, pede a absolvição dos crimes de corrupção de menor e ocultação de cadáver, pois o adolescente já era corrompido na época dos fatos e a ré negou ter participado do delito, devendo ser afastados da pronúncia (f. 470-484).

Em contrarrazões, o órgão ministerial requereu o improvimento do recurso (f. 510-522).

Em juízo de retratação, o magistrado manteve a decisão (f. 523).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 533-545).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

> *"Entre os dias 09 e 10 de fevereiro de 2017, juntamente com seu filho adolescente D. B. M., agindo em co-autoria, caracterizada pela unidade de desígnios e conjugação de esforços visando objetivo comum, na residência localizada na Rua São Pedro, 729, Jardim São Francisco de Assis, nesta cidade e comarca, por motivo torpe, meio cruel e mediante recuso que dificultou a defesa da vítima (surpresa), matou L. C. C. da S., cujo laudo necroscópico será juntado aos autos tão logo seja confeccionado pela perícia.*
>
> *Consta, ainda, que, nas mesmas condições supracitadas, a acusada, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, determinou ao adolescente D. B. M. que destruísse o cadáver de L. C. C. da S..*
>
> *Consta, por fim, que a acusada corrompeu o próprio filho, menor de 18 (dezoito) anos, induzindo-o e planejando à prática de homicídio qualificado, crime hediondo previsto na lei 8.072/90.*
>
> *Segundo apurado, a denunciada era casada com o Sr. O. L. M. por aproximadamente vinte e três anos. No entanto, a denunciada mantinha um relacionamento amoroso extraconjugal com a vítima há aproximadamente dois anos.*
>
> *O relacionamento amoroso da denunciada com a vítima era bastante conturbado, em virtude do ciúmes doentio e sentimento de posse que a acusada nutria sobre a vítima, tendo inclusive a acusada, em oportunidade pretérita, em razão de uma discussão, desferido uma facada na vítima.*
>
> *Se não bastasse o ciúmes doentio que a acusada nutria sobre a vítima, a mesma passou a pressioná-la para que transferisse a propriedade de seu imóvel para seu nome, além de ameaçá-la de morte, caso a vítima terminasse o relacionamento amoroso.*
>
> *Outrossim, percebendo que suas ameaças não estavam surtindo efeitos e que efetivamente a vítima estava tentando colocar fim ao relacionamento, a denunciada resolveu arquitetar um plano para ceifar a vida da vítima.*
>
> *Neste contexto, a acusada solicitou o apoio de seu próprio filho adolescente D. B. M. para que executasse o crime. Desta feita, D. B. M. deveria aguardar a chegada da vítima na residência, oportunidade em que deveria matá-la a facadas.*

Assim, nas circunstâncias supracitada, mais precisamente na madrugada de quinta-feira (dia 09/02/2017), por volta das 03 horas, L. C. C. da S. chegou à residência e, aproveitando-se de que estava sozinho dentro da moradia com a vítima, o menor D. B. M. armou-se de uma faca fornecida pela acusada e, de forma repentina, avançou contra a vítima desferindo diversos golpes que lhe atingiram em várias partes do seu corpo, tais como o braço, a boca, o pescoço e a cabeça. Apurou-se que L. C. C. da S. sequer conseguiu se defender das agressões e, devido à gravidade dos ferimentos, caiu desacordada no chão.

Logo em seguida, o menor D. B. M. telefonou para a acusada para que viesse até a residência uma vez que a casa estava toda suja de sangue da vítima.

A acusada dirigiu-se até a residência e, na companhia de seu filho D. B. M., passaram a limpar o chão da casa. Após, a acusada foi embora e determinou que seu filho ali permanecesse para que desse um fim no corpo porque senão todos iriam suspeitar dela haja vista a mesma já ter dado uma facada na vítima em oportunidade pretérita.

Na manhã do dia seguinte, dia 10 de Fevereiro de 2017, o menor D. B. M. notou que a vítima ainda estava viva, oportunidade em que desferiu outra facada na vítima, sem, contudo, matá-la.

Desesperada, a vítima implorou para o menor que telefonasse para a acusada porque iria pedir perdão de tudo. O menor telefonou para a acusada que compareceu na residência.

Nesta oportunidade, o menor deixou a acusada e a vítima conversarem no interior do quarto. Logo em seguida, a acusada saiu do quarto e determinou ao menor que continuasse com o plano, ou seja, que efetivamente executasse a vítima.

Assim, o menor desferiu novas facadas na vítima que ocasionaram sua morte.

Outrossim, visando destruir o cadáver e diante da dificuldade de transportar o corpo do local do crime, o menor telefonou para a acusada e argumentou que seria necessário dilacerar o corpo em pedaços e levar aos poucos para fora da residência, ocasião em que a acusada cedeu uma nova faca, maior, para que o menor esquartejasse a vítima.

Neste contexto, diante do insucesso em esquartejar o corpo porque os ossos da vítima dificultava o corte em pedaços, o menor novamente comunicou-se com a acusada, oportunidade em que a acusada sugeriu ao menor que colocassem fogo no corpo visando destruir o cadáver.

Assim, a acusada providenciou a compra da gasolina e telefonou para seu filho D. B. M. que viesse até a residência buscá-la.

O adolescente D. B. M. dirigiu-se até a residência da acusada, apanhou a gasolina e retornou ao local do crime. Lá chegando, puxou o corpo da vítima até o quintal e juntamente com um colchão ateou fogo no corpo.

Ao atear fogo no corpo, o menor D. B. M. notou que as chamas estavam tomando grande proporção e, como receio de se queimar e de chamar atenção de vizinhos, empreendeu fuga para a residência da acusada.

O corpo da vítima foi parcialmente destruído.

O crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da ofendida (surpresa) já que a vítima foi alvejada, de inopino, pelo menor D. B. M., a mando da acusada, quando ingressa no interior de sua residência, sem ter tido oportunidade de

defesa.

O crime foi praticado por meio cruel já que as facadas foram dadas paulatinamente, em três ocasiões distintas, no dia 09 de fevereiro, de madrugada e, no dia 10 de fevereiro, pela manhã, em duas oportunidade distintas, causando na vítima graves ferimentos generalizados, deixando-a prostrada no interior da residência, sofrendo de morte lenta e lhe causando intenso sofrimento físico.

A acusada agiu por motivo torpe. Determinou que o menor D. B. M. ceifasse a vida da vítima por que se sentiu desprezada por ela que dava sinais que não queria manter mais o relacionamento amoroso e, por vingança, resolveu matá-la".

C. B. B. M., qualificada nos autos, foi pronunciada como incursa no art. 121, § 2º, I (motivo torpe), III (meio cruel) e IV (recurso que dificultou a defesa da vítima) e art. 211 (ocultação de cadáver) do Código Penal e art. 244-B, § 2º, ECA (corrupção de menor) (f. 410-417).

Em seu recurso, pede a impronúncia, sustentando, em suma, inexistência de indícios suficientes de autoria (art. 414, CPP), pois não há provas de que mandou seu filho D. B. M. matar a vítima. Alternativamente, pede o afastamento das qualificadoras do motivo torpe, meio cruel e do recurso que dificultou a defesa das vítimas por não terem restado configuradas, pois não houve caracterização de vingança, nem confirmação de que a vítima sofreu demasiadamente, sendo que a multiplicidade de golpes não configura o meio cruel, bem como não há provas de que quis surpreender a vítima. Subsidiariamente, pede a absolvição dos crimes de corrupção de menor e ocultação de cadáver, pois o adolescente já era corrompido na época dos fatos e a ré negou ter participado do delito, devendo ser afastados da pronúncia (f. 470-484).

Pois bem.

É assente que para a prolação da decisão de pronúncia basta a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação, nos termos do que dispõe o artigo 413 do Código de Processo Penal, não sendo necessário um juízo de convencimento definitivo, como na prolação de um decreto condenatório.

A materialidade dos fatos delituosos restou comprovada por meio dos boletins de ocorrência (f. 33-34, 100 e 110), dos autos de exibição e apreensão (f. 35-36, 76), de reconhecimento de objeto (f. 55), dos laudos de exame em objetos (f. 202-213), do laudo de exame de corpo de delito necroscópico, no qual se concluiu que a causa da morte foi carbonização causada por ação térmica (f. 285), laudo pericial – exame grafotécnico (f. 460-466), laudo pericial – exame de corpo de delito em local de morte violenta (f. 491-500).

Os indícios de autoria, pois a recorrente afirmou na Delegacia (f. 119-123), que emprestou uma faca de cabo branco para D. B. M. utilizar contra a vítima e lhe deu a gasolina para atear fogo no corpo da vítima e, ao final, disse que "*realmente arquitetou a morte de L. C. C. da S. e pediu para D. B. M. executá-la*".

Em juízo, a recorrente negou os demais fatos e disse que confessou extrajudicialmente por ter sido torturada pelos policiais (f. 345-346).

No entanto, as testemunhas confirmam a versão ofertada na delegacia, como se infere dos depoimentos prestados tanto na fase extrajudicial (f. 13-4, 15-6, 18-9, 20-2, 23-4, 25-7, 52-4, 58-9, 61-3, 65-6, 68, 70-1, 73-4, 79-80, 82-4, 89-90, 92-3, 95-6, 99, 113-4, 131-2, 138-9), quanto em juízo (f. 252-3, 296-7 e 345-6), havendo indícios de que a recorrente C. B. B. M.e a vítima L. C. C. da S. mantinham um relacionamento amoroso havia dois anos, apesar de a primeira ser casada com Odimar.

Tudo indica que a vítima queria romper com esse relacionamento, mas a recorrente não aceitava, tanto que alguns meses antes dos fatos, havia desferido uma facada nela (f. 100).

Consta, ainda, que a vítima tinha permitido que o filho adolescente da recorrente, D. B. M., residisse na casa dos fundos do imóvel em que ela morava, mas como ele estava mantendo um ponto de venda de drogas no local.

Na época dos fatos, a vítima queria novamente romper com o relacionamento, bem como determinar que D. B. M. desocupasse seu imóvel, razão pela qual, há evidências de que a recorrente teria pedido a este, que a matasse.

Há indícios também de que na data dos fatos, entre 09 e 10 de fevereiro de 2017, D. B. M. (filho da recorrente) que residia no mesmo imóvel em que a vítima morava, aguardou ela chegar de madrugada para desferir-lhe facadas.

A vítima não veio a óbito e, no dia seguinte, o adolescente infrator D. B. M. teria lhe desferido mais golpes de faca, causando sua morte. Depois, o adolescente infrator D. B. M. teria tentado esquartejar o corpo, mas não conseguiu, resolveu atear fogo nele.

Segundo consta, o adolescente infrator D. B. M. teria colocado o corpo da vítima em um colchão, puxando-o para o quintal, colocado outro colchão por cima do corpo, e ateou fogo nele, conforme consta no laudo pericial – exame de corpo de delito em local de morte violenta (f. 491-500).

Há indícios de que a recorrente forneceu os instrumentos do crime e outros objetos (facas, produto de limpeza e gasolina) para o adolescente infrator D. B. M.

Portanto, havendo indícios de que a recorrente C. B. B. M. planejou a morte da vítima L. C. C. da S.e pediu para seu filho/adolescente D. B. M. executá-la, deve ser mantida a pronúncia.

Nesse sentido, já decidiu este Sodalício:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE IMPRONÚNCIA E AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E ADMISSÃO DA QUALIFICADORA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO*
>
> *A pronúncia se caracteriza por um exame superficial do elenco probatório e, nesse contexto, havendo dúvidas razoáveis quanto à versão defensiva, torna-se necessário sujeitar o réu a julgamento pelo soberano Tribunal Popular, em homenagem ao princípio in dubio pro societate.*
>
> *Em regra, as qualificadoras devem ser levadas ao plenário, só podendo serem suprimidas à apreciação do Júri quando totalmente descabidas e dissociadas do conjunto probatório, em homenagem ao princípio in dubio pro societate**,** o que não ocorreu no caso em apreço. Assim, havendo indícios de que a crime ocorreu em razão de discussão entre as partes por dívida, mantém-se a qualificadora do motivo fútil.*
>
> *Para que se justifique a impronúncia, sob o argumento da negativa de autoria, é necessária total ausência de indícios de autoria, que possa ser identificada de maneira fácil pelo Juiz da causa criminal. Havendo mínimo indício de autoria, como na espécie, deve ser o réu ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.* (TJMS, Relator Des. Manoel Mendes Carli, 2ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito nº 0001740-62.2010.8.12.0024, j. 14/01/13)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – ALMEJADA NULIDADE DO DECISUM – AUSÊNCIA DO DISPOSITIVO DO ARTIGO 29 DO CÓDIGO PENAL – MERA IRREGULARIDADE – NORMA EXPRESSAMENTE NARRADA NA DECISÃO – AMPLA DEFESA EXERCIDA NA SUA PLENITUDE – REJEITADA – PEDIDO DE IMPRONÚNCIA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATIS – PRESENÇA DO ANIMUS NECANDI – DECISÃO MANTIDA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORAS – MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES QUE NÃO SE MOSTRAM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES – NÃO ACOLHIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SEGREGAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (...)

Restando suficientemente demonstradas nos autos a materialidade e a autoria delitiva, bem como havendo fortes indícios de que os réus tenham agido com animus necandi ao investir contra a vítima, ceifando-lhe a vida com diversos golpes de faca, necessário se faz o julgamento pelo Tribunal Popular, em obediência ao princípio do "in dubio pro societatis", não havendo falar em impronúncia.

É pacífico na jurisprudência que as qualificadoras mencionadas na denúncia só devem se decotadas da pronúncia quando manifestamente improcedentes. (...). (TJMS, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, 2ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito nº 1600067-33.2012.8.12.0000, j. 17/12/12)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO, SEQUESTRO E CÁRCERE E QUADRILHA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA AUTORIA – PRETENSA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA DOS DELITOS CONEXOS – MANUTENÇÃO INTEGRAL DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE – NÃO PROVIDO.

Inexistindo prova inequívoca para a absolvição, impronúncia ou desclassificação, aplica-se o princípio in dubio pro societate, cabendo ao Júri a avaliação e comparação dos elementos e do contexto como um todo, proferindo julgamento de mérito e optando pelo que lhes parecer mais verossímil e adequado.

Não prospera a pretensa descaracterização das qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima, que neste momento processual, somente poderia ocorrer se houvesse prova cabal que as desconstituíssem, pois sabidamente, na fase da pronúncia, deve tão somente ser analisada a admissibilidade ou não da acusação, sem imiscuir-se no mérito da causa. No caso dos autos, na forma como se deram os fatos, não há como afastá-las de plano. Assim, ao juiz monocrático cabe tão somente proclamar admissível ou não a acusação, sem contudo invadir o mérito da causa, o que se dá em homenagem ao princípio constitucional do juiz natural, que, em casos tais, é o Tribunal do Júri (CF, art. 5º, XXXVIII, "d"). (...) (TJMS, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos, 1ª Câmara Criminal, Recurso Em Sentido Estrito nº 0003148-89.2012.8.12.0001, j. 11/03/13)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO – PRELIMINAR – NULIDADE – AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – REJEIÇÃO – PRETENDIDA IMPRONÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – QUESTÃO QUE DEVE SER APRECIADA PELO JÚRI – IMPROVIDO.

> *A decisão que recebe a denúncia não demanda uma fundamentação que venha exaurir as questões referentes ao processo, uma vez que tal procedimento não possui caráter decisório.*
>
> *Havendo materialidade do fato, indícios de autoria e dúvidas quanto ao "animus necandi" ou quanto à ocorrência da legítima defesa, mantém-se a pronúncia, pois somente quando a prova produzida é robusta, clara e conclusiva é que se pode retirar o caso da apreciação do Tribunal do Júri.* (TJMS, Relator Des. João Carlos Brandes Garcia, Recurso Em Sentido Estrito nº 0200698-35.2012.8.12.0020, 1ª Câmara Criminal, J. 18/02/13)

Com relação ao pedido de absolvição dos crimes de corrupção de menor e ocultação de cadáver, afastando-os da pronúncia, entendo que também devem ser submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, em razão da conexão com o crime de homicídio.

De fato, as infrações ocorreram no mesmo contexto fático, ou seja, nas mesmas circunstâncias de tempo, pois o adolescente foi, em tese, corrompido a matar a vítima, e depois buscou ocultar o corpo, tentando esquartejá-lo e ateando fogo nele (arts. 76, I e 78, I, CPP).

Por ser admissível, ainda, diante das circunstâncias, o reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe, meio cruel e do recurso que dificultou a defesa da vítima compete ao Conselho de Sentença, julgá-las, não se justificando subtrair-lhe a competência.

Neste sentido:

> *CRIMINAL– RESP – HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONTRA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – IMPOSSIBILIDADE – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. Circunstância qualificadora só pode ser excluída da sentença de pronúncia quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes – o que não se vislumbra in casu, eis que o acórdão não se apoiou em elementos aptos a excluir, de plano, a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima. II. Em caso de incerteza sobre a situação de fato – ocorrência ou não de qualificadora – a questão deverá ser dirimida pelo Tribunal do Júri, o juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. III. Recurso conhecido e provido, para determinar a inclusão, na pronúncia, a qualificadora prevista no inc. IV do § 2.º, do art. 121, do CP.* (REsp 907.841/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19.06.2007, DJ 06.08.2007 p. 683)
>
> *HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – VINGANÇA – MOTIVO TORPE – MEIO CRUEL – RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – INCOMUNICABILIDADE – COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA – EXCLUSÃO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA. Em respeito ao princípio do juiz natural, somente é cabível a exclusão das qualificadoras na sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e descabidas, porquanto a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme já decidido por esta Corte.* (HC 94.311/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/11/2009, DJe 15/12/2009)

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 29 de janeiro de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0008069-93.2009.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – RECURSO MINISTERIAL – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA – JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELO RECORRIDO ACOLHIDAS – COMPARECIMENTO INTEGRAL E NÃO PAGAMENTO DE APENAS UMA PARCELA DA DOAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

O descumprimento de condições assumidas quando da suspensão condicional do processo é causa de revogação do benefício, podendo esta ser declarada mesmo após expirado o período de prova, desde que referido descumprimento tenha ocorrido na vigência da suspensão.

Ocorre, que, no caso em tela, o descumprimento de duas condições estipuladas foi justificado pelo réu e aceito pelo órgão ministerial e pelo magistrado, no decorrer do tempo, somente deixando de efetuar o pagamento de uma parcela da doação, tendo cumprido as demais condições, devendo, deste modo, ser mantida a decisão que extinguiu sua punibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, não prover unânime. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

O Ministério Público Estadual, identificado nos autos, recorre da sentença que extinguiu a punibilidade de Gilmar Andrade de Araújo, qualificado nos autos, por ter se encerrado o período de prova da suspensão condicional do processo, com fulcro no art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95 (f. 227-228).

Pede a reforma da sentença, com o consequente prosseguimento do feito, pois durante o período de prova, o réu descumpriu, por várias vezes, as condições estipuladas, se ocultando da Justiça nos meses de julho, agosto e dezembro de 2015, bem como nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2016, e abril de 2017, bem como procrastinou o pagamento da última prestação pecuniária (f. 236-250).

A defesa, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso ministerial (f. 259-263).

O magistrado manteve a decisão (f. 264).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial, a fim de que seja anulada a decisão (f. 277-281).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Gilmar Andrade de Araújo teve a punibilidade extinta por ter sido expirado o prazo da suspensão condicional do processo sem que fosse revogado o benefício (f. 227-228).

O Ministério Público Estadual, identificado nos autos, recorre, pedindo a reforma da sentença, com o consequente prosseguimento do feito, pois durante o período de prova, o réu descumpriu, por várias vezes, as condições estipuladas, se ocultando da Justiça nos meses de julho, agosto e dezembro de 2015, bem como nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2016, e abril de 2017, bem como procrastinou o pagamento da última prestação pecuniária (f. 236-250).

Pois bem.

Filio-me ao entendimento de que:

> *"O descumprimento de condições assumidas quando da suspensão condicional do processo é causa de revogação do benefício, podendo esta ser declarada mesmo após expirado o período de prova, desde que referido descumprimento tenha ocorrido na vigência da suspensão, como é o caso. Inexiste qualquer previsão legal no sentido de que a decisão de revogação deve ser proferida antes do final do prazo de suspensão.*
>
> *A interpretação do § 5º, do art. 89, da Lei 9.099/95 deixa claro que a extinção da punibilidade somente pode ocorrer se não for o caso de revogação da benesse. Isto obriga o julgador, antes de decidir pela extinção ou não da punibilidade, averiguar se é o caso de revogação por descumprimento ou não, pois, se assim não for feito, o dispositivo legal será letra morta."*

Ocorre que o caso em tela possui uma situação peculiar.

O Ministério Público propôs ao Recorrido o benefício da suspensão condicional do processo, tendo sido estipuladas várias condições, as quais foram aceitas por ele, no dia 12/06/12 (f. 80).

Dentre as condições, o recorrido deveria apresentar-se mensalmente em juízo, de preferência entre os dias 25 e 30 do mês, para justificar suas atividades e efetuar a doação da importância de R$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), dividida em 10 parcelas de R$ 65,00 (sessenta e cinco reais), sendo que a primeira deveria ser paga no dia 15/07/12, em favor da APAEFS – Associação de Pais e Atletas da Escolinha de Futsal (f. 80).

Ocorre que, desde o início, mês de dezembro de 2012, o recorrido já deixou de cumprir com estas duas condições, deixando de comparecer em Cartório, bem como de efetuar o depósito da doação e assim continuou, por diversas vezes no decorrer dos anos.

As justificativas apresentadas pelo recorrido sempre foram acolhidas pelo magistrado *a quo*, inclusive, com a concordância ministerial, por 06 (seis) vezes, diga-se de passagem (f. 101-102, 119-120, 123, 129-132, 139-140, 172-173, 192-194).

Ao final, constata-se que o recorrido se apresentou em Cartório além do determinado, ou seja, por 27 vezes, bem como comprovou a doação de 09 parcelas, ficando devedor de apenas uma no valor de R$ 65,00 (sessenta e cinco reais).

Portanto, se em todas as oportunidades que o recorrido deixou de cumprir com as condições, apresentou justificativas, as quais foram aceitas pelo órgão ministerial e pelo magistrado *a quo*, não há falar agora em revogação do benefício, mais de 05 anos depois, em que a única condição que efetivamente deixou de cumprir foi o depósito da última parcela da doação.

Portanto, entendo que, no caso em tela, diante das especificidades acima relatadas, não se mostraria razoável revogar o benefício e dar prosseguimento ao feito, motivo pelo qual reputo cumpridas as condições impostas, ficando mantida a decisão que extinguiu sua punibilidade, nos termos do art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95.

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Não proveram unânime. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0802357-34.2015.8.12.0017 - Nova Andradina
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – RECURSO DA ACUSAÇÃO – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO – CRIME PERMANENTE – *EMENDATIO LIBELLI* – MOMENTO ADEQUADO – PROLAÇÃO DA SENTENÇA – DESTRUIÇÃO DE FLORESTAS – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – INVIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

O crime imputado ao apelante configura-se como crime permanente, pois, mesmo que o dano ambiental tenha se iniciado em 1983, a conservação e a manutenção do rancho na área de conservação ambiental impede que a vegetação se regenere, prolongando-se assim os danos causados ao meio ambiente.

Havendo erro na correta tipificação dos fatos descritos pelo órgão ministerial, ou dúvida quanto ao exato enquadramento jurídico a eles dado, cumpre ao togado receber a denúncia tal como proposta, para que, no momento que for prolatar a sentença, proceda às correções necessárias.

Impõe-se à acusação o dever de comprovar a materialidade e a autoria do delito, de modo que, restando dúvidas acerca de qualquer uma delas, a absolvição é medida cabível.

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, 18 de dezembro de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença de f. 1520-1533, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando Lucilio Del Grandi, no crime previsto no artigo 48, da Lei nº 9.605/98, à pena de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à unidade, em regime aberto, que foi substituída por uma pena restritiva de direito.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado às f. 1553-1567, pleiteando pela condenação ao crime previsto no artigo 38, da Lei nº 9.605/98.

Em contrarrazões às f. 1569-1571, a Defesa suscita a prejudicial da prescrição intercorrente e, no mérito, pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 1579-1584, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de condenar Lucilio Del Grandi, pela prática do crime previsto no artigo 38, da Lei nº 9.605/98.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs apelação criminal contra a sentença de f. 1520-1533, que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando Lucilio Del Grandi, no crime previsto no artigo 48, da Lei nº 9.605/98, à pena de 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à unidade, em regime aberto, que foi substituída por uma pena restritiva de direito.

Postula, em síntese, pela condenação do apelado pela prática do artigo 38, da Lei nº 9.605/98.

A prejudicial de prescrição intercorrente do crime previsto no artigo 48, da Lei nº 9.605/98, suscitada em contrarrazões às f. 1569-1571, deve ser rejeitada.

Isto porque é firme o posicionamento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que crime ambiental é permanente, uma vez que a manutenção de edificações em áreas de proteção ambiental impede que a vegetação nativa se regenere, de modo que a prescrição só começa a correr quando cessa a atividade lesiva.

Confira:

> *'O crime imputado ao agravante configura-se como crime permanente, pois, mesmo que o dano ambiental tenha se iniciado com a construção das edificações em dezembro de 2003, a conservação e a manutenção das construções na área de conservação ambiental impedem que a vegetação se regenere, prolongando-se assim os danos causados ao meio ambiente"* (AgRg nº REsp nº 1.333.632/SC, Sexta Turma, Rel. Minº Rogério Schietti Cruz, DJe de 10/10/2016).

Logo, considerando que o rancho do acusado foi demolido há poucos meses, não há se falar em prescrição.

No mérito, o recurso deve ser improvido.

Verifica-se que, embora o Ministério Público tenha oferecido denúncia pela prática dos delitos previstos nos artigos 38 e 48 da Lei nº 9.605/98, ao prolatar a sentença, o magistrado singular realizou *emendatio libelli*, atribuindo aos fatos somente a capitulação do artigo 48, do referido diploma legal.

Cumpre observar que, em sede de recurso em sentido estrito, este Sodalício decidiu que, no caso em tela, havia elementos suficientes para a persecução penal pela prática de ambos os delitos, determinando a manutenção do recebimento da denúncia.

É imperioso dizer, que, à época do julgamento do referido recurso, o mérito da questão não foi analisado, mas tão somente a existência de elementos aptos a ensejar a persecução penal.

Contudo, após o fim da instrução criminal, verifica-se inexistirem elementos probatórios suficientes para sustentar eventual condenação pela prática do delito previsto no artigo 38, do referido diploma legal, impondo-se a manutenção da absolvição, pelos próprios fundamentos da sentença, que passa a integrar o presente voto, *in verbis*:

> *"(...) Primeiramente, é de se esclarecer que ao acusado é imputada uma única conduta: manter um rancho na margem do rio Ivinhema.*
>
> *Havendo uma única conduta descrita na inicial cabe ao juízo, com a permissão do artigo 383 do Código de Processo Penal, classificá-la de acordo com o direito.*
>
> *O artigo 38 da Lei 9.605/98 tipifica como crime: "destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção" (grifei).*
>
> *Segundo o Superior Tribunal de Justiça, o "elemento normativo 'floresta', constante do tipo do injusto do art. 38 da Lei 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menor extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira"*[1]
>
> *Não se ignoram as críticas sobre a redação do mencionado dispositivo legal, como aponta o próprio Ministério Público nas alegações finais, assim como há críticas sobre vários outros pontos da Lei em comento, mas é de se atentar à legalidade como garantia maior em Direito Penal.*
>
> *Note-se que o Ministério Público não acusa o réu de destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente. E assim não o faz porque constatado que no local não havia floresta há décadas e que mesmo se estivesse evidenciado ter sido o réu o responsável pela destruição tal conduta estaria prescrita, visto que está descrito que o rancho encontra-se no local desde 2004.*
>
> *Tampouco o acusa de utilizar floresta considerada de preservação permanente com infringência das normas de proteção.*
>
> *É certo que o racho do réu se encontra em área de preservação permanente.*
>
> *De acordo com as vistorias realizadas no local, o racho dele se encontra a 0,09 metros do rio (p. 342 e 855), quando deveria observar uma distância mínima de 100 metros, a teor do artigo 4°, inciso I, "c", da 12.651/2012 (mesma era a previsão do art. 2° da Lei 4.771/65 revogada) dada a largura do rio naquele trecho. Mas isso não basta para classificação da conduta como crime previsto no artigo 38 da mencionada Lei.*
>
> *Não há descrição de utilização ilegal da floresta em área de preservação permanente, visto que em 1983 já não mais havia floresta.*
>
> *Aliás, sequer há menção à floresta na inicial.*
>
> *Assim, não cabe classificar a conduta do acusado como a prevista no artigo 38 da Lei 9.605/1998.*
>
> *Por sua vez, o artigo 48 da Lei 9.605/98 tipifica como crime: impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação".*
>
> *A inicial descreve que o réu dificulta a regeneração natural da vegetação com a manutenção do rancho de pesca.*

1 Resp 783652/SP, Rel. Minº Félix Fischer, Dj 19/06/2016.

No caso, mostra-se comprovada a materialidade do crime previsto no artigo 48 da Lei 9.605/1998 por documentos, laudos periciais e por testemunhos, atribuindo ao acusado a autoria da conduta.

Incontroverso que o réu manteve o rancho até alguns dias, visto que afirmou ter demolido o rancho há cerca de quarenta dias. E confessou que adquiriu o imóvel no ano de 1983 sem qualquer documentação e revelou que se instalou no local depois de contrato verbal com antigo ocupante da área. Aliás, também não comprovou inscrição no CAR e a realização de termo de compromisso de ajustamento o que lhe permitiria a obtenção do benefício da suspensão condicional da pena prevista no artigo 60 do Código Florestal.

E há nos autos elementos que comprovam que a manutenção do rancho dificultou a regeneração da vegetação.

As várias vistorias realizadas no local indicam que na margem do rio Ivinhema encontram-se mais de cinquenta imóveis construídos e que juntos ocupam uma faixa de 1300 metros (p. 436-443, 330-343 e 1409-1465).

Os laudos indicaram que para construção dos ranchos houve supressão da vegetação nativa. De acordo com laudo realizado por técnicos do Ibama, "para construção das edificações, abertura dos quintais e vias de acesso foi suprimida praticamente toda a vegetação arbórea nativa, além de vegetação arbustiva e gramíneas, interrompendo o fluxo gênico da flora e fauna" (p. 436). Mas não há indicação de desmatamento recente (p. 436-443, 330-343 e 1409-1465), havendo testemunhos no sentido de que a área encontra-se sem vegetação nativa há décadas.

Contudo, mesmo que não tenha sido o acusado quem destruiu a vegetação nativa da margem do rio isso não lhe confere o direito de ter se mantido instalado no local até os dias atuais, dificultando a recuperação de área de preservação permanente.

Ressalto que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, embora não absoluto, é guinado pela Constituição Federal de 1988 ao patamar mais elevado, sobretudo pela peculiar característica das violações transpassarem gerações.

E o Superior Tribunal de Justiça já esclareceu que "inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente, pois o tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente e que 'décadas de uso ilícito da propriedade não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente" (REsp 948921/SP).

O laudo ressalta a importância da exitência da mata na margem do rio para evitar processos de erosão e assoriamento e para preservação da flora e da fauna (p. 437), o que é sabido, tanto que o artigo 3°, inciso II, do Código Florestal conceitua área de Preservação Permanente como "área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".

O laudo também indica a possibilidade de recuperação da área, destacando a "alta capacidade de regeneração" da vegetação por estar em área de várzeas (p. 437).

Nota-se por várias fotografias juntadas nos autos que nas áreas onde não há ranchos, em especial na outra margem do rio, existe floresta (p. 333).

E o laudo indica a necessidade de "demolição das construções", esclarecendo que "a partir da desativação da causa dos impactos consubstanciada pela ocupação irregular, a partir da demolição das casas, revegetação das margens, diminuição significativa do fluxo de embarcações, interrupção do lançamento de esgotos domésticos 'in natura' no rio ou em sumidouros, estaremos possibilitando a devolução ao sítio degradado as condições necessárias ao abrigo de espécies da flora e fauna originais da região" (p.437).

Aliás, não é por outro acaso que em sede de ação civil pública determinou-se a demolição e desocupação de todos os ranchos inseridos naquela área (essa decisão foi proferida nos autos 0003145-28.2008.8.12.0017).

Portanto, não há falar em prescrição porque há cerca de quarenta dias era mantido o rancho de pesca em área de preservação permanente pelo acusado, dificultando a recuperação da mata ciliar.

Vale dizer que os tribunais superiores tem entendimento firme de que o crime previsto no artigo 48 da Lei 9.605/98 é do tipo permanente:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE VERSUS CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. SÚMULA 711. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A conduta imputada ao paciente é a de impedir o nascimento de nova vegetação (art. 48 da Lei 9.605/1998), e não a de meramente destruir a flora em local de preservação ambiental (art. 38 da Lei Ambiental). A consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, se protrai no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de crime permanente. 2. Não houve violação ao princípio da legalidade ou tipicidade, pois a conduta do paciente já era prevista como crime pelo Código Florestal, anterior à Lei n° 9.605/98. Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente legítima, nos termos da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal. 3. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Prescição não consumada. 4. Recurso desprovido. (STF, RHC 83437, Relator(a): Minº Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004)

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 1 ANO DE DETENÇÃO, POR INFRAÇÃO AO ART. 48 DA LEI 9.605/98. CRIME PERMANENTE. ATIVIDADE CRIMINOSA QUE SE PROLONGA NO TEMPO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEMDE NEGADA.

1. A ocupação ou a degradação da área ocorreu, e continua ocorrendo ainda, impedindo e dificultando a sua regeneração natural, permanecendo o paciente em cometimento da infração penal, tal como entendeu o egrégio Tribunal a quo. Existência de crime permanente. (STJ, HC 125.959/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 01/08/2011)

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 48 DA LEI Nº 9.605/98. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Não se pode confundir crime permanente, em que a consumação se protrai no tempo, com delito instantâneo de efeitos permanentes, em que as consequências são duradouras. 2. O crime imputado aos Pacientes configura-se como

crime permanente, pois mesmo considerando que o dano ambiental tenha se iniciado com a construção das edificações há mais de vinte anos, a conservação e manutenção destas na área de conservação ambiental pode ter mantido os danos anteriores e impedido que a vegetação se regenerasse, prolongando-se assim os danos causados ao meio ambiente. 3. Há, na hipótese, a prorrogação do momento consumativo, conforme a vontade do agente, à semelhança dos crimes de sequestro e cárcere privado. A conduta narrada, portanto, amolda-se à definição de crime permanente, e não à de crime instantâneo de efeitos permanentes, conforme sustentam os Impetrantes. 4. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência, diretamente relacionada à vontade do sujeito ativo do delito, que pode fazer cessar ou não a consumação. Afastada, portanto, a prescrição da pretensão punitiva do Estado. (HC nº 118.842/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 6/12/2010)

Em suma, o conjunto probatório aponta a responsabilidade do acusado pela prática do crime ambiental previsto no artigo 48 da Lei 9.605/1998.

Dessarte, sobejamente comprovada a ***tipicidade formal*** *(houve conduta, resultado, nexo causal e adequação típica), a* ***tipicidade material*** *(criou-se um risco desvalioso, devidamente realizado no resultado penalmente relevante), a* ***tipicidade subjetiva*** *(o agente tinha ciência e vontade de concretizar os elementos do tipo), a* ***antijuridicidade*** *(comportamento não abrigado por causa justificante) e a* ***culpabilidade*** *(a pena é efetivamente necessária, o agente é imputável, tem consciência do que fez e poderia ter agido de outra forma), a condenação se impõe como medida necessária e adequada à reprovação e prevenção, geral e especial (...)"* – grifos no original -

A propósito:

APELAÇÃO – PENAL – CRIMES AMBIENTAIS – RECURSO DEFENSIVO – JUSTA CAUSA E PRESCRIÇÃO VIRTUAL – MATÉRIAS ANTERIORMENTE APRECIADAS – NÃO CONHECIMENTO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – NÃO APLICAÇÃO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – APELO MINISTERIAL – DESTRUIÇÃO DE FLORESTAS – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – RAQUITISMO PROBATÓRIO – PARCIAL CONHECIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E NÃO PROVIMENTO DE AMBOS OS APELOS. É firme o posicionamento de que não se as preliminares que já foram apreciadas, em segunda instância, não podem ser novamente conhecidas em sede de recursal. Inviável a aplicação do princípio da insignificância ao crime de impedimento de regeneração de florestas, considerando a elevada ofensividade da conduta. A mera negativa de autoria pelos acusados, dissociada do restante do conjunto probatório, é insuficiente para afastar édito condenatório pautado em elementos sólidos e harmoniosos de prova. Cabe à acusação o dever de comprovar a materialidade e a autoria do delito, de modo que, restando dúvidas acerca de qualquer uma delas, a absolvição é medida impositiva. Apelação defensiva que se conhece parcialmente e se nega provimento; e, recurso ministerial a que se nega provimento, ante o acerto da sentença impugnada. (TJMS, Apelação nº 0802348-72.2015.8.12.0017, Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar, 2ª Câmara Criminal, Data do julgamento: 23/10/2017, Data de publicação: 25/10/2017)

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

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, 18 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1400046-67.2018.8.12.0000 - Corumbá
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – DENÚNCIA ANÔNIMA– DILIGÊNCIAS PRELIMINARES PELO GAECO – POSSIBILIDADE – LICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – SUPOSTA PRIMEIRA MEDIDA DE INVESTIGAÇÃO – CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE AUTORIZARAM E A PRORROGAÇÃO DA QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO – DECISÕES MOTIVADAS – CRIMES COMPLEXOS PRATICADOS DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL ENVOLVENDO AGENTES PÚBLICO E MEMBROS DO PCC – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – DENEGADA.

A denúncia anônima não tem o condão de nulificar o inquérito policial, quando as investigações preliminares também utilizam-se de outras diligências (imagens, documentos) para respaldar o oferecimento da denúncia. Precedentes do STJ.

Se o pedido de interceptação telefônica foi fundado nos autos de investigação preliminar conduzido pelo órgão ministerial, iniciado por denúncia anônima, no qual já houvera coleta de material probatório apto a indicar a existência de irregularidades e práticas de condutas delituosas, não há se falar em nulidade, pois a interceptação não fora única forma de investigação.

Embora o artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 preveja prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer óbice ao número de prorrogações possíveis, quando se trata de feito complexo e envolve várias pessoas na prática de diversos crimes dentro do sistema prisional (Operação Xadrez).

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 aos pacientes.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2018.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Iraceno Teodoro Alves Neto, com pleito liminar, em favor de Ricardo Wagner Lima do Nascimento e Doglas Novaes Vilas, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal de Corumbá.

Afirma que:

> *"Os pacientes foram investigados no bojo do que se convencionou denominar 'Operação Xadrez' e, ao final das apurações, foi oferecida 1 (uma) denúncia contra eles. Ocorre que a Ação Penal instaurada está respaldada no Procedimento nº 0000312-00.2016.8.12.00082, no qual foram deferidos, a partir de informação anônima, 4 (quatro) pedidos de interceptações de linhas telefônicas de maneira ilegal. Diante disso, impõe-se a impetração da presente ordem de habeas corpus para que declarada a nulidade de toda a investigação levada a efeito, quer por estar lastreada em denúncia anônima, quer em razão da ilegalidade dos monitoramentos telefônicos sejam consideradas imprestáveis as provas deles decorrentes direta ou indiretamente, determinando-se o desentranhamento das mesmas dos autos da Ação Penal".*

Liminar indeferida às f. 184-186.

Informações prestadas às f. 189-191.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 196-211, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Iraceno Teodoro Alves Neto, com pleito liminar, em favor de Ricardo Wagner Lima do Nascimento e Doglas Novaes Vilas, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 2ª Vara Criminal de Corumbá.

Afirma que:

> *"Os pacientes foram investigados no bojo do que se convencionou denominar 'Operação Xadrez' e, ao final das apurações, foi oferecida 1 (uma) denúncia contra eles. Ocorre que a Ação Penal instaurada está respaldada no Procedimento nº 0000312-00.2016.8.12.00082, no qual foram deferidos, a partir de informação anônima, 4 (quatro) pedidos de interceptações de linhas telefônicas de maneira ilegal. Diante disso, impõe-se a impetração da presente ordem de habeas corpus para que seja declarada a nulidade de toda a investigação levada a efeito, quer por estar lastreada em denúncia anônima, quer em razão da ilegalidade dos monitoramentos telefônicos sejam consideradas imprestáveis as provas deles decorrentes direta ou indiretamente, determinando-se o desentranhamento das mesmas dos autos da Ação Penal".*

O impetrante, requer a decretação da nulidade das provas (interceptações telefônicas), pois estas não poderiam ter se originado de denúncia anônima, além de também não poder ser a primeira medida investigativa no inquérito policial, bem como porque as decisões que autorizaram a continuidade das interceptações carecem de fundamentação.

Primeiramente, necessário registrar que a prerrogativa constitucional do sigilo das comunicações telefônicas (Art. 5º, XII da CF), de forma excepcional e mediante prévia ordem judicial pode ser mitigada para fins de investigação criminal, nos termos da Lei 9.296/96.

Dos autos, depreende-se que as investigações realizadas foram para apuração de diversos crimes contra a Administração Pública, associação criminosa, tráfico de drogas e outros, ocorridos dentro do sistema prisional, envolvendo membros do PCC, assim como agentes públicos.

É cediço que tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem a interceptação telefônica realizada exclusivamente em denúncia anônima, sem que haja outros elementos para dar sustentáculo a referidas diligências.

Porém, dos documentos trazidos, observa-se que a denúncia apócrifa deu início às investigações preliminares realizadas pelo GAECO, PIC 16/2016, cujos relatórios fundamentaram o pedido de interceptações telefônicas (autos nº 0000312-00.2016.8.12.0008), tendo sido juntados a referidos relatórios imagens e também documentos para demonstrar a movimentação ilegal dentro do sistema prisional onde os delitos ocorriam. Inclusive, foram angariadas diversas fotos dos investigados em redes sociais, que demonstraram a relação e proximidade entre os mesmos.

Portanto, constata-se que o pedido e deferimento das interceptações telefônicas são posteriores ao início das investigações e não se fundam exclusivamente na denúncia anônima, como quer fazer crer o impetrante.

Como ensina Pacceli[1]:

> *(...) De fato uma simples denúncia anônima não pode autorizar pedidos de quebras de sigilo, interceptações telefônicas, mandados de busca e apreensão e instauração (formal) de inquéritos policiais. Mas daí não pode decorrer silogismo no sentido de que toda denúncia anônima se apresentaria ilícita, contaminando demais provas produzidas. Diante de toda notícia de prática de crime, é atribuição indeclinável das autoridades de Estado apurar a procedência ou não do que trazido ao seu conhecimento. Nenhuma investigação formalizada poderá ser iniciada se, de fato, não existir substrato mínimo, especialmente sobre a existência de um crime. (...) Desse modo, a partir de denúncia anônima é possível o início de investigações preliminares para, se houver evolução e comprovação de que o denunciado, permitir a formalização de uma investigação.*

Ou seja, toda investigação, deve ser iniciada em dados mínimos acerca da procedência da *notticia criminis,* não havendo impedimento de que se origem de denúncia anônima, como ocorreu no caso telado.

A propósito:

> *HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. DELATIO CRIMINIS. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. POSSIBILIDADE. LICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DETERMINADA PELO JUÍZO NATURAL DA CAUSA. FACTÍVEL A RAZOÁVEL PRORROGAÇÃO DA MEDIDA. O INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PELO MAGISTRADO NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. DILAÇÃO PROBATÓRIA EM HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta segunda turma não opõe óbice ao seu conhecimento. ii - a jurisprudência desta suprema corte é assente no sentido de que a denúncia anônima não tem o condão de invalidar o inquérito policial, quando as investigações se utilizam de outras diligências colhidas para averiguar a delatio criminis, como se dá na espécie, ou quando na ação penal, a condenação fundamenta-se em conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. iii - a necessidade de interceptação telefônica, na espécie, foi devidamente demonstrada pelo juízo natural da causa, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da lei nº 9.296/1996. iv - demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e que o contexto fático delineado pela parte*

1 PACELLI, Eugênio.FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 8. ed. rev atual e ampl- SãoPaulo: Atlas, 2016, p. 1548

requerente indica a sua necessidade como único meio de prova para elucidação do fato criminoso, a jurisprudência desta suprema corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 (quinze) dias entre cada uma delas. v - o indeferimento da diligência pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa, uma vez que o próprio código de processo penal prevê a possibilidade de o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique em nulidade da respectiva ação criminal (art. 400, § 1º). vi - inadmissibilidade de dilação probatória em habeas corpus. (STF; HC 133.148; Rel. Minº Ricardo Lewandowski; DJE 15/12/2017)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PRORROGAÇÕES. ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA LEI Nº 9.296/1996. SUPOSTA PRIMEIRA MEDIDA INVESTIGATIVA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal assegura o sigilo das comunicações telefônicas, de modo que, para que haja o seu afastamento, é imprescindível ordem judicial, devidamente fundamentada, segundo o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna. 2. O art. 5º da Lei nº 9.296/1996 determina, quanto à autorização judicial de interceptação telefônica, que "a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova ". 3. Hipótese em que se verifica a idoneidade da decisão que deferiu a interceptação telefônica, pois descrita, claramente, a situação objeto da investigação, com a indicação e qualificação dos investigados, justificando a sua necessidade e demonstrando haver indícios razoáveis da autoria e materialidade das infrações penais punidas com reclusão, além de não se poder promover as investigações por outro meio, para elucidação dos fatos criminosos. 4. O pedido de interceptação telefônica fundamentou-se inicialmente nos autos do procedimento conduzido pelo Parquet, iniciado por denúncia anônima, no qual já houvera colheita de provas e de declarações. Antes da representação e autorização das interceptações, foi coletado material probatório apto a corroborar a existência de irregularidades e práticas de condutas delituosas, conforme se denota da decisão que autorizou a quebra de sigilo telefônico. 5. A jurisprudência desta corte e do supremo tribunal firmou-se no sentido de que a interceptação telefônica deve perdurar pelo tempo necessário à completa investigação dos fatos delituosos, devendo o seu prazo de duração ser avaliado fundamentadamente pelo magistrado, considerando os relatórios apresentados pela polícia. 6. No caso, a decisão que prorrogou as interceptações telefônicas está devidamente fundamentada e subsidiada na análise do material coletado, justificada, assim, a necessidade de perdurar a medida para o esclarecimento do modus operandi dos agentes envolvidos, bem como da mercancia e do comércio de armas na cidade de itapuranga e outros municípios. 7. Recurso em habeas corpus não provido. (STJ; RHC 81.109; Proc. 2017/0034562-9; GO; Quinta Turma; Rel. Minº Ribeiro Dantas; DJE 13/12/2017)

O nobre Procurador de Justiça ainda ressalta que:

(...) importante distinguir a situação da interceptação destes autos com aquela da Operação Xeque-Mate, também no âmbito deste Estado, trazida pelo impetrante, onde foi declarada a nulidade da medida porque fundamentada em denúncia anônima. Lá, já havia uma investigação em andamento quando a autoridade policial recebeu denúncia anônima relatando a participação de outros indivíduos e, sem remeter os autos ao Ministério Público para a inclusão desses agentes nas investigações que lá corriam ou mesmo desenvolver uma investigação prévia, o delegado de polícia requereu à autoridade judicial a quebra das comunicações. Ou seja, naquela operação, de fato a interceptação telefônica restou

> *diretamente fundamentada em denúncia anônima, já que ausente de qualquer investigação prévia. Aqui, a situação, conforme já exposto, é diversa: a denúncia anônima permitiu a instauração de um procedimento investigativo preliminar que colheu inúmeros elementos informativos a embasar o pedido de interceptação dos agentes. Não há qualquer relação entre os casos.* - (sic – f. 206-207).

Depreende-se também que as interceptações telefônicas mostraram-se indispensáveis para apuração dos fatos, posto que os delito ocorriam dentro do estabelecimento prisional, praticados, em tese, por uma organização criminosa que envolvia membros do PCC e agentes públicos, o que evidencia a dificuldade para a devida apuração, nos termos do que preconiza o art. 2º, II da Lei 9.296/96.

Aliás, era ônus do impetrante demonstrar de forma inequívoca e de pronto que haveria outras possibilidades, além da interceptação para apuração dos fatos. E ainda, realizada a interceptação telefônica nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.296/1996, ou seja, precedida de autorização judicial devidamente fundamentada na presença de indícios razoáveis de autoria e, ainda, na sua imprescindibilidade como meio de prova, não há falar em prova ilícita.

O impetrante também alega que as decisões judiciais que permitiram sucessivas prorrogações padecem de fundamentação idônea e violam o limite de 30 (trinta) dias estabelecido pelo artigo 5º, da Lei 9.296/96.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Federal, tem admitido a possibilidade de renovação do prazo das interceptações telefônicas. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes: Inq 2424, Tribunal Pleno, Rel. Minº Cezar Peluso, DJe 26.3.2010; HC 83.515/RS, Tribunal Pleno, Rel. Minº Nélson Jobim, DJ 4.3.2005; e HC 106.129, Rel. Minº Dias Toffolli, DJe 26.3.2012.

Necessário registrar que o interesse público na apuração de crimes graves como os ora praticados prevalecem em detrimento das garantias e interesses individuais, sendo que as renovações das interceptações revelarem-se de extrema necessidade para deslinde dos crimes que revelam-se complexos, com grande números de pessoas envolvidas, não havendo "duração extravagante da interceptações".

Aliás, os pedidos de prorrogações vieram acompanhados de novos terminais telefônicos a serem interceptados, para elucidação dos fatos e estrutura criminosa instalada dentro do sistema penitenciário de Corumbá-MS, trazendo informações indispensáveis e necessárias para tal fim.

Ressalte-se que as decisões que autorizaram a prorrogação das interceptações estão exaustivamente fundamentadas de maneira idônea.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CRIME TRIBUTÁRIO. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, BEM COMO DAS PRORROGAÇÕES. NÃO CONFIGURAÇÃO. INUTILIZAÇÃO DE TRECHOS DAS TRANSCRIÇÕES E DAS GRAVAÇÕES. AFRONTA À PARIDADE ARMAS. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. I. "É inviolável o sigilo [...] das comunicações telefônicas, salvo [...] 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). II. A interceptação telefônica é medida extrema, que somente se justifica nas situações previstas na legislação de regência (Lei nº 9.296/1996). III. No caso, o d. Juiz de 1º Grau deferiu a interceptação telefônica, a qual foi mantida pela eg.*

4ª Turma do TRF da 1ª Região, bem como a prorrogação da medida, por meio de decisões devidamente fundamentadas no preenchimento dos requisitos do art. 2º da Lei nº 9.296/96, vale dizer, por entender que havia indícios razoáveis da autoria delitiva e os fatos investigados constituíam infrações penais puníveis com pena de reclusão. lV. Esta Corte de Justiça perfilha o entendimento do Pretório Excelso, segundo o qual "é possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da Lei nº 9.296/1996 ". (HC 83.515/RS, Rel. Minº Nelson Jobim) V. "É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável. "(RHC 79.999/MG, Quinta Turma, Rel. Minº Jorge Mussi, DJe 3/3/2017). VI. É entendimento predominante neste Superior Tribunal de Justiça, bem como no col. Supremo Tribunal Federal, de que não é obrigatória a transcrição integral do conteúdo das interceptações telefônicas, uma vez o art. 9º da Lei nº 9.296/96 não faz qualquer exigência nesse sentido e determina que provas que não interessarem ao processo serão inutilizadas. VII. Outrossim, é assente na jurisprudência que não se deve reconhecer nulidade, seja ela relativa ou absoluta, se não demonstrada a efetiva ocorrência de prejuízo à defesa, nos termos do princípio do pas nullité sans grief, estampado no art. 563 do CPP e na Súmula nº 523 do col. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário não provido. (STJ; RHC 80.986; Proc. 2017/0031923-8; AM; Quinta Turma; Rel. Minº Felix Fischer; DJE 06/12/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. REDE DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTES (ART. 218 - B, §2º, INC. I, DO CP). NULIDADES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DISPONIBILIZAÇÃO EM MEIO ELETRÔNICO APÓS ASSINATURA MANUAL. IRREGULARIDADE NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 2º DA LEI Nº 9.296/1996. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DA MEDIDA. TARJAS PRETAS. ACESSO INTEGRAL AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. I. As teses relativas à interceptação telefônica de prefixos utilizados por adolescentes que não eram acusadas da prática de atos infracionais; de que houve violação ao Código de Organização Judiciária local que estabelece a competência da 1ª Vara da Infância e Juventude; de que o monitoramento ocorreu após a notícia de possível envolvimento de parlamentar estadual no delito e o pedido de trancamento da ação penal, não foram apreciadas pelo eg. Tribunal de origem no V. Acórdão combatido, o que impede esta Corte Superior de proceder a sua análise, sob pena de indevida supressão de instância. II. Não procede a alegação de que a decisão que autorizou as interceptações telefônicas foi proferida em momento posterior à realização da medida, diante da comprovação de que foi prolatada em meio físico e assinada manualmente em 6/9/2012, antes, portanto, do início do monitoramento, mas, a fim de preservar o sigilo do feito, e por questões técnicas atinentes à implantação do processo eletrônico, somente foi assinada digitalmente e disponibilizada nos autos eletrônicos em 25/9/2012. III. Não se divisa qualquer ilegalidade nas escutas telefônicas, ou nas provas delas derivadas, quando as instâncias ordinárias, de acordo com a complexidade do caso, evidencia a necessidade de sua autorização ou prorrogação, desde que atendidos os requisitos legais e em estrita observância aos critérios de indispensabilidade e razoabilidade. lV. Não há falar em nulidade da decisão que autorizou as interceptações telefônicas por insuficiência de fundamentação, pois o magistrado deferiu a medida com fulcro

no preenchimento dos requisitos do art. 2º da Lei nº 9.296/96, vale dizer, por entender que havia indícios razoáveis da autoria delitiva, e os fatos investigados constituíam infrações penais puníveis com pena de reclusão. V. "É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável" (RHC nº 39.927/SP, Quinta Turma, Rel. Minº Jorge Mussi, DJe de 3/2/2015). VI. Não há nulidade na aposição de tarjas pretas em trechos de relatório das interceptações, pois as instâncias ordinárias assentaram que a Defesa dos recorrentes teve acesso integral aos autos do Inquérito nº 009/2012, no qual todas as informações estavam completamente visíveis, de forma que a sobreposição de tarjas pretas em alguns dos elementos transportados para o Inquérito nº 011/2012, a fim de preservar o segredo de justiça quanto a pessoas não investigadas, não representou qualquer prejuízo. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ; RHC 74.191; Proc. 2016/0202624-0; AC; Quinta Turma; Rel. Minº Felix Fischer; DJE 30/10/2017)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA ARMADA E RECEPTAÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES QUE AUTORIZARAM E PRORROGARAM A QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO. PROVIMENTOS JUDICIAIS MOTIVADOS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da carta magna). 2. Das decisões judiciais anexadas aos autos, percebe-se que a excepcionalidade do deferimento da interceptação telefônica foi justificada em razão da suspeita da prática de graves infrações penais pelos investigados, tendo sido prolongada no tempo em razão do conteúdo das conversas monitoradas, que indicaram a existência de um grupo criminoso especializado no roubo de animais em propriedades rurais no interior do estado de são Paulo. Interceptações telefônicas. Prorrogações sucessivas. Diligências que ultrapassam o limite de 30 (trinta) dias previsto no artigo 5º da Lei nº 9.296/1996. Possibilidade. Provimentos judiciais fundamentados. Ilicitude não evidenciada. 1. Apesar de o artigo 5º da Lei nº 9.296/1996 prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes. 2. Na hipótese em apreço, consoante os respectivos pronunciamentos judiciais, constata-se que a prorrogação das interceptações sempre foi devidamente fundamentada, justificando-se, essencialmente, nas informações coletadas pela autoridade policial em monitoramentos anteriores, indicativas da prática criminosa atribuída aos investigados, não se verificando a alegada ausência de motivação concreta a embasar a extensão da medida, tampouco a pretensa ofensa ao princípio da proporcionalidade. 3. Recurso desprovido. (STJ; RHC 86.919; Proc. 2017/0167635-6; SP; Quinta Turma; Rel. Minº Jorge Mussi; DJE 20/09/2017)

Por conseguinte, não se constatando qualquer ilegalidade ou irregularidade na colheita de provas e nas decisões que as deferiram, não há como acatar o pleito de nulidade das provas coletas ou destas decorrentes.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem aos pacientes.

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, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0043926-72.2010.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINARES – NULIDADE DO PROCESSO DEVIDO A ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – NULIDADE DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE DO MPE INVESTIGAR E ILEGALIDADE DE ATUAÇÃO DO GAECO – REJEITADAS.

Presentes indícios razoáveis da prática do delito de extorsão (*fumus comissi delicti*) e o risco de perder a prova, não há nulidade na interceptação telefônica, bem como, "*É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável.* (STJ.RHC 39.927/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)".

A degravação integral de todas as conversas captadas na interceptação telefônica não é requisito de validade da mesma, conforme artigo 6º, § 2º, da Lei 9.296/96, bastando que a defesa técnica tenha acesso à integralidade das interceptações telefônicas.

Com a vigência do NCPC, as teses firmadas pelo STF em Repercussão Geral (Tema 184, do STF – Repercussão Geral – Poder de Investigação do MP) e matérias sumuladas pelo e STJ (Súmula 234 - *A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia)* são de aplicação obrigatória pelos Tribunais, não havendo a distinção no caso concreto ou a superação das teses.

Pedido posterior de absolvição em relação ao delito do artigo 288, *caput*, do Código Penal formulado em sede de alegações finais não tem o condão de tornar ilegítima a atuação do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - Gaeco, uma vez que pela análise temporal o feito tramitou por cerca de cinco anos, sendo a sentença prolatada após a edição da Lei 12.850/13 que modificou de forma substancial o referido tipo penal e, ainda, após o julgamento dos embargos infringentes da AP 470 em que o STF fixou novo entendimento sobre o crime de bando ou quadrilha.

EMENTA– APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 158, *CAPUT*, DO CP – ART. 158, § 1º DO CP – CONDENAÇÕES MANTIDAS – AFASTADO O CONCURSO DE AGENTES – DOSIMETRIA DA PENA-BASE REVISTA – AGRAVANTE – MANTIDA – CONTINUIDADE DELITIVA – RECONHECIDA – PROVIMENTO PARCIAL.

Comprovada a materialidade e autoria dos delitos mantém-se a condenação do agente, sendo apenas afastado o concurso de agentes.

Reduzida a pena-base ao mínimo legal por ausência de fundamentação idônea para exasperá-la.

Presente a agravante do artigo 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal, pois violação de dever inerente à profissão de jornalista.

"*Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz - considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias - aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo.* (STJ. REsp 1353693/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016)"

EMENTA– APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ART. 158, *CAPUT*, DO CP – ABSOLVIÇÃO – CONDUTA ATÍPICA – ART. 158, § 1º DO CP – ABSOLVIÇÃO – *IN DUBIO PRO REO* – RECURSO PROVIDO.

Proposta de parceria comercial para devolução de parte do dinheiro em combustível para campanha eleitoral não configura o tipo penal do artigo 158, *caput*, do Código Penal.

Duvidosa a participação do agente na prática de extorsão, pois não abordou a vítima, não fez nenhuma proposta e, ainda, não recebeu a vantagem financeira, absolve-se com base no princípio *in dubio pro reo*.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – DENÚNCIA PELA PRÁTICA DOS DELITOS DO ART. 158, *CAPUT*, DO CP, ART. 158, *CAPUT* C/C ART. 14, II DO CP E ART. 158, § 1º DO CP – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Ausentes os elementos do delito de extorsão, uma vez que a vítima não se sentiu coagida e violência psíquica exigida pela grave ameaça foi inexiste, mantida a absolvição dos agentes.

Não tendo a vítima acreditado no "mal injusto" e inexistente pedido de dinheiro, não configurada a tentativa de extorsão.

Ausente "mal injusto" e, ainda, não sendo uma das vítimas (*hearsay*) ouvida em juízo, a outra não se sentiu coagida e, para terceira, não houve nenhum pedido, inexistente a prática de tentativa de extorsão.

Tendo em vista que o réu não manteve contato com a vítima e esta admitiu que "imaginou" que haveria pedido de dinheiro, inviável a condenação.

Depoimento de vítima que apenas soube dos fatos por sua secretária não ampara a condenação, uma vez que esta, em ambas as fases, não confirmou a participação do agente na extorsão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Ministério Público, dar parcial provimento ao recurso de Antonio Fabiano e, dar provimento ao recurso de Benedito de Paula, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 6 de março de 2018.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou:

Benedito de Paula Filho como incurso nas penas do artigo 158, *caput*, do Código Penal, tendo como vítima Iara Costa; do artigo 158, § 1º, do Código Penal, por duas vezes (com relação às vítimas Manoel Henrique Barbosa Leza e Cleverson César Janiski); do artigo 158, § 1º, do Código Penal c/c artigo 14, parágrafo único, inciso II, com relação à vítima Rodolfo Pinheiro Holsback e artigo 288, do Código Penal e artigo 62, inciso I, do Código Penal.

De acordo com a denúncia, Benedito de Paula Filho (B. de Paula) é dono do Jornal "Boca do Povo", nome fantasia da Mercury comunicações Ltda., e pratica a popular "imprensa marrom", sobrevivendo de extorsões.

Em novembro de 2008, na sede do Jornal Boca do Povo, Benedito de Paula constrangeu Iara Costa que acabara de perder as eleições para fazer uma "parceria" com seu jornal e, caso aceitasse, pararia de publicar matéria ofensiva à sua honra, sendo que uma delas deu ensejo o registro de ocorrência por injúria.

Após receber a proposta, Iara chegou a levar um bloco de notas de pedidos do Jornal para preencher com os nomes dos clientes que deveria conseguir.

Em 8 de maio de 2010, junto com Antônio, constrangeram Manoel Henrique Barbosa Leza, Reginaldo da Silva Maia e Daniele da Silva Maia Leza a pagar a quantia de R$ 12.000,00 ao Jornal Boca do Povo, em troca da não publicação de matéria em desfavor da empresa Beef Nobre, chegando ao ponto de enviar por e-mail referida matéria prejudicial.

A matéria não foi publicada, apesar de marcada reuniões com Manoel e Reginaldo, porque Daniele afirmou que se tal fato ocorresse, tornaria público que B. de Paula os havia extorquido.

No dia 13 de maio de 2010, B. de Paula e Antônio constrangeram Cleverson César Janiski a contribuir com "ajuda financeira" ao jornal Boca do Povo (R$ 3.000,00), em troca de não publicação de matéria em desfavor da empresa Águas Pantanal Clube.

Cleverson aceitou pagar mil reais, sendo que o cheque emitido pela empresa Águas Pantanal Clube foi depositado na conta de Aparecida Socorro Rocha, sogra de Antônio.

Em 7 de junho de 2010 e em 8 de junho de 2010, através de ligações telefônicas, B. de Paula e Antônio tentaram constranger Rodolfo Pinheiro Holsback a efetuar pagamento em favor do Jornal Boca do Povo, em troca de não publicação desfavorável à empresa H2L Equipamentos e Sistemas Ltda., de propriedade da vítima.

Buscando intimidar a vítima, que não aceitou "colaborar", soltaram uma "notinha" ao final daquela semana denegrindo a imagem da empresa H2L Equipamentos e Sistemas Ltda.

Washington Sanches como incurso nas penas do artigo 158, *caput*, do Código Penal, tendo como vítima José Alceu Padilha Bueno e artigo 288, do Código Penal.

Washington, em data desconhecida de fevereiro ou março de 2010, foi até a empresa de José Alceu e constrangeu a vítima, mediante grave ameaça, consistente em afirmar que havia denúncia muito grave contra sua pessoa, a adquirir anúncio no Jornal Boca do Povo, pelo valor de R$ 5.000,00.

Antônio Fabiano Portilho Coene como incurso nas penas do artigo 158, *caput*, do Código Penal, tendo como vítima Adriano Correia do Nascimento; do artigo 158, *caput* c/c artigo 14 parágrafo único, inciso II, do Código Penal, por duas vezes (com relação às vítimas José Alceu Padilha Bueno e Eva de Souza Salmazo); do artigo 158, § 1º, do Código Penal por duas vezes, com relação às vítimas Manoel Henrique Barboza Leza e outros e Cleverson César Janiski; do artigo 158, § 1º c/c artigo 14, parágrafo único, inciso II, do Código Penal (com relação à vítima Rodolfo Pinheiro Holsback) e artigo 288, do Código Penal.

Conforme denúncia, Antônio, jornalista do Boca do Povo telefonou para o estabelecimento comercial da vítima Adriano (Sushi Express) dizendo que precisava falar com o mesmo com urgência, pois foi à reinauguração do restaurante e passou mal devido à ingestão de *sushi*.

Adriano foi até a sede do referido jornal, no dia 15/4/2010, e, para não ter divulgado tais fatos deveria pagar determinada quantia, que seriam despesas médicas e parte iria para o jornal como publicidade, tendo entregue cheques para Antônio, recebendo em troca autorização para publicidade.

No dia 7/5/2010 Antônio tentou constranger José Alceu a realizar pagamento em favor da Boca do Povo, dizendo que havia uma denúncia muito grave contra o mesmo, que seria divulgada, caso não houvesse o pagamento, sendo que o delito não se consumou porque a vítima resolveu não dar atenção, sendo que saiu publicada uma nota no referido jornal dizendo que a vítima estava "quebrada".

Em 11, 12 e 14 de maio de 2010, através de ligações telefônicas, Antônio tentou constranger Eva de Souza Salmazo, César Antônio Salmazo e Marcelo Dal Ongaro a pagar ao Jornal Boca do Povo, em troca de não publicação de matéria desfavorável à empresa Pavitec Construtora Ltda., de propriedade das duas primeiras vítimas e da Construbase Arquitetura e Construções Ltda. de propriedade da segunda vítima, só não se consumando por circunstâncias alheias à vontade dele, vez que as vítimas não deram atenção.

Josimar Aguirre Palácio: artigo 288, do Código Penal.

De acordo com a denúncia, B. de Paula, Antônio, Washington e Josimar se encontraram associados em quadrilha ou bando com a finalidade de cometer crimes de extorsão, achacando pessoas a contribuírem com o Jornal Boca do Povo, sob pena de serem vítimas de publicidade negativa, ofensiva à honra ou imagem de suas empresas.

B. de Paula seria o chefe da quadrilha, sendo o mesmo proprietário do Jornal Boca do Povo e apresentador do programa televisivo "MS Urgente", transmitido pela TV Guanandi e tenta não se complicar, sabendo da ilicitude das tratativas de seus comparsas.

Washington tem discreta participação, mas recebe "comissões".

Antônio é um dos "soldados" mais ambiciosos nas extorsões, agindo com ampla liberdade.

Josimar é representante comercial do Jornal Boca do Povo e recebe comissões.

A denúncia foi julgada parcialmente procedente, sendo, conforme parte dispositiva da sentença (f. 2.181-2.182):

> *"Ante o exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, hei por bem, em julgar parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, para o fim de:*
>
> *(a) absolver o acusado Benedito de Paula Filho, da imputação da pratica do crime do artigo 288, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CPP, art. 386, I);*

(b) absolver o acusado Benedito de Paula Filho, da imputação da pratica do crime do artigo 158, § 1º, do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (4º Fato - vítimas Manoel Henrique Barboza Leza, Reginaldo da Silva Maia e Danielle da Silva Maia Leza);

(c) absolver o acusado Benedito de Paula Filho, da imputação da pratica do crime do artigo 158, § 1º c/c art. 14, parágrafo único, II, ambos do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (7º Fato - vítima Rodolfo Pinheiro Hoslback);

(d) condenar o acusado Benedito de Paula Filho, como incurso nas sanções do artigo 158, § 1º, do Código Penal (5º Fato - vítima Cleverson Cezar Najiski);

(e) condenar o acusado Benedito de Paula Filho, como incurso nas sanções do artigo 158, caput, do Código Penal (7º Fato- vítima Iara Costa);

(f) absolver o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, da imputação da pratica do crime do artigo 288, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CPP, art. 386, I);

(g) absolver o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, da imputação da pratica do crime do artigo 158, § 1º, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (8º Fato - vítimas Eva de Souza Salmazo, Celso Antonio Salmazo e Marcelo Dal Ongaro);

(h) absolver o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, da imputação da pratica do crime do artigo 158, caput, c/c art. 14, parágrafo único, II, ambos do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (2º Fato - vítima José Alceu Padilha Bueno);

(i) absolver o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, da imputação da pratica do crime do artigo 158, § 1º, do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (4º Fato - vítimas Manoel Henrique Barboza Leza, Reginaldo da Silva Maia e Danielle da Silva Maia Leza);

(j) absolver o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, da imputação da pratica do crime do artigo 158, § 1º c/c art. 14, parágrafo único, II, ambos do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (7º Fato - vítima Rodolfo Pinheiro Hoslback);

(k) condenar o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, como incurso nas sanções do artigo 158, caput, do Código Penal (1º Fato - vítima Adriano Correia do Nascimento);

(l) condenar o acusado Antonio Fabiano Portilho Coene, preambularmente qualificado, como incurso nas sanções do artigo 158, § 1º, do Código Penal (5º Fato vítima Cleverson Cezar Najiski);

(m) absolver o acusado Washington Sanches, como incurso nas sanções do artigo 288, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CPP, art. 386, I);

(n) absolver o acusado Washington Sanches da imputação da pratica do crime do artigo 158, caput, do Código Penal, posto não haver provas da existência da infração penal (CPP, art. 386, II) - (3º Fato - vítima José Alceu Padilha Bueno);

(o) absolver o acusado Josimar Aguirre Palácio ,como incurso nas sanções do artigo 288, do Código Penal, posto estar provado a inexistência do fato (CPP, art. 386, I);"

A pena de Benedito de Paula Filho foi fixada em 14 anos de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial fechado, e pagamento de 600 dias-multa e de Antônio Fabiano Portilho Coene fixada em 15 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 583 dias-multa.

O Ministério Público Estadual recorre às f. 2.262-2.237

Para tanto, delimita o objeto do recurso na condenação de Washington pela prática de extorsão, tendo como vítima José Alceu Padilha Bueno, condenação de Antônio pela prática de tentativa de extorsão, tendo como vítima José Alceu Padilha Bueno, condenação de Antônio e Benedito pela prática de extorsão praticada em concurso de agente, tendo como vítima Rodolfo Pinheiro Hoslback, e de ambos pela prática de tentativa de extorsão praticada em concurso de agente tendo como vítimas Manoel Henrique Barboza Leza, Reginaldo da Silva Maia e Danielle da Silva Maia Leza.

Argumenta que independe da ilicitude da conduta das vítimas, há de se destacar os delitos cometidos pelos apelados e a vontade dos mesmos de não informar à população sobre fatos que interessam ao bem coletivo, mas sim, de forma dolosa, barganhar, através de constrangimento das vítimas, ameaçando-as para delas extrair de forma criminosa vantagem econômica.

Afirma que José Alceu Padilha Bueno detalhou a forma como os apelados perpetraram a extorsão e exigiram o pagamento de cinco mil reais que seria formalizado através de falso contrato de publicidade.

Expõe que por não ter pago a quantia exigida por Washington se viu exposto no Jornal "Boca do Povo" com nota ofensiva e as testemunhas ouvidas corroboram o depoimento da vítima.

Assevera que Antônio tinha conhecimento de suposto crime eleitoral praticado por José Alceu e havia ameaça de divulgação do mesmo no Programa "MS Urgente", ou seja, prática da "imprensa marrom".

Em relação à vítima Rodolfo Pinheiro Hoslback comprovada a prática delitiva, sendo a extorsão ignorada pela vítima, conforme prova testemunhal e nota publicada denegrindo a imagem da empresa.

Aduz que houve ameaça de publicação de matéria ofensiva à reputação do Frigorífico Beef Nobre, administrado por Reginaldo, Manoel e Daniele, com robusto conjunto probatório.

Entende que a extorsão é crime formal e admite tentativa, bem como, o julgador singular ignorou as provas produzidas nas interceptações telefônicas e a palavra das vítimas.

Explana que a juntada dos áudios colhidos de forma resumida não prejudicou a defesa e a apreciação de prova pelo juízo sentenciante, bem como, os apelados ultrapassam a ideia de jornalismo e a liberdade de expressão, violando o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros.

Ao final, requer a condenação de Washington pela prática do delito capitulado no artigo 158, *caput*, do Código Penal, tendo como vítima José Alceu Padilha Bueno, Antônio nas penas do artigo 158, *caput* c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal, tendo como vítima José Alceu Padilha Bueno, Antônio e Benedito nas penas do delito do artigo 158, § 1º, do Código Penal, tendo como vítima Rodolfo Pinheiro Hoslback e pelo mesmo delito, na modalidade tentada, tendo como vítimas Manoel Henrique Barboza Leza, Reginaldo da Silva Maia e Danielle da Silva Maia Leza.

Contrarrazões de Antonio Fabiano Portilho Coene pela mantença da sentença no tocante às absolvições (f. 2.432-2.461).

Contrarrazões de Benedito de Paula Filho pelo desprovimento do recurso da acusação (f. 2.631-2.672).

Inconformado com a sentença, recorre Antônio Fabiano Portilho Coene, às f. 2.342-2.431.

Levanta, preliminarmente, a nulidade do processo devido a ilegalidade das interceptações telefônicas, por desrespeito à lei de regência, por ser possível a apuração da prática criminosa por outros meios.

Afirma que a interceptação telefônica tem caráter subsidiário, que foi violado na decisão que deferiu o pedido do referido meio probatório, bem como, nem todas as interceptações foram degravadas e disponibilizadas à defesa, o que causa prejuízo.

Levanta a preliminar de nulidade do processo devido à atuação do Gaeco, pois:

> *"Não está se combatendo, apenas, a possibilidade ou impossibilidade genérica do Ministério Público realizar investigações, mas sim, e, sobretudo, a impossibilidade da repartição Gaeco de conduzir o feito perante aquele Juízo. (...) Ou seja, ao órgão ministerial foi atribuída apenas a função de controle externo do inquérito policial, podendo, além disso, requisitar diligências e a instauração do inquérito policial (o que demonstra que não tem a atribuição de investigar, que é privativa do delegado de polícia), sendo-lhe reservada a titularidade da ação penal. Note que a Carta Magna atribuiu ao Ministério Público a função de instaurar inquérito civil, mas não falou em investigação criminal. (...) Outrossim, a investigação criminal conduzida exclusivamente pelo promotor de justiça afeta negativamente a imparcialidade do procedimento, causando desequilíbrio entre as partes do futuro processo, visto que provas importantes são produzidas nessa fase. (...) Resta claro a ilegalidade procedimental do Parquet por invasão de atribuições cuja Constituição entendeu por bem atribuir exclusivamente à Polícia Judiciária, sendo certo que o poder-dever do MP é o de fiscalizar as atividades policiais através de um controle externo, sem, porém, investir-se nas atribuições legais de Delegado de Polícia, sob pena de nulidade da Ação Penal. Outra nulidade, distinta da anterior, diz respeito a falta de competência por parte do MP atuar nesse processo especificamente através do Gaeco, que é o denominado Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado. (...). Desta forma, antecipa-se que a atuação do Gaeco neste processo, especificamente, é ilegítima, pois que não tinha atribuição específica para investigar o caso dos autos e, muito menos, ofertado denúncia e conduzido esta Ação Penal, senão pelo fato de não haver sequer indícios da existência ou formação de uma organização criminosa dedicada ao cometimento de crimes. Após superada a fase de instrução probatória, ficou ainda mais claro a inexistência de uma organização criminosa a atrair a atuação do Gaeco, ainda mais se considerarmos que nem mesmo a imputação do crime de quadrilha ou bando subsistiu, sendo que o próprio Gaeco pugnou pela absolvição dos réus quanto a este crime em vista da insubsistência dos elementos por ele coligidos. Fica evidente que a suspeita de uma organização criminosa não passou de ilações desconexas e de pouquíssimo substrato, para não dizer nenhum, e assim vasculhar a vida dos réus. Como dito, repita-se, não há e já não havia, sequer, indícios da formação de uma organização criminosa".*

No mérito, argumenta que o Ministério Público Estadual não logrou provar os fatos pelo qual foi condenado.

Em relação à vítima Adriano, entende que a conduta é atípica, uma vez que este atuou de forma ativa a provocar a conduta criminosa, munindo-se de gravador, provocando a atuação e a tratativa sobre valores, ou seja, "armou" a situação criminosa, bem como, havia discricionariedade por parte do Jornal Boca do Povo em publicar ou não publicar as denúncias e informações que chegam ao seu conhecimento e que:

> *"(...) há que se reconhecer a atipicidade material da conduta de Fabiano Portilho, vez que consistiu em tentativa impunível (crime impossível) tendo em vista o atuar ardiloso da suposta vítima Adriano Correia induzindo as condutas de Fabiano, havendo, portanto, crime impossível por obra do agente provocador conforme bem ficou demonstrado nas*

alegações supra, razão pela qual a r. sentença do Juiz sentenciante merece ser reformada nesse ponto, de modo a absolver o apelante pela prática do crime do artigo 158, caput do Código Penal".

Quanto à vítima Cleverson assevera que houve simples negociação entre as partes, uma vez que recebidas diversas reclamações em desfavor da empresa Águas do Pantanal Clube:

"(...) o que fora feito, foi uma proposta, uma oferta, que poderia ter sido aceita ou recusada normalmente pelo preposto da empresa, em decorrência normal de transações que ocorrem corriqueiramente em estabelecimentos que atuam nesse ramo. Não há, em nenhuma passagem, elementos concretos, fatos comprovados, que demonstrem a existência de constrangimento por parte de Fabiano Portilho, mas tão somente ilações desconexas que, sabe-se lá o porquê, foram utilizadas pelo MM Juiz sentenciante para fundamentar o édito condenatório. E aqui estamos para combatê-lo, porque destituído de fundamento".

Caso mantida a condenação, argumenta que:

(...) não houve concurso de agentes, sendo que "O MM. Juiz sentenciante equivocou-se em jogar sobre as costas da Defesa o ônus de provar que não houve concurso de pessoas, equivocando-se ainda mais, ao admitir tal imputação condenando o réu pelo crime de extorsão qualificada pelo concurso de agentes".

Explana que a pena-base foi exasperada de forma inidônea e com violação à Súmula 444, do STJ e que não há concurso material, mas continuidade delitiva.

Ao final, requer:

"(...) 233. Ante o exposto, esta defesa requer, após parecer da Douta Procuradoria de Justiça, o conhecimento do presente apelo e, no meritum causae, o provimento para reformar a r. sentença combatida de modo a: - acolher a preliminar de incompetência do Gaeco para investigar e conduzir o jus acusationis, reconhecendo a nulidade do processo; - acolher a preliminar de modo a declarar ilegal a prova inquisitorial produzida através das interceptações telefônicas, com seu consequente desentranhamento dos autos; - superadas as preliminares, no mérito, sejam os elementos esposados nas razões levados em consideração para absolver o apelante Antônio Fabiano Portilho Coene, por ser medida de justiça; - em não entendendo ser caso de absolvição, o que se menciona apenas por hipótese, que a sentença seja reformada de modo a redimensionar a pena do Apelante nos termos das razões apresentadas".

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f. 2.465-2-554) pelo desprovimento do recurso defensivo de Antônio.

Pedido de prisão preventiva de Benedito de Paula Filho, e Antonio Fabiano Portilho Coene (f. 2.555-2.622).

Benedito de Paula Filho recorre às f. 2.677-2.728.

Narra que a investigação, desde o início, visou atingi-lo e que:

"(...) o Gaeco nunca possuiu legitimidade para estar no comando destas investigações e tampouco da condução da persecutio criminis, pois nunca houve sequer indício de prática de crime organizado. Pela lógica irrefutável autoriza-se acreditar, então, que se estava à frente da investigação que não era de sua competência, algo de especial existia neste processo. Algo que retirava o feito das - competências institucionais - previamente dispostas na norma e, se não conduzia inexoravelmente os rumos que

iria adotar o feito, ao menos tornava-os intuíveis e perfeitamente esperados. Ao final do processo, no apagar das luzes, o próprio Ministério Público acabou por reconhecer - em atos e não em palavras - que o Gaeco nunca foi o 'promotor natural' deste feito, pois extraiu da imputattio delicti o pedido de condenação pelo delito de formação de quadrilha. Todavia, já desde o início deste feito isto era absolutamente nítido. A inserção de Josimar na denúncia foi, obviamente, uma estratégia numérica para atender as exigências do tipo penal. Então, o que mudou não foi a compleição dinâmica dos fatos, mas a necessidade de legitimar quem não tinha legitimidade".

Em relação à vítima Cleverson esclarece que este prestou depoimento indireto, com base em informações prestadas por um funcionário, sendo que:

"(...) a única pessoa capaz de esclarecer a conduta de Benedito de Paula Filho os fatos teriam se dado sob a seguinte dinâmica: a) Fabiano teria ligado para a testemunha e perquirido acerca de uma matéria jornalística que pretendia publicar; b) a testemunha teria se dirigido até a sede do jornal e falado com Fabiano, esclarecendo que as reclamações junto ao Procon eram infundadas e que o Clube estaria realizando diversas inovações para seus associados; c) Fabiano teria proposto, então, que a empresa representada pela testemunha realizasse uma propaganda destas inovações; d) O Apelante ingressou na sala depois da conversa acerca da matéria sobre o Procon; e) Quando o Apelante entrou na sala, Fabiano teria relatado que o Clube estava pensando em realizar melhorias, mudanças, tendo o Apelante dito que poderiam fazer publicidade disto na tv", ou seja, não praticou referido delito, além de não haver por parte de Diego relato firme da existência de crime, por ausência de vínculo entre publicidade e ausência de publicação da matéria sobre o Procon, além da ausência de coação ou chantagem.

Entende que:

"(...) para aceitar o delito de extorsão seria necessário 'presumir' que Fabiano ligou para a empresa com outro intuito, que não aquele que a testemunha teria entendido como sendo o motivo da ligação (inteirar-se acerca da versão da empresa). Seria, ainda, necessário 'presumir' que Fabiano não teria se convencido com as informações repassadas por Diego que retiravam da matéria seu interesse jornalístico. Também dever-se-ia 'presumir' que Fabiano teria ofertado a publicação de publicidade com o intuito de condicionar sua realização a não veiculação da matéria anterior (sobre o Procon). Dever-se-ia, ainda, 'presumir' que Fabiano, mesmo sem ter condicionado ambas as situações, pretendia coagir a Empresa à efetuar publicidade em troca de não publicar a matéria sobre o Procon. E, por derradeiro, seria necessário 'presumir' que Fabiano tinha o dolo direcionado à ameaça ilegal. [...] A sentença simplesmente desconsidera o 'princípio da realidade' para afirmar que a prova diz exatamente aquilo que a prova nega. Segundo a decisão combatida, os depoimentos de Cleverson e Diego conduziriam ao raciocínio de que Benedito de Paula Filho participou diretamente da extorsão. Que estava junto com Fabiano e com Daniel nesse momento. Nem a própria acusação afirmou isso. E não afirmou, não só porque isso sequer fazia parte de suas suspeitas, mas principalmente porque está provado nos autos que não aconteceu.[...] A única ação que se imputa ao apelado é ter sugerido uma via de publicidade. Não chantageou, não negociou, não conversou com a parte e não participou de qualquer diálogo que pudesse - ainda que sob as infinitas presunções - em que se baseia o pedido - ser sequer comparada ao delito de extorsão. Segundo o Parquet sua coautoria estaria inserta na responsabilidade penal objetiva de ser redator chefe e segundo a sentença sua responsabilidade decorreria de estar presente onde provadamente não estava".

Quanto à vítima Iara, argumenta que o suposto crime de injúria sequer chegou ao Judiciário e não houve suposta ameaça, pois:

> *"(...) não há a descrição de qualquer ato que atente contra o patrimônio de Iara Costa. A conduta descrita não afronta o patrimônio da suposta vítima, não induz qualquer ato de inversão de propriedade (seja por subtração ou por assentimento), não há sequer tentativa de decréscimo patrimonial. A condenação pelo delito de extorsão só poderá ocorrer quando o Ministério Público demonstre que o Agente ameaçou ou usou de violência para constranger a vítima com o intuito direto de, com isto, lesionar o patrimônio desta, invertendo-o em seu benefício, mediante ato ou omissão da própria vítima. Todavia, esse fato não ocorreu em relação a Iara Costa. Não foi descrito na denúncia e também não foi considerado pela sentença. No máximo o que se poderia admitir' desde que se aceitasse integralmente o que se afirma ter ocorrido' seria que o Apelante teria investido, frustradamente, contra a liberdade pessoal de escolha da suposta vítima, tentando obriga-la a fazer algo que a lei não lhe impõe. Ou seja, vender publicidade para o Apelante. Todavia, mesmo que se aceite os fatos descritos na denúncia em sua integralidade e, mais do que isto, ainda que se aceite os fatos descritos na r. sentença como justificadores da aplicação de pena pelo delito de extorsão, dever-se-ia admitir que mediante grave ameaça o apelante teria tentado coagir Iara Costa a vender publicidade de seu jornal. Esse fato não ataca o patrimônio de Iara Costa, mas sim a sua liberdade pessoal de autodeterminação. Ou seja, mesmo na hipótese de se admitir, integralmente, o que vem narrado na denúncia, o delito não atentaria contra o patrimônio e sim contra a liberdade pessoal. E, portanto, não se trataria de crime de extorsão, mas sim de crime de Coação Ilegal* (art. 146, do CP)".

Caso mantida a condenação, entende que a dosimetria da pena deve ser revista, por ser inidônea, pelo *error in judicando* e por inserir agravante genérica de forma indevida.

Ao final, requer:

> *"(...) o provimento do presente Recurso de Apelação, absolvendo o apelante do delito de extorsão contra as vítimas Água do Pantanal (Cleverson Cezar Najiski) e do delito de extorsão contra a vítima Iara Costa; Subsidiariamente, na improvável hipótese de não ser esse o entendimento desta Corte, requer a desclassificação do delito de extorsão praticado contra a vítima Iara Costa para o delito de Coação Ilegal; Ainda subsidiariamente, na hipótese de improvimento dos pedidos acima, requer seja reanalisada a fixação da pena, ante a flagrante ilegalidade apontada."*

Contrarrazões do Ministério Público Estadual pelo improvimento do recurso (f. 2.734-2.802).

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 2.806-2.810, requer a conversão do julgamento em diligência para intimação de Washington Sanches para apresentar contrarrazões (f. 2.806-2.810).

Pedido deferido, às f. 2.812.

Contrarrazões de Washington Sanches, às f. 2.817-2.826, pelo desprovimento do recurso.

Benedito de Paula Filho, às f. 2.832-2.833, apresenta o substabelecimento de seu novo defensor.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 2.834-2889 pela:

Rejeição das preliminares arguidas no recurso de Antônio Fabiano Portilho Coene.

Provimento parcial do apelo de Antônio Fabiano Portilho Coene para reduzir a pena-base ao mínimo legal.

Provimento parcial do apelo de Benedito de Paula Filho para redimensionar a pena-base.

Provimento do recurso do Ministério Público Estadual.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Tratam-se de apelos interpostos por Antonio Fabiano Portilho Coene, Benedito de Paula Filho e Ministério Público Estadual.

Os apelos envolvem absolvição e condenação por delitos de extorsão com similitude fática e por tal razão serão analisados de forma conjunta, por ordem cronológica da prática delitiva descrita na denúncia, após a análise das preliminares arguidas.

O indeferimento do pedido de prisão preventiva dos apelados já foi tratado em recurso próprio (Recurso em Sentido Estrito em Medidas Investigatórias Sobre Organizações 0007388-82.2016.8.12.0001)

A defesa técnica de Antonio Fabiano Portilho Coene levanta duas preliminares:

Nulidade do processo devido a ilegalidade das interceptações telefônicas, por desrespeito à lei de regência, por ser possível a apuração da prática criminosa por outros meios.

Antes de adentrar à análise da referida preliminar, tomo de empréstimo o resumo fático dos acontecimentos que antecederam ao pedido de interceptação telefônica contido nas contrarrazões do Ministério Público Estadual, que passa a ser parte integrante desta decisão (f. 2.839):

> *"(...) a partir da notitia criminis apresentada pela vítima Adriano Correa do Nascimento, dando conta da prática criminosa engendrada pelos réus Antônio Fabiano Portilho Coene e Benedito de Paula Filho, passou-se a se averiguar a veracidade das ditas informações, isto é, 'antes de requerer a medida cautelar, o Gaeco notificou e ouviu as testemunhas Maria Tânia Monteiro Salvaterra (pp. 106/109), Junior Dias do Nascimento (pp. 111/114), Waldemir Santos da Silva (pp. 116/118), as quais corroboraram o relato da vítima Adriano Correa do Nascimento' (f. 2.477).*
>
> *Bem assim, 'obviamente, a colheita da prova se deu também na forma de interceptações telefônicas, porque era por meio de ligações que os emissários do Jornal Boca do Povo comumente consumavam as extorsões, tanto que a própria vítima Adriano Correia do Nascimento trouxe a este Grupo Especial uma gravação contendo os diálogos telefônicos que manteve com o Apelante' (f. 2.477)."*

Primeiramente nenhum direito tem caráter absoluto, entre eles o contido no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal:

> *(...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Desta forma é possível a captação da comunicação telefônica mediante ordem judicial, conforme Lei 9.296/96, com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 1º).

No caso concreto, verifica-se que no dia 22 de abril de 2010 requerida pelo Gaeco a autorização para interceptação da comunicação telefônica de cinco linhas telefônicas (f. 138-145), sendo que havia indícios razoáveis e que Antônio estava praticando o delito de extorsão (*fumus comissi delicti*), tendo em vista documentos de f. 101-137.

Em relação ao artigo inciso II do artigo 1º da Lei 9.296/96 - *"Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis"* presente o *periculum in mora* no caso concreto.

Como esclarece Renato Brasileiro de Lima[1]:

> *"O periculum in mora é o segundo pressuposto para a decretação de toda e qualquer medida cautelar. No caso específico da interceptação telefônica, o perigo na demora deve ser compreendido como o risco ou prejuízo que a não realização imediata da diligência poderá acarretar para a investigação criminal ou para a instrução processual. Na verdade o periculum in mora é ínsito à necessidade de a conversa telefônica se desenvolve, sob pena de perder a prova"*

É exatamente o que ocorreu no caso concreto.

Sem a interceptação telefônica correria o risco de se perder a prova, uma vez que já havia indícios de que uma extorsão estava sendo praticada por jornalista integrante do quadro de determinado Periódico.

Ressalte-se que a decisão de f. 146-149 que autorizou a interceptação telefônica está devidamente fundamentada de acordo com a Lei 9.296/1996, pois aponta a existência de indícios da autoria em de crime punido com pena de reclusão (extorsão) e, ainda, a inexistência de outros meios disponíveis de prova:

> *"(...) Como se vê pelas circunstâncias acima declinadas, o extorsionatário comunicará com a vítima basicamente com o telefone, ameaçando-a com a prática de mal futuro, havendo indícios razoáveis de que a conduta pode estar sendo realizada em detrimento de outros empresários desta capital"* (f. 147).

Frise-se que:

> *"(...) É ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável.* (STJ.RHC 39.927/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 03/02/2015)"

Outrossim, a degravação integral de todas as conversas captadas na interceptação telefônica não é requisito de validade, conforme artigo 6º, § 2º, da Lei 9.296/96:

> *(...) Art. 6° Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização - § 2° Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.*

Novamente nas palavras de Renato Brasileiro de Lima[2], "*não há necessidade de degravação integral das gravações, desde que assegurado às partes o acesso à integralidade dos registros"*.

No caso concreto, nenhuma defesa técnica comprovou que deixou de ter acesso total aos referidos registros, pois, para o presente processo, desnecessária a reprodução na íntegra de toda a interceptação telefônica até mesmo por atentar contra a economia processual.

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.337.

2 *Op. cit*., p.90.

Por oportuno:

> *"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – NULIDADE PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – PERÍCIA – INDEFERIMENTO – DECISÃO FUNDAMENTADA – DEGRAVAÇÃO INTEGRAL – DESNECESSIDADE. [...] 4. Na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, "desnecessária a juntada do conteúdo integral das degravações das escutas telefônicas realizadas nos autos do inquérito no qual são investigados os ora Pacientes, pois bastam que se tenham degravados os excertos necessários ao embasamento da denúncia oferecida, não configurando, essa restrição, ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República)"* (HC 91.207-MC/RJ, Rel. para acórdão Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 21.9.2007). 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF. HC 120121 AgR, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25/11/2016, Processo Eletrônico DJe-262 Divulg 07-12-2016 Public 09-12-2016)"
>
> *"(...) Conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afigura-se suficiente, para adimplir a determinação do art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1995 e assegurar o direito de defesa dos acusados, o acesso à degravação dos diálogos aludidos pela denúncia, sendo dispensável a disponibilização de todo o material oriundo da interceptação telefônica* (HC 91.207-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 21.9.2007; INQ 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe de 26.3.2010; RHC 117.265, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 26.5.2014; INQ 4.023, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 1º.9.2016). (STF. Inq 3965, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, Acórdão Eletrônico DJe-259 Divulg 05-12-2016 Public 06-12-2016)".

Portanto, ausente o referido prejuízo causado à defesa técnica de Antônio, que sequer, nos autos comprovou que teve acesso negado ao conteúdo da integralidade das interceptações telefônicas.

Nulidade do Processo devido a impossibilidade do Ministério Público investigar e da ilegalidade do Gaeco de atuar no presente caso.

Em relação à impossibilidade do Ministério Público conduzir investigações, as questões colocadas no apelo pela defesa técnica de Antônio estão superadas, pois a questão já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral, sendo firmado o Tema 184, com a seguinte tese:

Tema 184 *Leading Case* RE 593727	O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

Quanto ao fato de promotores que atuaram na fase investigativa terem interposto a denúncia, temos a Súmula 234, do STJ: "*A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia"*.

Com a vigência do NCPC, as teses firmadas pelo STF em Repercussão Geral e matérias sumuladas pelo STF e STJ são de aplicação obrigatória pelos Tribunais, não havendo a distinção no caso concreto ou a superação das teses[3].

Em relação ao fato da atuação dos promotores que integram o Gaeco, no caso concreto, houve no início dos procedimentos, em 2010, inicialmente, a identificação do delito descrito no artigo 288, *caput*, do Código Penal, com a redação vigente à época dos fatos.

Verifica-se que houve denúncia pela prática de referidos delitos e o pedido posterior de absolvição formulado em sede de alegações finais (f. 1.741-1.808) não tem o condão de tornar ilegítima a atuação do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado - Gaeco.

Note-se que o feito foi julgado somente em 4 de março de 2016, ou seja, após a edição da Lei 12.850/13[4] que modificou de forma substancial o artigo 288, do Código Penal, tanto no *nomem iuris* da conduta criminosa praticada e na *mens legis*, bem como, após o julgamento dos embargos infringentes da AP 470 em que o STF fixou novo entendimento sobre o crime de bando ou quadrilha[5].

Portanto, de forma alguma houve ofensa ao princípio constitucional mencionados pela defesa técnica do apelante Antônio (f. 2.372).

Observe-se que desde o início houve transparência acerca da atuação dos Promotores integrantes do Gaeco no caso concreto.

Note-se que referida questão foi levantada em 13 de setembro de 2010 (f. 1.033-1.056) pela defesa de B. de Paula, rejeitada em 2 de março de 2011 (f. 1.094-1.101) e não apreciada na sentença pela preclusão *pro judicato*, vindo à tona 5 anos depois.

Verifica-se ainda que a defesa técnica de Antônio bate na tese da mudança legislativa que ocorreu bem depois das investigações e oferecimento da denúncia.

Desta forma rejeito a preliminar arguida.

Mérito

Vítima Iara Costa

Fato ocorrido em novembro de 2008

B. de Paula foi condenado por extorsão tendo como vítima Iara, fato ocorrido em 2008.

---

3 "Conforme entendimento presente no enunciado n. 234 desta Corte Superior, não cabe suscitar o trancamento da ação penal pela participação direta de membro do Ministério Público nas investigações, acarretando ilicitude das provas, ou mesmo pelo oferecimento da inicial acusatória pelo referido promotor. (STJ. RHC 35.986/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016)".

4 Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.850, de 2013)

5 "[...] De todo modo, caso se fosse avançar para o exame da procedência ou improcedência das imputações, a hipótese dos autos revela concurso de agentes, e não a caracterização do crime de quadrilha. Inexistência de elementos suficientes que demonstrem a formação deliberada de uma entidade autônoma e estável, dotada de desígnios próprios e destinada à prática de crimes indeterminados.(STF. AP 470 EI-décimos terceiros, Relator(a): Min. Luiz Fux, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014, Acórdão Eletrônico DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)"

De acordo com a denúncia (f. 59-60), Iara foi candidata à Prefeita da cidade de Campo Grande-MS e não obteve êxito.

B. de Paula propôs uma parceria à Iara: caso a mesma aceitasse conseguir clientes para o Jornal Boca do Povo, as publicações ofensivas à sua honra iriam cessar.

Diante de tal constrangimento Iara chegou a levar um bloco de notas de pedidos de Jornal para preencher com os nomes dos clientes que deveria conseguir, sendo esta a indevida vantagem financeira obtida por B. de Paula.

Em relação a tal fato a denúncia sequer merecia ter sido recebida, muito menos a condenação se sustenta, pois conforme tese defensiva sustentada ao longo do processo, tal conduta é atípica.

Prevê o artigo 158, do Código Penal:

> *"(...) Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa".*

Embora a extorsão seja crime formal - Súmula 96, do STJ - "*O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida"* – não podemos perder de vista, de acordo com Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad[6], que o "*bem jurídico tutelado de maneira imediata na extorsão, é o patrimônio em geral e não a propriedade stricto sensu*".

No caso concreto na denúncia não narrado fato que se amolda ao delito de extorsão porque em momento algum há narrativa de que o bem jurídico tutelado – no caso, o patrimônio de Iara – foi atingido.

Iara levou um bloco para captação de clientes, ou seja, de forma alguma atingido seu patrimônio.

Aliás, em juízo Iara afirmou que *"ele foi mais claro, dizendo que nós poderíamos fazer então uma parceria, eu ajudaria a vender produtos do jornal dele e ele então, aliviaria as matérias do jornal"* (f. 1.182).

Esclareceu Iara que nunca houve pedido de dinheiro, apenas a entrega de blocos para fazer a venda do jornal para clientes, pessoas e empresas de seu conhecimento, sendo que saiu do local e descartou referido material (f. 1.182).

A testemunha Adalton Garcia de Freitas, na fase judicial, narrou que "*eles nos convidou para que fosse lá no Jornal dele, ele ofereceu que nós conseguíssemos mais parceiros pra ele e ele conseguia combustível pra gente, pararia de bater, pararia de noticiar matérias maldosas, coisas infundadas*" (f. 1.186)

Ora, Iara sentiu-se pressionada psicologicamente em razão das matérias publicadas no Jornal Boca do Povo, mas, em nenhum momento teve seu patrimônio atingido por qualquer constrangimento praticado por B. de Paula.

Interessante que a testemunha Adalton consigna que firmada referida parceria, ele e Iara, pertencentes ao mesmo partido, receberiam cotas de combustível.

De forma alguma há extorsão quando a "vantagem financeira" é captada de terceiros e será dividida entre as partes.

6 In: FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (coord). **Código Penal e sua Interpretação: doutrina e jurisprudência.** 8. ed. São Paulo: RT, 2007, f. 807.

Se tal não bastasse duvidoso o constrangimento ilegal.

Como consigna o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca , do STJ:

> *"O crime de extorsão consiste no constrangimento/coação imposta a alguém para que este faça algo, empregando o agente violência ou grave ameaça, entendendo-se esta como a intimidação, coação psicológica, que pode ser exercida de forma direta ou indireta, implícita ou explícita, de um castigo ou malefício, devendo-se, para tanto, analisar diversos outros fatores, tais como, fragilidade da vítima, condição físicas e profissionais do agente, dentre outros. Nesse sentido é a lição da doutrina: A grave ameaça consiste na intimidação, isto é, coação psicológica, na promessa, direta ou indireta, implícita ou explícita, de castigou ou de malefício. A sua análise foge da esfera física para atuar no plano da atividade mental. Por isso mesmo sua definição é complexa, porque atuam fatores diversos, como a fragilidade da vítima, o momento (dia ou noite), o local (ermo, escuro etc) e até mesmo a aparência do agente. Note-se que, não obstante a grave ameaça deve ser dirigida a alguma pessoa, não é necessário que seja contra sua integridade física, bastando que o mal prometido seja injusto e capaz de causar efetivo temor. (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, Parte Especial (Arts. 121 ao 361). Volume Único. 6ª edição. Editora JusPODIVM, 2014. p. 297) E, entende-se por grave ameaça aquela que tem "potencial de causar mal relevante à vítima ou a outrem, ou seja, que lhe impõe temor a ponto de afetar sua liberdade de agir"* (REsp. n. 1.313.150/RS, Rel. min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, Dje 28/10/2013)" (STJ. HC 353.818/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

Há um diferencial do presente caso dos demais narrados na denúncia: o Jornal Boca do Povo de forma constante fazia publicações que Iara entendia ofensivas à sua honra e a promessa com a "parceria" era cessar referidas publicações, ou seja, não havia potencial de causar "mal relevante".

Portanto, a absolvição é medida que se impõe com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Vítima José Alceu Padilha Bueno

Fato ocorrido entre fevereiro/março de 2010

Conforme denúncia, em fevereiro ou março de 2010, Washington, na sede da empresa Bueno Transportes e Comércio Ltda. constrangeu José Alceu a realizar pagamento, em favor do Jornal Boca do Povo, mediante grave ameaça, consistente em afirmar que havia uma "denúncia" muito grave contra o mesmo, sendo que para resolver a situação da vítima deveria adquirir um anúncio no Jornal Boca do Povo, no valor de R$ 5.000,00, em troca da não publicação.

José Alceu não aceitou pagar referida quantia e saiu uma nota no Jornal Boca do Povo dizendo que a vítima estava "quebrada" e que deveria ser porque tinha parado de receber os dízimos dos pastores e de praticar agiotagem.

Ouvido na Delegacia de Polícia, em 19 de maio de 2010, José Alceu narrou que recebeu telefone de Washington e este disse que havia uma "denúncia" muito grave contra sua pessoa e queria resolver sua situação. Contou que referida denúncia seria no sentido de que pegava o dinheiro coletado no dízimo e ofertas da igreja e praticava agiotagem (f. 314).

Constou, *in verbis*: o declarante deu risada dessa alegação (f. 314).

Expôs que Washington disse que deveria adquirir no valor de R$ 5.000,00, em troca da não publicação, sendo que não aceitou pagar, porque se eles fizessem alguma coisa iria denunciá-los e o valor da proposta foi reduzido para R$ 1.000,00 , sendo que mandou publicar a matéria e que se ela ofendesse qualquer pastor ou igreja iria denunciá-lo (f. 313-314).

José Alceu, em juízo, narrou que Washington foi até sua empresa pra "negociar" para a matéria não ser publicada e que nada pagou, sendo que disse para o mesmo *"não adianta você jogar isso aí, você está batendo em cachorro morto. Possivelmente não sairia candidato, porque estou apertado financeiramente, não adianta você jogar matéria para denegrir a minha imagem, porque isso não é verdade e você vai responder penalmente, pelos pastores, ou pela igreja, se citar o caso"* (f. 1.169)

Rodrigo Araújo Teixeira, funcionário de José Alceu, em juízo, afirmou desconhecer a extorsão porque "*eu sabia que ele fazia algumas, como eu posso dizer, ele adquiria alguns produtos da Boca do Povo né, ele fazia algumas páginas assim, alguns anúncios, mas até então eu não sabia"* (f. 1.173).

Na fase judicial, Roger de Jesus Freitas, funcionário de José Alceu, narrou que seu patrão recebeu proposta para que certa matéria não fosse vinculada e, antes, o mesmo anunciava no Jornal Boca do Povo (f.1.176).

Não há como condenar Washington com referido acervo probatório.

Sobre a extorsão, Luiz Régis Prado[7] consigna que:

> *"É um delito complexo, porque atinge a pessoa e o patrimônio. Em consequência, a tutela penal abrange ambos os bens jurídicos violados pela ação delituosa. Protegem-se o patrimônio e a integridade física e psíquica do ser humano (delito pluriofensivo*).
>
> *Em geral, a extorsão apresenta dois elementos essenciais, que são a coação da vítima e a obrigação de agir ou deixar de agir, de modo a proporcionar o proveito ilícito para o autor do delito. Insere-se na categoria dos delitos com a cooperação da vítima, sendo caracterizada pelo requisito positivo do ato de disposição patrimonial".*

Aqui não se tem os elementos da extorsão: a) a vítima não se sentiu coagida, tanto que declarou que *deu risada* da proposta do apelado; b) o patrimônio não foi atingido; c) a violência psíquica exigida pela existência de grave ameaça não se revelou presente.

Verifica-se que tal fato se deu entre fevereiro/março de 2010, ou seja, sem nexo causal com publicação publicada em época de eleição, meses depois.

Desta forma, mantida a absolvição de Washington.

Vítima Adriano Correia do Nascimento

Fato ocorrido em 15 de abril de 2010

Na esteira da jurisprudência acima transcrita, adianto desde já que a condenação de Antônio em relação a referido delito merece ser mantida.

Adriano, empresário em Campo Grande-MS, reinaugurou seu restaurante Sushi Express no dia 10 de abril de 2010 devido à mudança de endereço[8], sendo que dias depois, em 15 de abril de 2010, recebeu

7 PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro.** v.5 São Paulo: RT, 2014, p.117. .

8 Antes era situado à Rua Pernambuco, 1.007- Bairro São Francisco, em Campo Grande-MS e passou a funcionar na Rua Rio Grande do Sul, 1.523 -Centro, em Campo Grande-MS.

Antônio telefonou para sua empresa, dizendo ser do Jornal Boca do Povo e insistia para falar com o mesmo, sendo que disse para Tânia que um cliente que foi na reinauguração havia passado mal, após consumir o sushi e o procurado no jornal.

No mesmo dia, por volta de 15h30, Adriano foi até o Jornal Boca do Povo com seu sobrinho Júnior Dias do Nascimento, conversou com Antônio que mostrou alguns documentos e disse serem laudos de cliente de nome Tiago e que teria que acertar as despesas médicas e acertar a parte do jornal – R$ 3.000,00 - em troca de publicidade (f. 127), podendo ser entregues dois cheques (f. 126), além de forçá-lo a criar pontos de distribuição do referido periódico.

Em juízo, Adriano confirmou que foi ao jornal e Antônio disse que um cliente havia passado mal após a ingestão de sushi na reinauguração de seu restaurante, mostrou laudos médicos, extrato do pagamento da conta e demais comprovantes, mas deixou falar com o aludido cliente, tendo passado o telefone deste após o pagamento (f. 1.150-1.151).

Adriano disse que Antônio exigiu que acertasse as despesas médicas e a "parte" do jornal, ficando subentendido que era para não divulgar a matéria sobre referido fato (f.1.151).

Acresceu Adriano que entregou dois cheques de R$ 1.500,00 para Antônio Fabiano e pegou o recibo com outra pessoa, sendo que sustou os referidos cheques, sendo que, depois, descobriu que a esposa do cliente se chamava Priscila e trabalhava no jornal Boca do Povo (f. 1.151).

Júnior Dias do Nascimento, em juízo, narrou que *"se ele não desse o dinheiro o rapaz ia colocar no jornal que o cliente tinha passado mal"* (f. 1.161), ou seja, de fato houve ameaça, mesmo que velada.

Colhe-se da interceptação telefônica, replicada na sentença (f. 2.175-2.176):

> *"Fabiano: n/c eu não quero prejudicar você, quer dizer, você, sabe se fazer, sai num jornal como a Boca, quebra o seu negócio.*
>
> *Adriano: quebra eu sei.*
>
> *Fabiano: então quer dizer, oh, vou fazer o seguinte, dia 15/04 você vem e me traz mil e quinhentos reais, ta, não vou nem te ligar, vou te aguardar, dia 25, n/c que dia vai, não, dia 25 vai cair num domingo, então melhor dia 26, na segunda, pode ser? (f. 124).*
>
> *[...].*
>
> *Adriano: ele queria que colocasse no jornal?*
>
> *Fabiano: queria que colocasse no jornal. Eu falei assim, oh, já conversei com o Adriano, n/c ia arrebentar.*
>
> *Adriano: ia arrebentar.*
>
> *Fabiano: agora o que que acontece, você vai ser nosso parceiro, e de contra partida ele não vai fazer nada".*

Portanto, a negativa de Antônio Fabiano de ter praticado referido delito se encontra isolada nos autos.

Cinge destacar que na extorsão, a grave ameaça pode ser definida como a que tem:

> *"(...) potencial de causar mal relevante à vítima ou a outrem, ou seja, que lhe impõe temor a ponto de afetar sua liberdade de agir"* (REsp. n. 1.313.150/RS, Rel. min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, Dje 28/10/2013).

Adriano, desde a fase policial, demonstrou ter ficado afetado com a possibilidade de Antônio Fabiano revelar que uma pessoa foi ao seu restaurante, comeu um sushi, passou mal e sequer saber quem foi referido cliente, sendo enfático ao dizer, na fase judicial que:

> *"(...) depois que isso vem acontecendo, não venho dormindo direito, sabe, depois de sair essa operação, ele continuou ainda sacaneando, entendeu, toda semana, dizendo mentiras, entendeu? Eu com medo, entendeu, porque eu sei que eles não, eles não tem dó de ninguém"* (f. 1.151).

Destaca-se que o atestado de Thiago Pereira Ramos declarou na fase policial que realmente foi a reinauguração do restaurante de Adriano, junto com sua esposa Priscila e, após o consumo de sushis esta vomitou no local. Disse que passou mal a noite toda, com diarreia e vômitos, sendo internado no Proncor no dia seguinte. Relatou que sua esposa tentou contato com Adriano e não conseguiu, sendo que conhece Antônio Fabiano de vista e não sabia que o mesmo havia recebido cheques de Adriano (f. 985-986).

Em relação à dosimetria da pena-base (f. 2.184-2.185), como destacado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, a mesma deve ser reduzida ao mínimo legal, qual seja, 4 anos de reclusão e 10 dias multa, por ausência de fundamentação idônea a exasperá-la.

Com efeito. Antônio Fabiano não registra maus antecedentes, por não ter registro de condenação criminal com trânsito em julgado, conforme f. 2.052-2.055, havendo notória violação à Súmula 444 do STJ a utilização de registros policiais e processos em andamento para negativar referido vetor.

"*A conduta social é circunstância judicial que investiga o comportamento social/comunitário do réu, excluído o seu histórico criminal, o qual deve ser avaliado no critério relativo aos antecedentes do agente*.(STJ. HC. 186.722/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012)", ou seja, referido vetor é neutro, pois não se pode afirmar que o Antônio Fabiano fez do crime seu modo de vida.

A personalidade do apelante não foi apurada nos autos, não servindo a opinião pessoal do julgador sobre o mesmo motivo idôneo para exasperá-la.

O fato do motivo do delito ser "injustificável" também revel a ser fundamentação inidônea

Não resta apurado trauma psicológico com sequelas irreversíveis a legitimar a exasperação da pena-base.

Aliás, é fato notório na cidade os eventos que antecederam a morte da vítima em um confronto de trânsito com Policial Rodoviário Federal.

Na segunda fase, ausentes atenuantes.

Pelo juiz singular reconhecida a agravante do artigo 61, inciso II, alínea *g*, do Código Penal.

Frise-se que:

> *"(...) O Código Penal, em seu art. 61, II, 'g ', prevê como agravante o fato de ter o agente praticado o crime 'com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão '. Agravante é aplicada qualquer que seja a profissão (...)* (STJ; AgRg-REsp 1.284.326; Proc. 2011/0220307-0; AM; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 17/02/2017)*"*.

No caso concreto restou claro que Antônio Fabiano valeu-se de sua profissão de jornalista para praticar a extorsão.

Extrai-se do Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros:

> *Art. 1º O acesso à informação pública é um direito inerente à condição de vida em sociedade, que não pode ser impedido por nenhum tipo de interesse.*
>
> *Art. 3º A informação divulgada pelos meios de comunicação pública se pautará pela real ocorrência dos fatos e terá por finalidade o interesse social e coletivo.*
>
> *Art. 6º O exercício da profissão de jornalista é uma atividade de natureza social e de finalidade pública, subordinado ao presente Código de Ética.*
>
> *Art. 7º O compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos, e seu trabalho se pauta pela precisa apuração dos acontecimentos e sua correta divulgação.*

Com a prática do delito de extorsão, Antônio Fabiano também se desviou da prática do bom jornalismo, conforme Código de Ética da profissão.

Desta forma, exaspero a pena em 6 meses de reclusão e 30 dias-multa, ficando a mesma em 4 anos e 6 meses de reclusão e 40 dias-multa, pena que torno definitiva à míngua de causas de diminuição e aumento de pena.

Vítima José Alceu Padilha Bueno

Fato ocorrido em 7 de maio de 2010

Antônio Fabiano foi absolvido do delito narrado na denúncia com base no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal – II - *não haver prova da existência do fato.*

De acordo com a denúncia, Antônio Fabiano tentou constranger José Alceu a realizar pagamento em favor do Jornal Boca do Povo, no dia 7 de maio de 2010, por volta de 9h35.

A dinâmica delitiva narrada na denúncia é a seguinte: Antônio Fabiano telefonou para José Alceu e afirmou que havia uma "denúncia" muito grave contra o mesmo e que seria divulgada no programa de televisão "MS Urgente", de B. de Paula, no programa de rádio deste e, ainda no Jornal Boca do Povo, caso não os ajudasse financeiramente.

Ao prestar depoimento na fase policial, em 19 de maio de 2010, José Alceu disse que:

> *"(...) quanto a Fabiano, não tem certeza, mas acha que foi quem telefonou para o declarante recentemente, por volta do dia 8 de maio de 2010, sendo que ele disse que tinha contra o declarante uma denúncia muito grave, tendo o declarante respondido 'de novo?'. Fabiano respondeu: 'você vive fazendo coisa errada', o declarante disse que não lembrava de nenhuma coisa errada que tivesse feito, enquanto que Fabiano informou que denunciaria o declarante no programa de televisão (TV Guanandy, MS Urgente) no rádio e no jornal; o declarante disse que eles poderiam fazer o que quisessem, pois o declarante não iria nem conversar com eles, pois sabia que eles iam querer dinheiro em troca da não publicação; o declarante ainda perguntou se a denúncia era muito grave, ele respondeu que sim, que isso poderia cassar a candidatura do declarante, tornando o declarante inelegível; a denúncia forte seria de que eles teriam a gravação de pastores pedindo apoio da igreja mundial para a pré-candidatura do declarante a Deputado Estadual "* (f. 313-314).

De acordo com a interceptação telefônica transcrita na denúncia (f. 52):

"Bueno: Fabiano?

Fabiano: oh, Bueno.

Bueno: de novo, Fabiano, o que que é ?

Fabiano: (não compreendido) mas você só apronta também [...]

[...]

Fabiano: se eu arrumar mais que dez testemunhas então, não tem problema né.

Bueno: pode, não, não tem problema nenhum.

Fabiano: eu posso levar essa fitinha pro ar?

Bueno: pode.

Fabiano: então tá bom. Vai hoje pro MS Urgente, beleza?

Bueno: tá ok."

Na fase judicial José Alceu confirmou que recebeu o telefonema de Antônio Fabiano sobre acusação muito grave, "*que eu estava recebendo dinheiro da Assembleia de Deus*", tendo respondido que era um absurdo (f. 1.168).

Diante de referidas provas agiu com acerto o julgador singular, pois não comprovada a tentativa de extorsão.

A um, que em nenhum momento ficou configurado o mal injusto, pois José Alceu sequer acreditou na referida "denúncia".

A dois, que Antônio Fabiano sequer mencionou pagamento de qualquer quantia, sendo que José Alceu de início já "imaginou" que fosse isso.

Em juízo José Alceu, sobre o pedido de dinheiro, deixou claro que "não tinha nem porque a gente não imaginar de outra forma. (...) como eu já sabia que era, falei assim: *"ó, não vou sentar para negociar, pode publicar a matéria porque a gente não tem nada de errado nosso ali"* (f. 1.170).

Desta forma, mantida a absolvição de Antônio Fabiano pela prática de tentativa de extorsão, tendo como vítima José Alceu.

Vítimas Manoel Henrique Barboza Leza

Reginaldo da Silva Maia e Danielle da Silva Maia Leza

Fato ocorrido em 8 de maio de 2010.

Adianto que em relação a este fato a absolvição de Antônio Fabiano e B. de Paula devem ser mantidas.

De acordo com a denúncia os apelados exigiram a quantia de R$ 12.000,00 em troca de não publicação de matéria em desfavor da empresa Beef Nobre.

Das interceptações telefônicas, índice 267338, temos em conversa captada entre Antônio Fabiano e Manoel Henrique, onde o mesmo pergunta se recebeu o *e-mail* sobre Geraldo Regis Maia e Reginaldo da Silva Maia e o mesmo responde que não (f. 195-196)

> *"(...) Fabiano: é o Reginaldo da Silva Maia é seu sogro né? São apontados como proprietários de vários frigoríficos, como por exemplo, Boi Brasil, que é lá de Nioaque, Boi Branco, que era o antigo Campo Oeste, Frigorífico Campo Grande, Nioaque Alimentos, Jucá Maia de Maringá, correto? E Campo Oeste, este último responsável por um calote memorável nos funcionários, fisco estadual, federal e fornecedores, aliás, se for incluir um por um vai descobrir, o que cada um deles responde por processos, em várias esferas judiciárias, de Nioaque, a Maringá, Campo Grande, por diversos crimes, que vai de sonegação fiscal, de furtos qualificados, estelionato, este por último, por usar nomes de laranjas, é, para abrir frigoríficos. Em um deles, por exemplo, Campo Oeste, usou o nome de dois trabalhadores rurais , um morava em Maracaju, chama-se Manuel Marcos da Silva e o outro Sebastião Silva dos Santos, morador do Bodoquena, os dois mal sabe ler e escrever, tanto um quanto o outro, isto está se repetindo através de um novo frigorífico, que o pessoal acaba de instalar na nossa capital, o nome fantasia de Frigorífico Beef Nobre, localizado no mesmo endereço do último, o mesmo que deu calote estrondoso de 30 milhões e de contrapartida 4 milhões no Funrural, Geraldo e Reginaldo, respectivamente pai e filho, foram os mesmos que deram calote nos produtores rurais na região de Nioaque, na época Frigorífico Boi Brasil e que também usavam nomes de laranja, para praticarem os crimes, e que tiveram sua prisão pedida, o ministro afirmou que o argumento do Ministério Público de Mato Grosso do Sul que a prática de crime era meio atingido, grande número de pecuaristas lesados naquela região, e que portanto haveria a necessidade, de manter os proprietários presos, por conhecida periculosidade, pratique outros crimes, aliás o mesmo crime praticado pelo Campo Oeste, quer dizer, igual, agora fica aqui um ponto de interrogação, cadê as autoridades que não fazem nada, contra tudo isto, que está acontecendo debaixo de nossos olhos e como diz o doutor Elízio Brites, o Estado de Mato Grosso do Sul, é o Estado da impunidade e da corrupção.*
>
> *Henrique: Vixe.*
>
> *[...]*
>
> *Henrique: mas o meu não tem nada não, o meu aqui não tem, nada.*
>
> *Fabiano: é, mais engraçado é que sempre o seu Reginaldo e seu Geraldo tá no meio, né?*
>
> *Henrique: a, é, né?*
>
> *Fabiano: então, aí eu mandei pra vocês aí que você acha, eu vou devo tar publicando isto final de semana, inclusive ele vai tar, hoje, não vai pro ar, mas segunda-feira capaz de tar indo pro ar".*

Note-se que neste contato não houve pedido de dinheiro.

Observe-se ainda que não há negativa sobre os fatos narrados, bem como, os fatos envolvendo Frigorífico Boi Brasil e a prisão de Geraldo e Reginaldo em Nioaque são fatos conhecidos.

Posteriormente, Reginaldo foi preso na Operação Labirinto de Creta, da Polícia Federal, que esquema de fraude de frigoríficos e laranjas no Estado de Mato Grosso do Sul e Paraná, sendo fatos notórios e conhecidos, em especial, entre produtores rurais e pecuaristas.

Em outra gravação Antônio Fabiano conversa com Daniele, índice 267327, onde o mesmo faz algumas indagações sobre a propriedade de frigoríficos e esta manda tomar cuidado e questiona sobre a publicação de decisão do STJ sobre atraso de pagamento de promissórias, desligando o telefone (f. 200-201).

Em outra interceptação telefônica, índice 267324, Antônio Fabiano diz para Daniele que a Famasul montou um dossiê contendo informações sobre os sócios do Frigorífico Campo Oeste, em Campo Grande, lavagem de dinheiro, sonegação de impostos, não pagamento de produtores rurais, todos os fatos que ocorreram em Nioaque-MS e a mesma responde que é "*coisa que já está na justiça*" e desliga o telefone (f. 202-203).

Em outra conversa, com teor semelhante a ser questionado sobre fraudes no Frigorífico Daniele desligou o telefone (f. 204-206).

Manoel Henrique, na fase policial, disse que teve contato inicial com Antônio Fabiano acerca de publicidade no valor de R$ 300,00 e sobre a matéria prejudicial, Antônio Fabiano pediu ajuda para compra de uma máquina, sendo que o pedido era feito a várias pessoas. Narrou que Antônio Fabiano deu a entender que se fizesse o pagamento não publicaria a matéria que prejudicaria a empresa, pois o conteúdo era falso. Expôs que no dia seguinte disse que não ajudaria Fabiano e acredita que a matéria não foi publicada (f. 488-492).

O e-mail enviado por Antônio Fabiano encontra-se às f. 506.

Em juízo, Ana Lúcia Montes, funcionária do frigorífico Beef Nobre, narrou que Antônio Fabiano ia ao local levar exemplares do jornal e nunca ouviu falar de extorsão, mas depois soube que o mesmo ficava ligando, de forma reservada (f. 1.179-1.180).

Manoel Henrique, na fase judicial, disse que publicou algumas matérias de interesse do frigorífico no Jornal do "Boca do Povo", após contato de Antônio Fabiano e não se sentiu ameaçado. Confirmou que após tais matérias recebeu um e-mail sobre os Frigoríficos Boi Branco e Campo Oeste e não fez nenhuma proposta para não publicar referida matéria. Expôs que disse para Antônio Fabiano que a matéria era prejudicial à imagem do frigorífico e que *"nós não conversamos sobre qual valor que ele queria, ele não falou nada disso"* (f. 1.348-1349).

E, ainda (f. 1.349-1.350):

> *"Defesa: [...] o senhor se sentiu coagido a pagar aquele valor sob pena de ter publicada matéria em desfavor de sua empresa ou este pedido foi interpretado pelo senhor meramente como mais uma conversa entre as demais?*
>
> *Depoente: Em nenhum momento me senti coagido, não.*
>
> *[...]*
>
> *MP: Quanto que o senhor pagou nessa oportunidade?*
>
> *Depoente: Não, não paguei nada.*
>
> *MP: Não pagou?*
>
> *Depoente: Não.*
>
> *MP: Mas ficou de pagar?*

Depoente: Não também.

MP: E a matéria foi publicada?

Depoente: Acho que não."

Manoel Henrique, na fase judicial, disse que publicou algumas matérias de interesse do frigorífico no Jornal do "Boca do Povo", após contato de Antônio Fabiano e não se sentiu ameaçado. Confirmou que Reginaldo, ouvido somente na fase policial, é genitor de Daniele e soube dos fatos por terceiros, ou seja, *"hearsay"* não confirmado em juízo.

Daniele, na fase judicial, disse que:

> *"(...) quando eu peguei a ligação, ele começou a contar uma história do arco, colocando várias pessoas na história, tentando me inibir com uma história que ia ser publicada, e até tem no áudio que eu falei algumas coisas para ele que eu acho que não agradou muito, e eu falei para ele que tudo que ele estava falando ali era mentira, era muito sério e que ele ia ter que provar tudo que ele estava falando. Foi isso que aconteceu. [...] , ele ligou de novo várias vezes. Até uma das vezes ele ligou para falar justamente alguma coisa do tipo que ele tinha tentado falar com ele e eu que atendi, uma coisa assim. E depois ele ligou para falar pra o Henrique a respeito de uma matéria que ia sair. Aí depois o Henrique não dói atrás dele, nada, aí passaram ins dias ele ligou e só falou assim: 'Oh, assiste o programa hoje, MS Urgente, 11:30.' E desligou o telefone. Foi isso que ele fez.[...] Eles pediram R$ 12.000,00, era uma quantia que eles iam pedir para mais ou menos 50 empresários, porque eles queriam comprar uma máquina para fazer, ai, para rodar o jornal todos os dias [...] Liguei para o B. de Paula, me identifiquei como sendo a Danielle do Beef Nobre e perguntei para ele que matéria era essa que Eleia soltar no MS Urgente, aí ele falou para mim que era matéria no qual Fabiano tinha já conversado com a gente por telefone e que a gente não quis fazer um acordo com ele, eu peguei e falei para ele, eu falei: 'olha aqui, essa empresa não tem laranja, não tem nome de pessoas de fora, essa empresa está em meu nome, quem trabalha aqui sou eu, quem é proprietária daqui sou eu e qualquer coisa que sair no nome da minha empresa ou do meu nome ou da minha família ou de qualquer um que pertença aqui de dentro...' eu falei para ele: 'Pode sair no teu programa hoje.' Eu falei 'Mas amanhã eu dou um jeito, eu vou aparecer em qualquer emissora de televisão, mas eu vou mostrar o email que você mandou', que foi o email que o Fabiano tinha mandado para o Henrique"* (f. 1.450-1.453).

Conforme acima exposto, referida histórias não eram do "arco da velha" e até mesmo culminaram com o fechamento do referido frigorífico após a prisão de Reginaldo em 2014.

Outrossim, Manoel não confirma a versão de Daniele e o mesmo não se sentiu coagido a pagar nenhuma quantia.

Desta forma, mantida a absolvição de Antônio Fabiano e de B. de Paula.

Vítima Cleverson Cézar Janiski

Fato ocorrido em 13 de maio de 2010

De acordo com a denúncia, no dia 13 de maio de 2010, B. de Paula e Antônio Fabiano constrangeram Cleverson a contribuir com "ajuda financeira" ao jornal Boca do Povo (R$ 3.000,00), em troca de não publicação de matéria em desfavor da empresa Águas Pantanal Clube.

Cleverson aceitou pagar mil reais, sendo que o cheque emitido pela empresa Águas Pantanal Clube foi depositado na conta de Aparecida Socorro Rocha, sogra de Antônio Fabiano.

Colhe-se das interceptações telefônicas (f.192-193):

> *"Índice: 265227*
>
> *Diego: Fabiano, eu falei com o proprietário aí ele tá meio enrolado atendendo um pessoal que tá fora aqui em Campo Grande. Aí ele me autorizou a ti responder essas perguntas e ti ajuda aí. Você quer marcar um horário, ou você quer falar por telefone?*
>
> *Fabiano: Você pode vir aqui no jornal?*
>
> *Diego: Posso sim! Qual o seu endereço aí?"*

Na fase policial, Cleverson declarou que seria publicada matéria no Jornal Boca do Povo desfavorável sobre sua empresa, Águas do Pantanal Clube, envolvendo reclamações no Procon, sendo que seu funcionário Diego recebeu ligações de um jornalista exigindo R$3.000,00 para não publicar referida matéria, sendo que aceitou pagar R$ 1.000,00, sendo feita propaganda favorável de sua empresa (f. 519-520).

Ouvido em juízo, Cleverson disse (f. 1.355-1.356):

> *"(...)*
>
> *MP: Sobre o que o senhor já ouviu falar do jornal?*
>
> *Depoente: Não, na verdade eu já até li o jornal, mas eu cheguei a conhecer mesmo o jornal quando eles vieram procurar a gente para fazer uma matéria.*
>
> *MP: O senhor poderia especificar como que foi essa procura, através de quem, com qual finalidade?*
>
> *Depoente: Então, não fui eu que atendi, né, foi o meu funcionário, o Diego. Então, eles procuraram tentando fazer uma matéria sobre Procon, que a gente tinha uma citação no Procon. Aí o Diego conversou com eles e eles pediram para... Que poderiam fazer uma matéria favorável à empresa se a gente pagasse por fora, pagasse a matéria.*
>
> *MP: Então, deixa eu compreender melhor. O senhor chegou até a ter acesso ao teor de uma matéria, que seria depreciativa a sua empresa?*
>
> *Depoente: Não, isso foi só conversado por telefone, que eles iriam fazer a matéria sobre o Procon.*
>
> *MP: O senhor pode especificar melhor? O quê é que tem de reclamação ou tinha no Procon sobre a sua empresa?*
>
> *Depoente: É, tem bastante reclamação, em questão de multa de cancelamento, né, que o pessoal reclamava, porque não queriam pagar a multa. Aí foi que nós explicamos para ele e ele falou que poderia fazer uma matéria favorável.*
>
> *MP: Poderia fazer uma matéria favorável se o senhor pagasse?*
>
> *Depoente: Isso.*
>
> *MP: Quanto que eles queriam?*

Depoente: Eles pediram, no caso, R$ 3.000,00.

MP: O senhor pagou?

Depoente: R$ 1.000,00.

MP: Pagou R$ 1.000,00?

Depoente: Paguei.

MP: O senhor não pagou o restante por quê?

Depoente: Foi tentado negociar, né, para abaixar o valor. Na época a gente estava participando de uma licitação pública aqui em Campo Grande e outra em Foz do Iguaçu e isso ia atrapalhar toda a negociação.

MP: E a matéria desfavorável à sua empresa foi publicada?

Depoente: Não.

MP: E a matéria favorável à sua empresa foi publicada?

Depoente: Foi.

MP: De que forma que o senhor efetuou o pagamento?

Depoente: Eu paguei com um cheque de R$ 1.000,00, da Luciene & Tasso, a outra empresa minha.

MP: O senhor resolveu pagar os R$ 1.000,00, por qual motivo?

Depoente: Pelo motivo da licitação, que se aparecesse alguma coisa negativa ia complicar todo nosso trabalho, que foi um ano trabalhando.

MP: Se aparecesse alguma matéria negativa, é isso que o senhor quer dizer?

Depoente: Isso, exatamente.

[...]

Defesa 1: Foi pedido diretamente ao senhor esse valor, ou foi pedido para o Diego e o Diego relatou para o senhor esse fato?

Depoente: O Diego, o Diego que passou para mim".

Diego Garcia Santos, na Delegacia de Polícia, narrou que recebeu telefonema de Antônio Fabiano e o mesmo queria falar como proprietário da empresa sobre reclamações existentes no Procon, mas Cleverson pediu para resolver o assunto e foi até o Jornal Boca do Povo. Afirmou que conversou com Antônio Fabiano pessoalmente e o mesmo propôs que ao invés de fazerem matérias sobre denúncias do Procon, poderiam fazer matéria positiva sobre a empresa e, nesse momento, B. de Paula entrou na sala e Antônio Fabiano falou sobre as mudanças que seriam feitas no clube e marcou para, no dia seguinte, ir ao programa MS Urgente, onde teria espaço para detalhar as melhorias do clube. Expôs que ao indagar sobre o custo dessa divulgação para a empresa, Antônio Fabiano disse que seria de R$ 3.000,00, tendo respondido que não tinha autonomia para tal, sendo que Cleverson não aprovou pagar referido valor, tendo comunicado tal fato ao apelado. Contou que preocupado com a repercussão de publicação negativa da referida reportagem,

ligou para Cleiton, proprietário de fato da empresa e o mesmo determinou que fizesse uma contraproposta ao jornal e, ao final, fecharam em mil reais (f. 523-526).

Em juízo, Diego relatou o seguinte (f. 1.358-1.362):

> *"MP: O quê que aconteceu? O senhor recebeu ligações? O senhor sabe o nome da pessoa ou das pessoas?*
>
> *Depoente: É, na verdade quem tinha ligado era o Fabiano, né? Na verdade ele queria falar com o Cleverson, que era um dos proprietários do clube né? No entanto, nessa parte, eu era o gerente geral lá do clube. Então nessa parte de marketing, de contato com a imprensa, né, era eu quem fazia.*
>
> *MP: Ou seja, esse tipo esse tipo de atendimento nunca era feito pelo empresário e, sim, pelo funcionário?*
>
> *Depoente: Isso. Aí ele me ligou, o primeiro contato foi telefônico né, depois que eu fui no jornal.*
>
> *MP: Então tenta relembrar esse primeiro contato dele. Foi exatamente de que modo que ele abordou o senhor, que ele conversou com o senhor?*
>
> *Depoente: Ele ligou para falar que ele ia fazer uma matéria sobre... a gente tinha muita reclamação no Procon, o clube, né? Então aí ele ligou para falar que ia fazer uma matéria sobre isso. A princípio eu pensei que ele quisesse ouvir, né, a versão do clube, porque eu acho que você tem um fato e ouve os dois lados, no caso o consumidor e a gente como clube, né? Então essa foi a linha da minha conversa.*
>
> *MP: Em que momento que o senhor percebeu que não era isso?*
>
> *Depoente: É, aí combinamos para ir lá no jornal, né? Eu fui no jornal e aí...*
>
> *MP: O senhor Cleverson também foi?*
>
> *Depoente: Não, só fui eu, eu que tratei mais de perto esse assunto.*
>
> *MP: Sim, pois não.*
>
> *Depoente: Aí eu fui ao jornal, foi lá que eu conheci, que vi pela primeira vez o B. de Paula, né? Aí expliquei a versão do clube, o porquê daquelas reclamações, que eram referentes à multa rescisória, multa contratual, que havia no nosso contrato quando o sócio fazia, passando a versão do clube para aquelas reclamações.*
>
> *MP: Certo. Só um minutinho, Diego.*
>
> *Depoente: Desculpa.*
>
> *MP: Nessa ocasião, o senhor estava junto com quem? Quem que estava atendendo o senhor no jornal?*
>
> *Depoente: Estava o Fabiano.*
>
> *MP: O Fabiano?*
>
> *Depoente: Isso.*
>
> *MP: O senhor disse B. de Paula?*

Depoente: Isso.

MP: O B. de Paula estava lá, o senhor conheceu lá?

Depoente: Não, ele chegou depois.

MP: Mas ele participou da conversa?

Depoente: Participou um pouco da conversa.

MP: Tá, então pode continuar.

Depoente: Aí eu comecei a falar sobre o porquê daquelas reclamações no Procon né e falei sobre os investimentos que nós estávamos fazendo dentro do clube, tentando mudar o nível do sócio que frequenta. Aí foi quando ele me disse: Então, ao invés de a gente fazer essa matéria, vamos fazer uma matéria falando desses investimentos que vocês estão fazendo no cube, né?. Aí falou da gente fazer uma matéria no jornal, ir para o programa de TV, no outro dia, né?

MP: E em troca disso?

Depoente: Aí eu pensei:' Espera aí, você vai ter um custo,né?' , aí foi quando eu perguntei do valor, que na época ia custar R$3.000,00.

MP: E eles passaram esse valor para o senhor, naquela ocasião?

Depoente: É, passaram para mim e eu...

MP: E o senhor disse o que para eles?

Depoente: Que eu não tinha autonomia para resolver, para pagar na hora né? Aí eu voltei para o clube, conversei com o Cleverson e ele falou que não, que não queria pagar. Mas eu fiquei preocupado com aquilo né, uma mídia negativa para o clube, a gente estava em vias de fechar uma parceria com a Prefeitura Municipal de Campo Grande.

MP: Vocês estavam participando de alguma licitação na época?

Depoente: Não, na verdade, a gente ia oferecer uns benefícios para os servidores, né? E como a gente sabe que esse jornal está em todas as repartições públicas, na Assembleia você vê, né, então, ia pegar muito mal para o clube, principalmente porque o nosso foco ali seria o servidor público. Aí eu conversei com o Cleito, que é irmão do Cleverson e dono também do clube, né? Aí ele me disse: Não, Diego, tenta negociar. Vê o que é que você consegue aí para são sair essa matéria. Aí foi quando nós conseguimos negociar uma matéria só no jornal, que ficou em R$ 1.000,00.

MP: O senhor voltou lá no jornal, o senhor tratou depois por telefone?

Depoente: Eu não lembro, mas o pagamento eu levei lá no jornal, né, tanto é que ele me emitiu um recibo. Agora, eu devo ter falado com ele por telefone para combinar que eu iria lá no jornal. Assim, a sequência certa eu não lembro. Eu lembro que o pagamento eu fiz em cheque lá no jornal.

[...]

MP: A matéria foi publicada?

Depoente: Foi publicada.

[...]

MP: Só para ficar claro, essa matéria com teor negativo que envolvia os problemas do Procon, ia sair?

Depoente: Eu acredito que sim, né?

MP: E essa matéria virou positiva?

Depoente: Virou positiva, a gente fez uma divulgação...

MP: Por que virou positiva?

Depoente: Acabou virando uma divulgação do clube, né?

MP: Mediante qual situação? Mediante o pagamento, é isso?

Depoente: Pagamento.

[...]

Defesa: O senhor é capaz de afirmar com convicção, se o que fez com que a matéria, como quer o Ministério Público, ofensiva à reputação do clube, não tenha sido publicada, tenha sido efetivamente o pagamento de um valor ou se a explicação que o senhor deu ao jornalista o convenceu de que o clube não tinha nenhum tipo de dívidas junto ao Procon, ou problemas junto ao Procon? O senhor é capaz de me dizer se foi um convencimento pessoal dele, ou se foi a venda de uma matéria positiva que o motivou a não publicar essa matéria?

Depoente: Eu acredito, Doutor, que foi por causa do pagamento, porque a mídia é paga né? Toda mídia é paga. Então a gente precisava pagar o espaço. Eu acho que a questão do Procon na matéria não foi citado nada sobre o Procon, né? Falou só sobre o quê o clube oferece de bom.

[...]

Defesa: A matéria negativa, ou seja, aquela primeira matéria, acerca do Procon, ela não foi publicada, na sua opinião, por que o senhor pagou ou ela não foi publicada por que a sua explicação o convenceu?

[...]

Depoente: No meu entendimento, o pagamento foi essencial, porque não existe mídia gratuita".

Não há como afastar a condenação de Antônio Fabiano no caso concreto.

Com efeito:

"(...) O crime de extorsão consiste no constrangimento/coação imposta a alguém para que este faça algo, empregando o agente violência ou grave ameaça, entendendo-se esta como a intimidação, coação psicológica, que pode ser exercida de forma direta ou indireta, implícita ou explícita, de um castigo ou malefício, devendo-se, para tanto, analisar diversos outros fatores, tais como, fragilidade da vítima, condição físicas e profissionais do agente, etc. (STJ. HC 353.818/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)*".*

Da análise da prova colhida no caderno processual verifica-se que a grave ameaça à vítima se deu de forma dissimulada, por meio de oferta de "publicidade positiva", caso contrário, seria publicada reportagem com conteúdo negativo à imagem da empresa de Cleverson.

Frise-se que o funcionário de confiança de Cleverson, Diego, ficou extremamente preocupado com repercussão negativa da referida reportagem, tanto que foi falar com Cleiton para autorizar o pagamento.

Relembrando Luiz Regis Prado[9]:

> *"(...) a indevida vantagem traduz-se no proveito injusto obtido do sujeito passivo, decorrente da própria injustiça da violência ou ameaça empregadas, dispensando-se questionamento sobre a justiça ou injustiça destas, quando o proveito não tem amparo jurídico"* (Curso de Direito Penal Brasileiro. 11. ed. v. 2. Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 467).

Assim, evidente que Antônio Fabiano coagiu a vítima a pagar a quantia de mil reais, recebendo indevida vantagem econômica que, pois, conforme denúncia, o cheque do pagamento foi depositado na conta bancária de sua sogra, Aparecida Socorro Rocha.

Esta é uma das razões para absolvição de B. de Paula.

Aqui aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, porque B. de Paula não recebeu "referida vantagem econômica" e também não ficou bem delineada sua participação na "grave ameaça", pois não fez nenhuma proposta à vítima.

O ônus da prova pertence ao Ministério Público e, no caso, não houve provas de que B. de Paula participou efetivamente de qualquer tratativa e que recebeu indevida vantagem econômica da vítima.

Absolvido B. de Paula, fica a conduta de Antônio Fabiano desclassificada para a descrita no artigo 158, *caput,* do Código Penal.

Em relação à dosimetria da pena de Antônio Fabiano, pelas razões acima expostas, fica a mesma reduzida para 4 anos e 6 meses de reclusão e 40 dias-multa.

Vítima Rodolfo Pinheiro Holsback

Fato ocorrido em 7 de junho de 2010

Antônio Fabiano e B. de Paula foram denunciados por tentativa de extorsão de Rodolfo, proprietário da H2L Equipamentos e Sistema Ltda.

De acordo com a denúncia os apelados constrangeram Rodolfo a efetuar pagamento em favor do Jornal "Boca do Povo" em troca de não publicação de matéria desfavorável à empresa H2L Equipamentos e Sistema Ltda., sendo que a extorsão somente não se consumou porque a vítima resolveu não dar atenção aos jornalistas.

Buscando intimidar a vítima que não aceitou "colaborar" com apelados, houve intimidação através de "notinha" no final daquela semana sobre a empresa H2L Equipamentos e Sistema Ltda.

Rodolfo, na fase policial, narrou que B. de Paula ligou várias vezes para sua empresa e conversou com sua secretária, Laura, e esta passava os recados, sendo referidos contatos ocorreram em maio e junho.

9 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro- Parte Especial.** 11 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 467.

Expôs que o recado recebido é que havia um dossiê contra a sua empresa e o jornalista disse que era bom atendê-lo, sendo que não conversou com ninguém, pois sabia que se tratava de extorsão, uma vez que era a forma de proceder do jornal, inclusive, publicaram uma notinha contra um empresa de "xerox", mas querendo se referir à sua empresa, uma vez que realmente fez doação para campanha de Ari Rigo. Narrou que já foi vítima de extorsão por parte de Waldson Godoy do jornal "O Consumidor" (f. 630-631).

Em juízo, Rodolfo, após confirmar as declarações prestadas na fase policial, disse que é empresário e, ainda: (f. 1.190-1.192):

> *"MP: O senhor conhece o Jornalista Benedito de Paula, B. de Paula?*
>
> *Depoente: Pessoalmente ainda não conheço, mas já ouvi falar muitas vezes dele.*
>
> *MP: Ele já telefonou para o senhor?*
>
> *Depoente: Muitas vezes. [...] Queria falar comigo, e ele falava com minha secretária e eu sempre só recebia, só recados de que ele queria falar comigo. [...] A primeira vez ele disse que teria um dossiê contra a minha empresa e que o assunto seria esse.*
>
> *MP: Ele chegou a mencionar que tipo de irregularidade que ele teria encontrado?*
>
> *Depoente: Não, não. A primeira conversa foi essa, que ele teria um dossiê contra a minha empresa e que queria conversar comigo e ele falava com a minha secretária e eu sempre recebia só recados de que ele queria falar comigo e daí eu disse para a Laura se ele tem então falar comigo, porque, então, ele que, mais ele continua insistindo, sabe? Até que uma vez ele ligou, acho que das últimas vezes, falou: 'Olha, diga a ele que me atenda, porque depois eu não vou mais tentar, não vou mais falar, é a última vez que eu dou essa chance para ele conversar comigo e tratar desse assunto, desse possível dossiê que ele disse que teria né.'*
>
> *MP: E o senhor não deu atenção?*
>
> *Depoente: Não dei atenção...*
>
> *MP: Por quê?*
>
> *Depoente: Porque eu já tive um caso com outro jornalista, de um outro jornal, que teve a mesma forma de proceder, que me ligava, ameaçava, que tinha alguma coisa, que ia me denunciar, que não sei o que, e a intenção era me extorquir, esse que era a realidade que eu concluí. Então pela forma que ele me abordou, que ele tentou me abordar, eu imaginei que fosse a mesma coisa, falando que tem um dossiê, se o cara tem um dossiê ele que entregue para o Ministério Público, sei lá. E eu concluí, deduzi que seria mais uma dessa né.*
>
> *MP: Sim. E além do Senhor B. de Paula, o Senhor Fabiano também ligou para o senhor?*
>
> *Depoente: Ligou. Agora já faz um tempo, mas alguém que trabalhava com ele também falando em nome dele e pedindo para que eu atendesse. Daí outras vezes pedindo patrocínio: 'Ah, a gente pode resolver isso, então faça um acordo aí, alguma coisa nesse tipo, mas ele nunca falou comigo, que eu nunca atendi, sempre foi com minha secretária'.*
>
> *MP: Uhum. E esse acordo, o senhor lembraria de quê que é, ou seja, para não publicar nenhuma matéria, como que funcionaria?*

Depoente: Para não publicar a matéria, exatamente. O possível dossiê, sei lá, a denúncia que ele teria, se eu fizesse um acordo, um patrocínio, alguma coisa nesse sentido ele não publicaria a matéria. Ele fez algumas, andou publicando algumas notinhas no jornal contra...

[...]

Defesa:Sim, mas o senhor chegou a falar com ele?

Depoente: Eu não quis falar com ele.

[...]

Defesa: Era isso que eu queria saber. Logo ele não lhe pediu corrupção, o senhor imaginou que ele iria pedir, por conta de uma situação anterior no jornal O Comércio.

Depoente: Ele... A mim não porque eu não atendi. [...] Que eu imaginei que seria já por conta disso que você está falando, mas esse funcionário depois falou, pediu.

Defesa: A quem?

Depoente: A minha secretária, dizendo que: "oh, vamos fazer, faça um patrocínio", algumas vezes ele abordou ela. 'Faça um patrocínio, atenda agente, que a gente para de insistir nesse assunto' pra mim ele não falou, mas para a minha secretária ele insistiu nesses assunto. 'Olha vamos fazer um acordo, fazer um patrocínio no jornal aí', que nós acabamos com essa conversa. Várias vezes ligou para ela (...)"

Laura Júlia Marcondes dos Santos, na fase policial, expôs que conversou por telefone com Antônio Fabiano, Roberto e B. de Paula e tem uma conversa que não anotou, pois é quando os jornalistas ligam atrás de Rodolfo querendo dinheiro. Afirmou que nas datas de 7 e 8 de junho de 2010, B. de Paula e Antônio Fabiano queriam conversar com Rodolfo, tendo informado que o mesmo estava de férias, mas B. de Paula insistiu em falar com o diretor comercial, tendo dito que somente Rodolfo poderia prestar esclarecimentos. Narrou que B. de Paula disse que sabia fatos sobre a empresa que eram irregulares e que se não falasse com Rodolfo iria publicá-los, sendo que sabia que o mesmo queria dinheiro e, no outro dia Antônio Fabiano ligou para saber se Rodolfo estava na empresa e não se lembra do conteúdo da conversa (f. 663-665).

Na fase judicial, Laura confirmou Rodolfo foi vítima de extorsão por parte de outro jornal e que recebeu telefonemas de Antônio Fabiano, Roberto e B. de Paula, por várias vezes, querendo falar com Rodolfo, sendo que não conseguiram. Disse que na maioria das ligações diziam *"vamos anunciar, tal dias das mães, o aniversário da cidade e tal"* e, na última ligação, B. de Paula falou sobre as denúncias contra a empresa e que era para passar para o responsável que ele iria publicar, sendo que disse para o mesmo fazer o que achava melhor. Afirmou que conversou com Rodolfo, pois "*ele tem a fama, né, de pedir dinheiro para as pessoas, e tipo assim se você não der o dinheiro eu publico"* e, depois, o mesmo soltou uma nota contra a empresa (f. 1.193-1.194).

Laura contou que nas ligações anteriores os jornalistas pediam dinheiro para publicidade e, ainda (f. 1.194-1.195):

"Defesa 1: Eu estou questionando dela o seguinte: Se nesta ligação em que houve extorsão em que ele(sic) foi coagida ou sentiu coagida ou imaginou que iam pedir dinheiro em troca de algo, se houve pedido explícito?

Depoente: Não.

[...]

Juiz : [...] A senhora entendeu o quê?

Depoente: Eu entendi que ele queria dinheiro para não publicar a matéria que ele disse que ele tinha. A partir desse momento que ele não conseguiu, que eu fui clara para ele que a única pessoa que poderia responder pela empresa era o Senhor Rodolfo".

A absolvição deve ser mantida.

Em relação a Antônio Fabiano a acusação não logrou produzir provas de sua participação na supostas extorsão.

Rodolfo, além de vítima, é *"hearsay",* pois soube dos fatos por Laura.

Ocorre que Laura nunca mencionou, em nenhuma das fases que Antônio Fabiano queria fazer algum tipo de "acerto".

Aliás, sequer o Ministério Público Estadual na fase judicial fez qualquer pergunta a referida testemunha sobre a conduta de Antônio Fabiano.

Frise-se que além de Laura mencionar que Antônio Fabiano telefonou no dia 8 de junho de 2010 apenas para saber se Rodolfo estava na empresa, não se recordando do teor da conversa, entregou anotações com datas em que o mesmo ligou, constando, 26 de novembro de 2009, 26 de março de 2010 e 8 de junho de 2010 (f. 666).

Portanto, inexiste comprovação de extorsão praticada por Antônio Fabiano no dia 8 de junho de 2010.

Em relação a B. de Paula a absolvição deve ser mantida.

No caso, não se pode apontar para tentativa de extorsão.

Talvez até tenha se dado mera cogitação do delito.

A questão é que o apelado B. de Paula nunca pediu dinheiro à vítima e após mencionar o suposto dossiê sequer ligou de volta para a empresa.

Laura deixou claro em juízo que "entendeu" que o mesmo queria dinheiro porque tinha *"*fama*"* de pedir dinheiro.

Rodolfo, que já tinha sido vítima de extorsão, em juízo, afirmou que *"*imaginou*"* que seria mais uma vez extorquido.

Assim, inviável a condenação.

Da continuidade delitiva

Pugna a defesa técnica de Antônio Fabiano pugna pelo reconhecimento da continuidade delitiva.

Remanesce duas condenações em desfavor de Antônio Fabiano pela prática de extorsão, tendo como vítimas Adriano Correia do Nascimento e Cleverson Cezar Najiski, fatos ocorridos nos dias 15 de abril de 2010 e 13 de maio de 2010.

Prevê o artigo 71, do Código Penal:

> *Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*
>
> *Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.*

Desta forma, temos que a continuidade delitiva é uma ficção jurídica que beneficia o agente do delito, de modo que o mesmo não seja apenado de forma exorbitante.

Para que a mesma reste configurada, alguns critérios devem ser observados: deve se o agente tenha cometido mais de um delito da mesma espécie, que os mesmos tenham sido cometidos em condições próximas de tempo e lugar, com o mesmo *modus operandi,* de forma que as condutas posteriores sejam consideradas uma continuação da primeira.

Contudo, não é preciso a presença de todos os critérios simultaneamente para restar configurada a continuidade delitiva.

Sobre o tema, Celso Delmanto[10] doutrina que:

> *"(...) a conexão temporal (período de tempo entre os crimes), espacial (igualdade de lugares), modal identidade de métodos ou participantes e outras devem ser vistas como circunstâncias cuja presença leva a concluir pela continuidade, embora a ausência de algumas delas não exclua a existência do crime continuado. Entendemos que se deve averiguar a existência ou não da continuidade delituosa pela apreciação daquelas circunstâncias como um todo, pois forma um conjunto e não pelo exame separado de uma delas, porquanto singularmente, não possuem valor decisivo".*

No caso, vamos aplicar tais tópicos ao caso concreto:

O agente deve ter praticado duas ou mais condutas da mesma espécie, o que de fato, ocorreu, pois Antônio Fabiano foi condenado pela prática de duas extorsões contra vítimas diferentes.

Os crimes sejam cometidos em condições próximas de lugar: os crimes foram cometidos na cidade de Campo Grande-MS.

Os crimes tenha o mesmo *modus operandi*: os crimes tiveram execução semelhante, Antônio Fabiano telefonava, dizia que tinha matéria com conteúdo prejudicial às empresas de propriedade das vítimas, as mesmas foram até o Jornal "Boca do Povo" e, em troca da não publicação da matéria, exigiu R$ 3.000,00, sendo que a segunda vítima aceitou pagar apenas mil reais.

Os crimes sejam cometidos nas mesmas condições de tempo: é praxe da jurisprudência que para o reconhecimento do crime continuado os delitos devem ter ocorrido no período de 30 dias, pois se os

10 Delmanto, Celso et all. **Código Penal Comentado.** 8. ed.São Paulo: Saraiva, 2010, p.320

delitos são cometidos em período superior a tal prazo, há habitualidade criminosa, sendo que a reiteração criminosa impede o reconhecimento da continuidade delitiva.

Este é o empecilho que a Procuradoria-Geral de Justiça aponta para que não seja dada a continuidade delitiva.

Contudo, o apelante foi absolvido das demais acusações constantes na denúncia e não possui maus antecedentes e nem é reincidente.

Anote-se que no Processo 0000493-62.2005.8.12.0043 sua punibilidade foi extinta pelo reconhecimento da prescrição retroativa, ou seja, não se presta como maus antecedentes.

Aliás, confira o entendimento jurisprudencial:

> *PENAL – RECURSO ESPECIAL – EXTORSÃO QUALIFICADA – RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE PESSOAS – ART. 158, §§ 1º E 3º, DO CP – CABIMENTO – CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA – ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, CP – POSSIBILIDADE.*
>
> *[...]*
>
> *7. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz - considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias - aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo.*
>
> *8. No presente caso, apesar das circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis em relação aos recorridos, foram praticados mais de 10 crimes de extorsão qualificada pela restrição da liberdade das vítimas (art. 158, § 3º, do CP), contra pessoas diferentes, com violência ou grave ameaça, o que justifica a aplicação da continuidade delitiva específica (art. 71, parágrafo único, do CP).*
>
> *9. Recurso especial provido.* (STJ. REsp 1353693/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016)

Desta forma, como as penas são idênticas (4 anos e 6 meses de reclusão e 40 dias-multa), exaspero a pena em 1/6, ficando a mesma em 5 anos e 3 meses de reclusão e 46 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

O regime prisional inicial é o semiaberto.

Inaplicável os artigos 44 e 77, do Código Penal, pois não preenchidos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Do prequestionamento

Não há mácula ao artigo 158, *caput, do* Código Penal e artigo 158, § 1º, do Código Penal uma vez que o Ministério Público Estadual não cumpriu com o ônus da prova.

Em relação a alguns fatos do processo a denúncia sequer deveria ter sido recebida, pois sequer havia indícios mínimos que corroborassem a existência do delito de extorsão que, em alguns casos se confundiu com o delito de constrangimento ilegal, não cabendo em segundo grau de jurisdição qualquer desclassificação, mormente porque o Ministério Público Estadual era ciente de alguns fatos criminosos envolvendo as vítimas que eram de domínio público, amplamente conhecidos e comentados.

Quanto ao concurso material, o Ministério Público Estadual não destacou nenhum elemento concreto que fosse óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que Antônio Fabiano até pode apresentar reiteração delitiva, mas não registra outras condenações, o que afasta a ideia de habitualidade criminosa.

Ante o exposto:

Contra o parecer, nego o provimento ao recurso do Ministério Público Estadual.

Contra o parecer dou provimento ao recurso de Benedito de Paula Filho para absolvê-lo da prática do delito descrito no artigo 158, *caput*, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código Penal e absolvê-lo da prática do delito descrito no artigo 158, § 1º, do Código Penal, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código Penal.

Em parte com o parecer, dou provimento parcial ao recurso de Antônio Fabiano Portilho Coene para redimensionar as dosimetrias das penas e reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos, ficando o mesmo condenado pela prática do delito descrito no artigo 158, *caput*, do Código Penal c/c artigo 71, parágrafo único do Código Penal (duas vezes) à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial semiaberto, e 46 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do ministério público, deram parcial provimento ao recurso de Antonio Fabiano e, deram provimento ao recurso de Benedito de Paula, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 06 de março de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0001958-70.2012.8.12.0008 - Corumbá
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – RECURSO SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, §2º, IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) – PRETENSA IMPRONÚNCIA – ALEGADA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – PRETENSA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE PROVA ORAL A CORROBORAR A NARRATIVA DA PEÇA ACUSATÓRIA – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* NÃO EXSURGE DE FORMA INEQUÍVOCA NOS AUTOS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – DESENTENDIMENTO ANTERIOR SÉRIO ENTRE RÉU E A VÍTIMA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Existindo indícios da participação do recorrente no evento delituoso, impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação, que deverá ser submetida ao Tribunal do Júri, juízo natural para a decisão.

A absolvição sumária com base na legítima defesa exige prova plena e incontestável que no caso não restou evidenciada de plano, quanto ao uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, motivo pelo qual impõe-se a pronúncia como resultante de mero juízo de admissibilidade da acusação.

Na fase da pronúncia a desclassificação somente é possível quando há certeza de que não houve crime doloso contra a vida, o que não se evidencia de plano, logo, a questão também deve ser apreciada pelos jurados.

As qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do *iudicium accusationis* se manifestamente improcedentes, então, se a própria denúncia indica que o delito foi precedido de desavença entre vítima e réu, com ofensas e agressões mútuas, justifica-se o afastamento da qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Rodrigo Lorenço da Cruz interpôs recurso em sentido estrito manifestado seu inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, do ambos Código Penal.

O recorrente, em suas razões recursais, nega ter desferido o golpe de faca na vítima e alega que a pronúncia estaria amparada em indícios produzidos na fase policial que não foram ratificados em juízo, pois nem a vítima e nem nenhuma testemunha presencial foi ouvida na fase judicial para esclarecer como deram-se os fatos. Sustenta que não foi apreendida arma em seu poder, tampouco roupas sujas de sangue, assim, não há nos autos indícios suficientes de autoria quanto ao fato imputado na denúncia, o que levaria a sua impronúncia.

Aduz que, caso entenda pela existência de provas da autoria, caberia a desclassificação do delito de homicídio para lesão corporal, vez que não restou configurado o *animus necandi*, tanto é que *"cessou a atividade delitiva, mesmo podendo prosseguir em seu intento, incidindo ao caso o instituto da desistência voluntária, previsto no art. 15 do Código Penal, devendo então responder apenas pelos atos cometido"*.

O acusado sustenta ainda que *"houve um desentendimento momentos antes envolvendo"* ele e a vítima *"sendo que ambos se ameaçaram"*, o que afastaria a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, pois teria ela motivos para esperar o ataque.

Assim, requer sua absolvição sumária por ausência de provas das autoria e, subsidiariamente, a desclassificação do crime para lesão corporal e ainda o afastamento da qualificadora do art. 121, § 2º, IV do CP. (f. 181/192).

O Ministério Público, em contrarrazões de f. 198/205, afirma que há elementos suficientes para a pronúncia do Recorrente, sendo que a negativa de autoria estaria em dissonância com as provas testemunhais e que *"as próprias circunstâncias do crime denunciam que a Recorrente desejava matar a vítima",* razões pelas quais pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 215/226, opina pelo conhecimento e improvimento recursal, ponderando que estão presentes os indícios suficientes de autoria e as provas da materialidade.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Rodrigo Lorenço da Cruz manifestado seu inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II, do ambos Código Penal.

Narra a denúncia que (f. 01/03):

> *"(...) No dia 03 de dezembro de 2011, por volta das 18h40min, em via pública, na Rua Delamare, Centro, em Corumbá/MS, o denunciado Rodrigo Lorenço da Cruz, consciente da ilicitude de sua conduta e agindo com animus necandi, fazendo uso de arma branca (não apreendida), mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, tentou matar Ado Pereira de Jesus, desferindo-lhe golpe de faca e causando-lhe as lesões corporais descritas no Laudo de Exame de Corpo de Delito Indireto n.º 10.537/2014-IMOL.*

Na ocasião, o denunciado e vítima estavam exercendo a função de " cuidador de carros" , momento em que houve uma breve discussão em razão do revezamento de clientes. Ato contínuo, o denunciado se retirou do local e logo retornou na posse de uma faca, aproximou-se da vítima e lhe desferir um golpe que lhe atingiu a região do flanco esquerdo.

O crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, haja vista que a vítima foi prontamente socorrida e encaminhada a atendimento médico.

O delito foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa. O denunciado agiu de inopino, surpreendendo a vítima por trás, enquanto estava distraída cuidando os carros.

Assim agindo, o denunciado incorreu na conduta tipificada no artigo 121, § 2º, inciso IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, incidindo, no que couber, a Lei Federal n.º 8.072/90.(...)"

Findo o sumário da culpa *judicium accusatione*, Rodrigo foi pronunciou nos exatos termos da pronúncia. Em suas razões de decidir a sentenciante assim indicou (f. 168/172):

"(...) No caso vertente, a materialidade é inconteste e está demonstrada pelo registro de ocorrência policial de f. 06-10, pelo laudo de exame de corpo de delito de f. 75-76 (atestando a caracterização de lesão corporal grave provocada por instrumento com ação perfuro contundente), bem como pela prova oral produzida.

Quanto à autoria, em que pese tenha o acusado negado a autoria do delito, a realidade dos autos indica existir indícios suficientes de ter sido Rodrigo Lourenço da Cruz o autor do golpe de faca contra a vítima, especialmente pela oitiva do ofendido Ado Pereira de Jesus e da testemunha Luiz Mário Rodrigues de Freitas.

Note-se que quando ouvido na Delegacia, o ofendido afirmou que trabalhava de "flanelinha" na Rua Frei Mariano e que no dia dos fatos o acusado Rodrigo não queria respeitar o revezamento de clientes, o que originou uma discussão, onde o acusado teria ameaçado ele dizendo que lhe daria uma facada. Nesta ocasião, narra a vítima que, sem falar a sério – pois eram amigos - também ameaçou o acusado dizendo que esfaquearia ele primeiro. Que passado esta discussão, o depoente voltou a trabalhar e o acusado deixou o local. No entanto, Rodrigo voltou momento depois e surpreendendo o declarante por trás, desferiu contra ele um golpe de faca na região do quadril (f. 20-21).

Os indícios de autoria também são corroborados pela testemunha Luiz Mário de Freitas, que ouvido em juízo afirmou que conversou com a vítima no Pronto Socorro, tendo ela relatado que houve uma desavença entre ela e o acusado e o motivo foi por causa do ponto que eles cuidam os carros. Destaca, ainda, o depoente que a vítima afirmou que o autor do golpe de faca contra ela seria o Rodrigo Lourenço (f. 152).

A tese defensiva de não ter o réu agido com animus necandi (intenção de matar), ventilada às f. 163-164, não pode ser acolhida neste momento, tendo em vista que a prova existente nos autos não permite concluir, desde já e sem sombra de dúvidas, que a intenção do réu era diversa.

Com relação à necessidade de prova clara para se proceder à desclassificação de crime de competência do Tribunal do Júri, é oportuno citar a lição de Guilherme de Souza Nucci:

"O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de

crime diverso daqueles previstos no art. 74, §1º, do Código de Processo Penal (...). Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida. A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com animus necandi (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não subtrair indevidamente do Tribunal Popular competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar o seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana" (Código de Processo Penal Comentado, 2ª edição, RT, pág. 650/651).

No mais, das provas angariadas nos autos, há elementos que indicam que o réu pode não ter desistido voluntariamente da ação, em contramão do que argumenta a defesa às f. 163-166, pois, conforme o depoimento da vítima (f. 20-21): ''o declarante gritou, o que chamou a atenção dos populares, e o neguinho evadiu-se do local correndo". Em que pese o policial Luiz Mario ter afirmado que o acusado teria cessado a prática depois de efetuar apenas um golpe (f. 152 áudio e vídeo), o seu depoimento não esclarece se o ato foi interrompido voluntariamente pelo réu, ou em razão de outros fatores, restando, portanto, dúvidas a respeito de eventual desistência.

Destarte, considerando que há prova da existência do fato e indícios suficientes de autoria do delito, rejeita-se o pedido de impronúncia e, como não está patente a desclassificação, ou seja, saber se a intenção do réu era de somente agredir a vítima, tal questão deve ser submetida ao Tribunal do Júri.

No tocante à qualificadora, vale lembrar que o afastamento dela somente pode ocorrer quando for manifestamente improcedente. Nesse sentido:

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO TENTADO-QUALIFICADO – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA – TRAIÇÃO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – IMPROVIDO. Na fase da pronúncia, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer arrimo nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio "in dubio pro societate". (TJMS - Recurso em Sentido Estrito nº 2010.005821-5/0000-00 – Ivinhema - Rel. Des. João Batista da Costa Marques – Jul. 11/05/2010)

A denúncia ainda faz menção à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, a qual vem descrita no inciso IV do § 2.º, do art. 121 do Código Penal, e dispõe que o homicídio será qualificado quando for cometido "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido". Sabe-se que a surpresa é o recurso que retira do agredido a possibilidade de defesa, inserindo-se na fórmula genérica "qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido", contida no dispositivo supramencionado.

No caso vertente, há presença de elementos de prova acerca da configuração da aludida qualificadora, pois o acusado, em tese, aproveitando-se da distração de seu alvo - que estava de costa realizando sua atividade de ''flanelinha" - teria desferido, contra o ofendido, uma facada na região lombar, causando-lhe a lesão descrita no laudo de exame de corpo de delito de f. 75-76 (depoimento do ofendido às f. 20-21). É certo que houve discussão anterior entre o acusado e a vítima, o que poderia servir de elemento para afastamento da qualificadora, ocorre que a vítima em seu depoimento também menciona que apesar das ameaças mútuas de esfaqueamento não as levou a sério posto que eram amigos. Assim, havendo divergência de elementos que possam levar ao acatamento ou não da qualificadora é medida de rigor a submissão da questão ao juízo constitucionalmente competente.

> *Dessa forma, a qualificadora deverá ser submetida à apreciação do Tribunal do Júri a fim de preservar sua competência.*
>
> *Diante o exposto, pronuncio o acusado Rodrigo Lourenço da Cruz, qualificado nos autos, para ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso na pena do artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.(...)".*

Irresignado, o Recorrente requer sua absolvição sumária por ausência de provas das autoria e, subsidiariamente, a desclassificação do crime para lesão corporal e ainda o afastamento da qualificadora do art. 121, § 2º, IV do CP. (f. 181/192).

Sobre a pronúncia, o Código de Processo Penal prevê:

> *"Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.*
>
> *§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena."*

Demonstrada a materialidade e havendo indícios de autoria, compete ao Juiz pronunciar o réu, submetendo-o ao julgamento pelo juiz natural: o Tribunal do Júri.

No caso, a materialidade do crime restou comprovada através do Laudo de exame de corpo de delito indireto de f. 75/76.

Em relação a autoria, como determina o art. 413, do CPP, para a pronúncia não é necessária prova contundente, bastando indícios suficientes de autoria ou participação no crime. Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> *"(...) é imperiosa a verificação acerca da autoria ou participação. Logicamente, cuidando-se de um juízo de mera admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador."* (Guilherme de Souza Nucci. Código de Processo Penal Comentado, 9ª ed.. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 758).

Quanto à autoria, muito embora o Sr. Rodrigo tenha negado a pratica delitiva, afirmando que entre ele a vítima houve um desentendimento prévio e que tomou uma facada da vítima, mas não fez nada contra a vítima, tendo deixado o local (interrogatórios de f. 11/12 e termo audiovisual de f. 152), há indícios de sua participação no fato pelo qual foi pronunciado.

O magistrado, no juízo de formação da culpa, não pode adentrar profundamente no conjunto probatório, sob pena de invadir a competência dos juízes de fato, ou mesmo de influenciar a decisão popular, entretanto, não podemos ignorar que, na delegacia, a vítima narrou que (f. 20/21):

> *"(...) que por motivo do desentendimento por parte do Neguinho que não queria respeitar o revezamento de clientes, acabou por encontrar em discussão com Neguinho que lhe prometeu dar uma facada; como há longa amizade entre o declarante e Neguinho este revidou a ameaça e disse, sem falar a sério, que esfaquearia o Neguinho primeiro; que após essa discussão entreteu-se com o trabalho, mas percebeu que o Neguinho havia deixado o local, contudo este voltou e seguida e surpreendeu o declarante por trás, desferindo contra o declarante um golpe de faca na região do quadril (...)".*

Mesmo que a vítima não tenha comparecido em Juízo, para prestar declarações, o depoimento prestado na da fase extrajudicial indica a participação do Recorrente no delito, sobretudo porque corroborado tal indício por prova testemunhal como afirmado pelo juiz na sua decisão.

Ademais, admissível a pronúncia do acusado com base em indícios derivados de provas colhidas no inquérito policial, desde que não sejam contrárias às demais provas produzidas na instrução criminal.

No caso, semelhante assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – TRIBUNAL DO JÚRI – SENTENÇA DE PRONÚNCIA – INDÍCIOS DE AUTORIA BASEADOS EM PROVAS COLHIDAS DURANTE INQUÉRITO POLICIAL – POSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AO ART – 155 DO CPP – INOCORRÊNCIA.*
>
> *1. O legislador pátrio vedou expressamente a condenação baseada exclusivamente em elementos colhidos na investigação criminal, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. No que se refere à sentença de pronúncia, tal dispositivo deve ser visto com reserva. 2. A sentença de pronúncia não encerra condenação, limitando-se tão somente a pronunciar o agente quando presente prova segura da materialidade e elementos indicativos de autoria, pois compete exclusivamente ao Tribunal do Júri, nos crimes dolosos contra a vida, apreciar o mérito da ação penal ou proceder ao exame aprofundado das provas, decidindo, por fim, pela procedência ou não da denúncia. 3. Hipótese em que a pronúncia não foi baseada exclusivamente em elementos produzidos na fase pré-processual. 4. Agravo regimental desprovido."* (STJ. AgRg no *Habeas Corpus* 247.911. Rel. Gurgel de Faria. Quinta Turma. Julgado em 21/05/2015).
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL PENAL – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL – SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 413 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INEXISTÊNCIA – POSSIBILIDADE DE PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL AUXILIAREM NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA – EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – DESCABIMENTO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DESTE TRIBUNAL – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu no sentido da possibilidade de se admitir a pronúncia de Acusado com base em indícios derivados de provas colhidas no inquérito policial e que não foram rechaçadas pelas provas produzidas na instrução criminal. 2. A pretensão de absolvição sumária demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento inadmissível em âmbito de recurso especial, nos termos da Súmula nº 07 deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido".* (STJ. AgRg no AREsp 371.032. Rel. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. DJe 19.12.13)

Outrossim, a vedação de sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial (cf. art. 155, do CPP), não impede que elementos probatórios extrajudiciais corroborem decisão de pronúncia, pois tal decisão encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo, tão somente, o exame da ocorrência da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou de participação.

A sentença de pronúncia não implica em automática condenação, ela só diz respeito à admissibilidade da acusação. Neste sentido, preciosa a lição de Mirabete:

> *"A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que exige para a condenação. Daí a incompatibilidade do provérbio in dúbio pro reo com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há inversão da regra in dúbio pro reo para in dúbio pro societate. Por isso não há necessidade, absolutamente, de convencimento exigido para a condenação como a de confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc."* (Julio Fabrini Mirabete. Processo Penal -7ª ed. São Paulo: Ed Atlas, p. 479/480)

Ademais, o sentenciante assinalou como indícios de autoria a oitiva do ofendido Ado Pereira de Jesus e da testemunha Luiz Mário Rodrigues de Freitas, sendo a primeira oitiva extrajudicial e a segunda oitiva judicial, cito de novo:

> *(...)" Note-se que quando ouvido na Delegacia, o ofendido afirmou que trabalhava de "flanelinha"(...) que passado esta discussão, o depoente voltou a trabalhar e o acusado deixou o local. No entanto, Rodrigo voltou momento depois e surpreendendo o declarante por trás, desferiu contra ele um golpe de faca na região do quadril* (f. 20-21).
>
> *Os indícios de autoria também são corroborados pela testemunha Luiz Mário de Freitas, que ouvido em juízo afirmou que conversou com a vítima no Pronto Socorro, tendo ela relatado que houve uma desavença entre ela e o acusado e o motivo foi por causa do ponto que eles cuidam os carros. Destaca, ainda, o depoente que a vítima afirmou que o autor do golpe de faca contra ela seria o Rodrigo Lourenço* (f. 152)*."*

Então, deve ser mantida a decisão de pronúncia, eis que inexistem elementos capazes ensejar a despronúncia de Rodrigo.

A impronúncia ou despronúncia são decisões de rejeição da imputação para o julgamento perante o Tribunal do Júri, porque o julgador (juiz singular ou colegiado) não se convenceu da existência do fato ou de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Sobre o tema Norberto Avena preleciona:

> *"(...) a impronúncia na hipótese em que o juiz que conduz o processo, na fase da admissibilidade da acusação, conclui pela inexistência de indicativos de autoria ou da provas de materialidade do fato. Por essa razão, deixa de submeter o acusado ao Tribunal do Júri, determinando o arquivamento do processo criminal.*
>
> *Por outro lado, a despronúncia é decisão que tem lugar em duas situações: primeira, quando, diante do recurso em sentido estrito interposto contra a pronúncia, o próprio juiz prolator daquela decisão, utilizando-se do juízo de retratação que é inerente ao RSE (art. 589 do CPP), reconsidera sua decisão anterior, não submetendo o acusando, então, a júri popular; segunda, na hipótese em que o juiz não se retrata da pronúncia, mas o tribunal, julgando o recurso em sentido estrito interposto, revoga tal pronunciamento e determina o arquivamento do processo criminal. (...)".* (Norberto Avena. Processo Penal Esquematizado – 4º edição. São Paulo: ed. Métodos, 2012, p. 766).

Não vislumbro nenhuma das hipóteses elencadas no art. 414, do CPP, então a despronúncia pretendida é inviável nesta fase, pois o acervo probatório não é capaz de provar que o Recorrente não concorreu para a infração penal.

Descabe, pois, nessa fase, a despronúncia da Recorrente.

Rodrigo também pugnou pela desclassificação da infração a ele imputada na denúncia.

Entretanto, não há certeza de que o acusado não tinha a intenção de matar a vítima, assim, torna-se inviável, ao menos em sede de pronúncia, a desclassificação almejada, pois, se pairar dúvida acerca do elemento subjetivo que guiou a conduta do agente, é imprescindível a sua submissão ao Conselho de Sentença para dirimi-la, sendo este o juízo natural para julgá-lo, conforme precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *CRIMINAL – RESP – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 620, DO CPP – NÃO VERIFICAÇÃO – PRONÚNCIA – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA – ILEGALIDADE DA DECISÃO NÃO EVIDENCIADA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *(...) III. Somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria, em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas, o Julgador pode deixar de pronunciar o réu.*
>
> *IV. Constatada a materialidade do delito, cometido de forma possivelmente dolosa e diante das evidências da autoria, o Magistrado utilizou a argumentação devida para a pronúncia.*
>
> *V. Apenas o Tribunal do Júri, cuja competência é prevista na constituição Federal, poderá decidir acerca da orientação da conduta do réu – se cometida com dolo ou culpa –, da culpabilidade do acusado e da existência de provas suficientes à sua condenação.*
>
> *(...) IX. Recurso desprovido."* (STJ. RESP 840814. Rel. Min. GILSON DIPP. 5º Turma. DJ 09/10/2006).

Em casos análogos, são os seguintes julgados deste Tribunal:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL POR AUSÊNCIA DO ANIMUS NECANDI – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA – RECURSO IMPROCEDENTE. A competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal do Júri, de modo que, cabe ao magistrado, na oportunidade da pronúncia, limitar-se à subsunção dos fatos à norma incriminadora, sem adentrar na quaestio juris sob pena de violação ao princípio do juiz natural. Estando comprovada a materialidade do delito e havendo suficientes indícios de autoria, é acertada a decisão do juiz que pronuncia o réu, tendo em vista que cabe ao Tribunal do Júri, ponderada a plausibilidade da tese acusatória e defensiva, manifestar-se acolhendo uma delas, proceder este que é vedado ao juiz, como também à segunda instância, nesta fase do procedimento. Recurso não provido, em conformidade com o parecer.* (TJMS. RESE 0024044-56.2012. Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 19/08/2010).
>
> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – HOMICÍDIOS TENTADOS QUALIFICADOS – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO PRIMEIRO FATO PARA LESÃO CORPORAL – DÚVIDAS QUANTO À INTENÇÃO DO AGENTE – QUESTÃO QUE DEVE SER APRECIADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E SURPRESA – QUESTÕES QUE DEVEM SER APRECIADAS PELO JÚRI – DESPROVIDO. Havendo materialidade do fato, indícios de autoria e dúvidas quanto à intenção do agente, mantém-se a pronúncia, pois somente quando a prova produzida é robusta, clara e conclusiva é que se pode retirar o caso da apreciação por parte do Tribunal do Júri. Na fase da pronúncia, as qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer arrimo nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio in dubio pro societate. (*TJMS. RESE 0001811-10.2013. Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 02/09/2013).

Não há como desclassificar a tentativa de homicídio para lesão corporal vez que a prova dos autos não aponta a real intenção do agente, diversa do animus necandi, devendo a matéria ser levada à apreciação do Tribunal do Júri, a quem incumbe o exame profundo de todo o material probatório.

Quanto ao afastamento da qualificadora da surpresa/recurso que dificultou a defesa da vítima, aqui a tese defensiva prospera.

Sobre a qualificadora descrita no inciso IV, do § 2º, do art. 121, Guilherme de Souza Nucci ensina que:

> *"(...) o objetivo desta qualificadora é punir mais severamente o agente que, covardemente, mata o ofendido. Traindo-o, emboscando-o, ou ocultando suas verdadeira intenções, está prejudicando ou impedindo qualquer reação de sua parte que se torna presa fácil"*. (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado,11ª ed. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2012, p. 643 e 644).

Provou-se que entre réu e vítima houve uma séria discussão no dia dos fatos, pois isso foi relatado tanto por Rodrigo quanto por Aldo.

Também está provado que Aldo desferiu uma facada em Rodrigo pouco antes dos acontecimentos relatados na denúncia, inclusive a vítima, em seu termo de declaração de f. 20/21, assim esclareceu:

> *"(...) na mesma data dos fatos, por volta de 12h30min, já havia tido uma discussão com Neguinho, por causa do revezamento de clientes, tendo chegado a desferir um golpe de faca contra Neguinho, que o atingiu levemente, "um risquinho", na região abdominal (...)"*.

Ora, a própria vítima afirma que o delito foi precedido de séria desavença entre vítima e réu, com ofensas, provocações mútuas e até agressões, circunstâncias que não se podem reputar banais e são suficientes para descaracterizar a surpresa ou impossibilidade de defesa da vítima, pois demonstrando que havia um antecedente psicológico de animosidade entre o réu e a vítima.

Ora, para a caracterização da qualificadora em análise é preciso que o agente se valha da desprevenção ou da boa-fé da vítima, agindo de forma traiçoeira ou subitamente, circunstâncias que não estão evidenciadas minimamentes nos autos.

É vedado ao julgador, nessa fase, valorar as provas para afastar a imputação concretamente apresentada pela acusação, sob pena de se usurpar a competência do juiz natural da causa, o Tribunal do Júri, entretanto, no caso presente não há sequer indícios de que a conduta do Recorrido tenha dificultado a defesa da vítima.

Observando a dinâmica do delito não há qualquer indícios a sugerir a idéia de surpresa, vez que o agente não atuou às escondidas, de tocaia ou utilizou de meio ardil para surpreender a vítima.

Assim, como não foram colhidos elementos suficientes no sentido de demonstrar que acusado agiu com a intenção de dificultar a defesa do ofendido, a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima deve ser afastada.

Aliás, esta Câmara já apreciou a questão nos autos n. 0001653-75.2016.8.12.0031 e 0000844-15.2015.8.12.0001, ambos de minha Relatoria, oportunidade em que afastou a qualificadora em questão quando o homicídio vem precedido de atritos entre réu e vítima. Vejamos:

> *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, §2º, II E IV, DO CP) – (...) PRETENDIDO AFASTAMENTO*

DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – POSSIBILIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS – SUFICIENTES PARA AMPARÁ-LA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

Para a caracterização da qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP é preciso que o agente se valha da desprevenção ou da boa-fé da vítima, agindo de forma traiçoeira ou subitamente, e no caso não há indícios a sugerir a surpresa, vez que o agente não atuou às escondidas, de tocaia ou utilizou de meio ardil para surpreender a vítima, logo, a qualificadora não se justifica. (TJMS. Recurso Em Sentido Estrito 0001653-75.2016.8.12.0031. Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 30/05/2017).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO NA MODALIDADE TENTADA (ART. 121, 'CAPUT', C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – SENTENÇA DE PRONÚNCIA COM DECOTE DE QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA (INCISO IV) – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA AMPARAR A QUALIFICADORA – RECURSO IMPROVIDO.

Para a caracterização da qualificadora do art. 121, §2º, IV, do CP é preciso que o agente se valha da desprevenção ou da boa-fé da vítima, agindo de forma traiçoeira ou subitamente; então, se não há indícios a sugerir a ideia de surpresa, vez que o agente não atuou às escondidas, de tocaia ou utilizou de meio ardil para surpreender a vítima, a qualificadora não se justifica. (TJMS. Recurso Em Sentido Estrito 0000844-15.2015.8.12.0001. Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 22/03/2016).

No mesmo sentido, são os demais julgados deste Tribunal:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE ANIMUS NECANDI – GOLPE DE FACA EM REGIÃO POTENCIALMENTE VITAL – FORTES INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE ANIMUS NECANDI – MATÉRIA AFETA AO JÚRI – INVIABILIDADE – QUALIFICADORA – RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA PRONÚNCIA – ELEMENTAR MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – ACOLHIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O golpe de arma branca (faca) desferido pelo réu contra a vítima em região potencialmente vital (tórax) aliado ao fato de que ele teria dito "vou te furar, vou te matar", são incompatíveis com a tese da ausência de animus necandi, o que basta para afastar a pretendida desclassificação do crime de tentativa de homicídio para lesão corporal leve. Sendo manifestamente improcedente a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, destituída de qualquer amparo fático, deve ser expurgada, de plano, da decisão de pronúncia. (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0001022-09.2008.8.12.0033. Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes. 1ª Câmara Criminal. Julgado em 02/02/2016)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PENAL E PROCESSO PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ELEMENTOS MÍNIMOS PARA SUBMISSÃO AO CORPO DE JURADOS – MOTIVO FÚTIL – INDÍCIOS DE OCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DEVIDA – RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA – IMPERTINÊNCIA DEMONSTRADA – AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE – EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU – NÃO PROVIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO. Sendo a pronúncia meio

> *de admissibilidade à acusação é de se observar o princípio in dubio pro societate, não se exigindo exame mais aprofundado do mérito, nem mesmo um juízo de certeza, pois será no Plenário do Júri a oportunidade para apreciar e debater a tese defensiva. A impronúncia somente é admitida se a acusação for manifestamente infundada, o que não ocorre quando os elementos colhidos durante a instrução recomendam o apreço popular. A qualificadora trazida na denúncia somente deve ser afastada quando não contiver substrato probatório algum. Por outro lado, em sendo demonstrada sua impertinência o afastamento é impositivo. Recurso em Sentido Estrito do corréu a que se nega provimento, e recurso do réu que se dá parcial provimento para afastar a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, estendendo-se os efeitos ao corréu (art. 580, do Código de Processo Penal). (*TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0010414-90.2013.8.12.0002. Rel. Des. Carlos Eduardo Contar. 2ª Câmara Criminal. Julgado em 10/08/2015)

Portanto, pela ausência de aportes mínimos a referendar a ocorrência da qualificadora descrita no inciso IV, do § 2º, do art. 121, do CP, a afasto.

Ante o exposto, em parte contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso em sentido estrito interposto por Rodrigo Lorenço da Cruz, tão somente para afastar a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1400213-84.2018.8.12.0000 - Corumbá
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III E IV E § 4º) – MORTE DE RECÉM-NASCIDA RETIRADA DE HOSPITAL CONTRA RECOMENDAÇÃO MÉDICA – MORTE CAUSADA POR BRONCO-ASPIRAÇÃO, POR RETIRADA DE SONDA DE ALIMENTAÇÃO CONTRA INSTRUÇÕES MÉDICAS – PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – PACIENTE PRESA COM DECISÃO DE PRONÚNCIA TRANSITADA EM JULGADO PARA DEFESA – PROCESSO AGUARDA DECISÃO DO RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – PACIENTE PRIMÁRIA – NÃO COMPROVADO RISCO À ORDEM PÚBLICA – ORDEM CONCEDIDA EM PARTE, COM IMPOSIÇÃO DE CAUTELARES.

O constrangimento ilegal por excesso de prazo, apto a ensejar o relaxamento da prisão cautelar, deriva da demora que decorra de ofensa ao princípio da razoabilidade, ou configurando desídia do Poder Judiciário ou da acusação.

Se a Paciente, presa há mais de dois anos, ainda terá de aguardar o resultado do Recurso Especial interposto pela acusação, e só depois poderá ser julgada pelo Tribunal do Júri, e se a defesa prova que seu julgamento pelo plenário do júri só poderá ser marcado para o mês de março ou data mais longínqua, há que se reconhecer demora demasiada no processo, não imputável à defesa, como tal justificadora de ordem para aguardar o julgamento em liberdade.

Mesmo tendo a paciente condições favoráveis, a prisão preventiva deve ser substituída por medidas cautelares (previstas no artigo 319 do CP), para o fim de ficar vinculada ao processo, e se garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Contra o parecer, ordem concedida em parte, com imposição de medidas cautelares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra *habeas corpus* em favor da paciente Lorrayne Guimarães Torres, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá.

A impetrante narra, em síntese, que a paciente foi presa em flagrante delito no dia 26 de janeiro de 2016, pela suposta prática do delito de homicídio qualificado. A denúncia foi recebida em 22/02/2016, Lorrayne foi pronunciada em 09/09/2016 e da decisão foi interposto Recurso em Sentido Estrito que foi julgado por este Tribunal em 14/11/2017.

Afirma que no dia 19/11/2017 foi requerida a revogação da prisão preventiva da Paciente por excesso de prazo na prisão, eis que a acusação "*foi quem primeiro ofertou recurso contra a decisão de pronúncia, além de se alegar que em consulta à pauta dos plenários do júri na comarca de Corumbá, somente poderia ser marcado julgamento para o mês de março em diante, permanecendo a paciente enclausurada desnecessariamente",* todavia, o pedido foi indeferido em 12/12/2017 *"sob os argumentos de que após a pronúncia fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo".*

Argumenta que "*não pode a paciente ficar indefinidamente presa de modo cautelar aguardando a sorte do Recurso Especial quando referida situação já extrapola o período de dois anos, sem que ela tenha dado causa ao atraso, constituindo isso evidente constrangimento ilegal".*

Justifica ainda que a demora na instrução processual não se deu por culpa da defesa, sendo totalmente descabida a manutenção da segregação.

Assim, requer a concessão da ordem para que a paciente seja imediatamente colocada em liberdade provisória.

Em cognição sumaríssima, o pedido de liminar foi indeferido (f. 72/74).

A autoridade coatora prestou suas informações às f. 80/81.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem em parecer assim ementado (f. 85/93):

> *HABEAS CORPUS – PACIENTE PRESA PREVENTIVAMENTE EM RAZÃO DA SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 121, § 2º, I, III, IV, E § 4º DO CÓDIGO PENAL – 1. PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP – DESCABIMENTO – 2. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL – NÃO CONFIGURAÇÃO.*
>
> *1. Necessária a manutenção da prisão preventiva, pois verificados os pressupostos do art. 312 do CPP, quais sejam: fumus comissi delicti (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e periculum in libertatis (para garantia da ordem pública), uma vez que dos dados concretos extraídos dos autos, evidencia-se a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente se considerado o modus operandi da conduta em tese praticada;*
>
> *1.1. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem à paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Precedentes do STJ.*

2. Não obstante a norma processual penal estabeleça prazos para as etapas da persecução criminal, o STJ firmou o entendimento de que não configura constrangimento ilegal a transposição de tais interregnos nos casos em que a delonga é ocasionada pela defesa ou é decorrente da complexidade da causa e da diversidade de réus, sempre observado o princípio da razoabilidade.

Parecer pelo conhecimento e a denegação da ordem.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar em favor da paciente Lorrayne Guimarães Torres, presa preventivamente pela prática, em tese, do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III e IV, e no § 4º c/c art. 18, I; art. 13, § 2º, I e art. 61, II, "e",), sob a alegação de estar sofrendo constrangimento ilegal por parte Juiz(a) de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, que indeferiu seu pedido de revogação da prisão preventiva.

Vê-se que a Paciente foi presa em flagrante delito no dia 26 de janeiro de 2016, e desde então encontra-se segregada.

Em 17/11/2017, nos autos 0806859-72.2017, pugnou pela revogação da sua prisão preventiva, todavia, seu pedido foi indeferido pelas seguintes razões (f. 53/54):

(...) O pedido não comporta deferimento. Explico.

A revogação da prisão preventiva é possível desde que tenha havido modificação dos fatos que a ensejaram. Em outras palavras, no curso do processo, ocorre fato que faz desaparecer o(s) motivo(s) na qual a prisão cautelar se funda. É o que dispõe o artigo 316 do CPP:

*"**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". (gn).*

Neste sentido, tenho que assiste inteira razão ao órgão ministerial quando manifestou contrário ao requerimento (f. 130-133), cujos requisitos persistem a ponto de continuar a segregação da requerente, conforme fundamentos da decisão de f. 51-54 proferida nos autos de prisão em flagrante nº 0000464-34.2016.8.12.0008.

De outro vértice, como bem salientado pelo Ministério Público, não há de se falar em constragimento ilegal por excesso de prazo, uma vez que "o processo já se encontra com a sua respectiva instrução criminal, aguardando apenas o retorno dos autos do Tribunal", cujo acórdão foi pelo improvimento dos recursos defensivos (f. 400-417 dos autos 0000606-38.2016.8.12.0008).

Ademais, consoante o verbete nº 21 da súmula do Superior Tribunal de Justiça enuncia que "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução".

Nota-se, ainda, que não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo provocado pela Defesa, consoante súmula nº 64 do STJ. Nesse sentido, o STF já decidiu:

> *"Habeas corpus – Alegação de excesso de prazo para encerramento da instrução criminal e ausência dos requisitos da prisão preventiva – Inocorrência – Recurso em sentido estrito interposto pela defesa do paciente – Presentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312 do CPP) – Bons antecedentes e primariedade – Paciente idoso – Habeas corpus denegado.* ***1. Não se vislumbra, na espécie, o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo, mormente porque o processo está aguardando o julgamento do recurso em sentido estrito interposto pela defesa do paciente, o que justifica a razoável demora para o encerramento da ação penal*** *[...] [...] 4. Habeas corpus denegado.* (STF - HC 92204-PR. Relator: Menezes Direito, Julgamento: 16/10/2007 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-165 18-12-2007). (gn)."
>
> *Por tudo isso, indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva da ré Lorrayne Guimarães Torres. (...)"*

Irresignada, a paciente argumenta que há excesso de prazo na prisão, eis que a acusação:

> *"(...) foi quem primeiro ofertou recurso contra a decisão de pronúncia,além de se alegar que em consulta à pauta dos plenários do júri na comarca de Corumbá, somente poderia ser marcado julgamento para o mês de março em diante, permanecendo a paciente enclausurada desnecessariamente". Alega que não pode a"ficar indefinidamente presa de modo cautelar aguardando a sorte do Recurso Especial quando referida situação já extrapola o período de dois anos, sem que ela tenha dado causa ao atraso, constituindo isso evidente constrangimento ilegal".*

Pois bem, a Paciente foi denunciada nos seguinte termos (ação penal n. 0000606-38.2016.8.12.0008 - f. 11/14):

> *"(...) No dia 24 de janeiro de 2016, no período noturno, por volta das 22h00min, na residência localizada na Rua 21 de Setembro, n.º 26, Bairro Cervejaria, em Corumbá/MS, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves, conscientes da ilicitude de suas condutas e agindo com animus necandi, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, por motivo torpe, meio cruel e asfixia, e recurso que dificultou a defesa, mataram a própria filha/descendente Ayla Gabrielly Torres, recém-nascida de apenas 01 (um) mês de idade.*
>
> *A vítima Ayla Gabrielly Torres nasceu prematura e portadora de hidrocefalia (macrocefalia), necessitando de cuidados especiais, somente podendo ser alimentada por meio de uma sonda, haja vista não possuir, em razão da prematuridade e da sua enfermidade, os reflexos de sucção e de deglutição, razão pela qual, após o parto, permaneceu internada no hospital local.*
>
> *A denunciada Lorrayne Guimarães Torres, mesmo ciente dos cuidados especiais necessários à filha, do perigo de desnutrição e de a alimentação ser imprescindivelmente feita apenas por meio de sonda, retirou Ayla Gabrielly Torres do ambiente hospitalar contra a indicação médica e a levou para o imóvel em que residia com o companheiro/denunciado Gilson Gonçalves, assim assumindo, dolosamente, o risco de produzir o resultado morte. Gilson Gonçalves aderiu à conduta de Lorrayne, mantendo a vítima longe dos cuidados médicos.*
>
> *Na sequência, dias depois, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves acabaram por retirar a sonda de Ayla Gabrielly Torres, passando a alimentar a prematura por meio de "chuquinhas" de leite, assim ignorando as recomendações médicas e os cuidados especiais imprescindíveis à sobrevivência da menor, assim causando, conscientemente, no dia 24.01.2016, por volta das 22h00min, a morte da filha por "bronco aspiração por meio líquido", conforme atestado no Laudo de Necropsia n.º 626/2016-IMOL, documento pericial esse que também consignou estar a recém-nascida Ayla Gabrielly desnutrida.*

Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves agiram dolosamente e assumiram o risco de produzir o resultado morte da filha ao ter, aquela, retirado a filha/vítima do ambiente hospitalar contra a recomendação médica, e este ao anuir a esta conduta, não procurando socorro ou auxílio médico. Igualmente, agiram dolosamente, e assumiram o risco de morte, ao efetuarem a retirada da sonda da infante, único meio de garantir que se alimentasse corretamente e sem riscos.

Da mesma forma, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves também agiram na posição de garante, ignorando o dever legal de cuidado, proteção e vigilância que possuíam na condição de genitores, deixando de corretamente alimentar a filha/vítima, causando a sua morte. Gilson Gonçalves, inclusive, admitiu ter percebido que a menor havia parado de respirar, mas sequer acionou o socorro.

O crime foi cometido com o emprego de asfixia mesmo cientes da necessidade de utilização de sonda para alimentação, os denunciados ofereceram à prematura leite comum em mamadeira ("chuquinha"), causando-lhe obstrução das vias aéreas por "bronco aspiração por meio líquido", causa da sua morte. O delito, igualmente, foi cometido por meio cruel, tendo os denunciados causado grave e desnecessário sofrimento físico à vítima, deixando de alimentá-la corretamente por dias, sem o uso de sonda, assim resultando no seu quadro de desnutrição e acabando por matá-la por bronco aspiração, assim demonstrando total falta de sentimento humanitário e ausência de piedade.

O crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa, não tendo a vítima Ayla Gabrielly Torres, em razão da prematuridade, da tenra idade e da enfermidade que a acometia, condições de oferecer resistência e de se defender dos constantes ataques e omissões perpetrados pelos denunciados.

O delito foi cometido por motivo torpe. Os denunciados agiram de modo desprezível, repugnante, em total descaso para com as necessidades da filha, forçando sua morte ao atendê-la com desprezo, evitando, de forma intencional, cuidados básicos de alimentação, imprescindíveis à sua sobrevivência. No dia dos fatos, Lorrayne se dirigiu a um pagode, levando consigo, em sua bolsa, a sonda necessária à vida da filha. Gilson, no dia seguinte, manteve sua rotina e ficou em casa assistindo futebol.

O delito foi cometido contra pessoa menor de 14 anos de idade, possuindo a vítima Ayla Gabrielly Torres, à época do fato/óbito, e conforme certidão de nascimento acostada aos autos, apenas um mês de idade (nascida em 12.12.2015).

O crime foi cometido contra descendente, tendo os denunciados ceifado a vida da própria filha, recém-nascida.

Assim agindo, os denunciados Lorrayne Guimarães Torres e Gilson Gonçalves incorreram na conduta tipificada no artigo 121, § 2º, incisos I (torpe), III (asfixia, cruel) e IV (recurso que dificultou a defesa), e também § 4º do mesmo dispositivo legal, combinado com o artigo 18, inciso I, com o artigo 13, § 2º, inciso I, e com o artigo 61, inciso II, alínea 'e', todos do Código Penal, incidindo, no que couber, a Lei n.º 8.072/90.(...)".

Findo o Sumário da Culpa *judicium accusatione*, Gilson e Lorrayne foram pronunciados como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III e IV, e no § 4º c/c art. 18, I; art. 13, § 2º, I e art. 61, II, "e", todos do CP, conforme sentença de f. 20/25. A decisão foi mantida em sua integralidade pelo acórdão de f. 26/43.

Todavia, o Ministério Público interpôs recurso especial visando a reforma do acórdão a fim de incluir na decisão de pronúncia a qualificadora do motivo torpe (art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal) (f. 56/65).

Em consulta ao SAJ constata-se que tal recurso aguarda a manifestação da defesa, para posterior juízo de admissibilidade e, se cabível, remessa ao STJ.

Então, em que pese a decisão de pronúncia tenha transitado em julgado para a Paciente, sua situação está pendente de análise diante da interposição do recurso do Ministério Público.

No caso, não há dúvida que a fase de instrução está encerrada, tanto é que a paciente foi pronunciada, o que, em tese, justificaria a aplicação das súmulas 52 e 21 do STJ, que disciplinam:

> *Súmula 21. "Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução".*
>
> *Súmula 52. "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".*

Então, as súmulas 21 e 52 do STJ, dispõem que não há constrangimento ilegal o excesso de prazo: a) após pronunciado o réu, sobre o excesso de prazo na instrução; b) após encerrada a instrução criminal.

Ocorre que tais entendimentos sumulares não podem ser aplicados automaticamente neste caso, visto que a alegação de excesso de prazo e constrangimento ilegal se baseia em fatos ocorridos após a decisão de pronúncia, pois a situação da Paciente está pendente de análise pelo Tribunal do Júri por força do Recurso Especial interposto pelo Ministério Público.

Configura constrangimento ilegal por excesso de prazo, 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.

Todavia, no caso, a paciente, presa há mais de dois anos, ainda terá de aguardar o resultado do Recurso Especial interposto pela acusação para ser julgada pelo Tribunal do Júri, o que só ocorrerá com alguma demora.

Outrossim, a defesa, através da pauta juntada à f. 55, comprovou que seu julgamento pelo plenários do júri na comarca de Corumbá somente pode ser marcado para o mês de março ou data mais longínqua.

Assim, a segregação cautelar da Paciente não mais se justifica.

A prisão preventiva é medida de extrema exceção, sendo justificada somente em casos extremos, quando estiverem presentes os pressupostos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: materialidade comprovada e fortes indícios de autoria, conjugados com ao menos um desses fundamentos: garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, devendo ser atendidos, ainda, os dispositivos do artigo 313 do Código de Processo Penal.

No caso, dúvida não há da prova da materialidade e dos indícios da autora e apesar de tratar-se de hipótese que autoriza a prisão processual *(crime doloso cuja pena máxima, em abstrato, é superior a 04 anos art. 313, I, do Código de Processo Penal)*, porém não está mais demonstrada a necessidade da prisão para os fins de se acautelar a ordem pública.

Não consta nos autos que a paciente seja recalcitrante no cometimento de delitos, ao contrário, a acusada é primária, conforme observa-se da certidão de antecedentes criminais juntada às f. 67/68, o que

reforça a necessidade de analisar com maior cautela a necessidade da custódia preventiva, eis que a paciente reúne as condições para receber a liberdade provisória, mediante a imposição de condições.

Em que pese a suposta gravidade da conduta, não se afigura que a paciente coloque em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal, a justificar-se sua segregação provisória.

Outrossim, ultrapassados mais de dois anos da data dos fatos, não há risco à ordem pública pelo sentimento de repulsa da sociedade.

Convém elucidar, ainda, que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça são uníssonos no sentido de que a gravidade do delito e sua repercussão só por si não são fundamentos hábeis para determinar a segregação provisória.

De todo o exposto, considerando que a segregação cautelar já perdura por mais de dois anos e que a Paciente é primária e não há indicativos de que solta, ela coloque em risco a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal, entendo ser o caso de substituir a custódia preventiva, por outras medidas cautelares mais adequadas, como forma de vinculá-la ao processo e assegurar a efetividade da ação penal em curso.

Então, deve ser deferida a liberdade provisória à Paciente, mediante o cumprimento de certas medidas, sem prejuízo de outras condições a serem estabelecidas pelo MM. Juiz de primeiro grau, caso entenda necessário.

Decisão:

Fica então deferida à paciente a liberdade provisória, devendo a paciente ser intimada e assinar para ficar ciente do compromisso da liberdade provisória, condicionada ao cumprimento das seguintes medidas cautelares, sem prejuízo de outras, como acima exposto:

Informar o endereço onde poderá ser localizada para ser intimada dos futuros atos processuais, como condição prévia ao cumprimento do alvará de soltura,

Assinar compromisso de comparecimento a todos os atos processuais e mantença atualizada de seu endereço mensalmente, informando o juízo a respeito.

Proibição de ausentar-se da Comarca onde reside sem prévia autorização do juízo processante;

Obrigação de se recolher à sua residência até às 21 horas;

Proibição de ingerir bebidas alcoólicas e frequentar casas noturnas e bares;

Cientifique-se a paciente de que o desrespeito a tais condições implica em revogação automática da concessão da liberdade provisória e o seu imediato recolhimento ao cárcere, e após expeça-se alvará de soltura.

Ante o exposto, contra o parecer, concedo parcialmente a ordem, para conceder liberdade provisória a Paciente, se por outro motivo não estiver presa, mediante a aplicação das medidas cautelares (previstas no artigo 319 do CPP) acima mencionadas.

Caso seja vencedor este voto, comunique-se de imediato tal decisão ao Juízo *a quo*, a fim de promover as providências cabíveis referentes às medidas cautelares e expedição do alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam parcialmente a ordem.

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. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0200004-11.2008.8.12.0019 - Ponta Porã
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, I, II E III, DO CP) – RECURSO DEFENSIVO – ROUBO A CARRO FORTE DE EMPRESA DE TRANSPORTE DE VALORES – CINCO AGENTES ARMADOS USANDO ROUPAS COM INSCRIÇÃO "POLÍCIA FEDERAL" – QUATRO VÍTIMAS FERIDAS POR ARMA DE FOGO – ALTO PREJUÍZO À VÍTIMA – PLEITO PARA REDUÇÃO DO *QUANTUM* DA PENA-BASE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – POSSIBILIDADE – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA NA TERCEIRA ETAPA – ALEGADA EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL – AGRAVAMENTO JUSTIFICADO PELO *MODUS OPERANDI* E CIRCUNSTÂNCIAS DE MAIOR GRAVIDADE – EXASPERAÇÃO MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Mesmo mantidas as 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, o *quantum* de aumento da pena-base deve ser reduzido, por critério de proporcionalidade, porque o aumento realizado pela Magistrada foi exacerbado.

Incidindo, na terceira fase, as causas de aumento do art. § 2º, I, II e III, do CP, o aumento tem balizas mínima e máxima previstas na lei, e no caso justifica-se o aumento da pena operado, se as majorantes do delito apresentaram gravidade intensa (cinco agentes armados atuando com alto grau de premeditação, ousadia e capacidade de intimidação e anulação de possibilidade de defesa e ação especialmente violenta que redundou em quatro vítimas feridas por arma de fogo).

Recurso defensivo ao qual, em parte com o parecer, dá-se parcial 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 parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de fevereiro de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Eduardo Luiz de Alfonso Prestes interpôs recurso de apelação em face da sentença (f. 422/433), que o condenou à pena de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 100 (cem) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, II, III, do CP.

Aduz a defesa que a pena-base deve ser revista, pois o réu teria confessado o crime, além de ser primário, bem como à época dos fatos seria menor de 21 (vinte e um) anos de idade e que, ao reduzir a pena, o Magistrado teria feito de forma irrisória.

Apregoa, ainda, que, na terceira fase da dosimetria da pena, a reprimenda teria sido aumentada de forma desproporcional, ou seja, pela metade, sendo, o Apelante totalmente desfavorecido.

Por isso pugna pela a redução da pena-base ao seu mínimo legal, em razão do princípio da igualdade e da isonomia, bem como, alternativamente, requer que sejam aplicados igualitariamente os mesmos critérios utilizados no aumento da pena-base e causas de aumento, com as atenuantes reconhecidas (f. 522/525).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 529/536).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se em idêntico sentido (f. 543/549).

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Eduardo Luiz de Alfonso Prestes visando a reforma da sentença que julgou procedente a denúncia, condenando-o nas sanções do art. 157, § 2º, I, II, III, do CP.

O apelante, juntamente com Fábio Luiz Morel Campagnoli, Flávio Augusto da Costa Nogueira, Luis Augusto da Costa Nogueira e Adriano Aquino Jara, foram denunciados pelo crime de roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo, concurso de agentes, transporte de veículo. Narra a denúncia que (f. 02/04):

> *"(...) na data de 05 de fevereiro de 2.007, por volta das 09hrs, na Avenida Brasil, em frente ao Banco Bradesco, nesta comarca, os denunciados Fábio Luiz Morel Champagnoli, Flávio Augusto da Costa Nogueira, Luis Gustavo da Costa Nogueira, Eduardo Luiz de Afonso Prestes e Adriano Aquino Jara subtraíram para si, mediante violência, com emprego de arma de fogo, um malote contendo R$ 27.971,69 (vinte e sete mil novecentos e setenta e um reais e sessenta e nove centavos) em cheques, pertencentes a empresa de transporte de valores Sebival, ofendendo a integridade física das vítimas Gerson Maurilho Chaves, César Correa Antunes, Lorenso Sanabre Dias e Elias Ricardo dos Santos Domingues, as quais se encontravam no local dos fatos.*
>
> *Segundo restou apurado na data dos fatos os denunciados Fábio, Flávio, Luis Gustavo, Eduardo e Adriano, usando roupas com inscrição "Polícia Federal, agindo em comum acordo e fazendo uso de armas de fogo, abordaram o carro forte da empresa Sebival e subtraíram para si, mediante violência, os valores supra citados.*
>
> *Averiguou que os acusados, para efetuaram a subtração, desferiram vários disparos causando lesões corporais em Lorenso Sanabre e Elias Ricardo, vigilantes da empresa de transporte de valores e em César Antunes e Gerson Chaves, que se encontravam no local no momento do delito, tendo posteriormente empreendido fuga com o malote contendo o dinheiro e cheques para o Paraguai.*
>
> *A materialidade restou comprovada através dos termos de apreensão de f. 23/24 e dos laudos de exame de corpo de delito de f. 122/125. os termos de reconhecimento estão acostados às f. 49 e 52. o termo de avaliação indireta encontra-se à. f. 67. os laudos de exame de arma de fogo e materiais estão às f. 86/90 e o laudo de exame em local do roubo está acostado às f. 91/93.*

Com a prática das condutas supra descritas, os denunciados Fábio Luiz Morel Campagnoli, Flávio Augusto da Costa Nogueira, Luis Gustavo da Costa Nogueira, Eduardo Luiz de Afonso Prestes e Adriano Aquino Jara incorreram nas sanções penais cominadas à pratica do crime inscrito no artigo 157, § 2º, I, II, III, do Código Penal Brasileiro.(...)".

Assim sobreveio a sentença que o condenando o apelante pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, I, II e III, do CP, à pena de 08 (oito) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 100 (cem) dias-multa (f. 422/433).

Ao efetuar a dosimetria o sentenciante assim pontou (f. 431/432):

"(...) Passo a dosimetria da pena:

O réu agiu voluntariamente e ciente da ilicitude de seu ato.

Sua conduta reveste-se de normal grau de censurabilidade ante ao delito praticado. Quanto à conduta social a personalidade, não há elementos para aferição, presumindo-se positivas. Pelas certidões acostadas nos autos o réu não possui antecedentes. Os motivos são normais à espécie. As circunstâncias do crime são desfavoráveis, levando-se em conta sua maneira de agir, com o uso de uniformes lembrando os da Polícia Federal. As consequências foram negativas, pois, o produto do roubo não foi encontrado. O comportamento da vítima não influiu na execução do crime.

Assim, não sendo totalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em seis anos e seis meses de reclusão. Na segunda fase, não havendo agravantes, atenua a pena, por conta do artigo 65, I e III "d", do Código Penal, reduzindo-a para cinco anos e seis meses de reclusão. Na terceira fase da fixação da pena, há as majorantes I, II e III do § 2º, do art. 157, do CP, a serem consideradas, portanto, aumento a pena em ½ (metade), fixando-a definitivamente em oito anos e três meses de reclusão.

Considerando as circunstâncias judiciais e situação econômica do acusado, fixo a pena de multa em 100 dias-multa, na proporção de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. O valor da multa deverá ser reajustado de acordo com o art. 49, § 2º, do Código Penal.

Por força do art. 33, § 2º, "a" do CP, o regime de cumprimento da pena será o inicialmente fechado. (...)"

Irresignado, o apelante pugna pela redução da pena-base ao seu mínimo legal, razão do princípio da igualdade e da isonomia, bem como, alternativamente, requer que sejam aplicados igualitariamente os mesmos critérios utilizados no aumento da pena-base e causas de aumento, como as atenuantes reconhecidas (f. 522/525).

Da pena-base.

As sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.

No processo de individualização da pena, o juiz analisa o disposto nos artigos 59 ao 68, todos do CP, sendo vedado qualquer tipo de padronização.

No caso, foram consideradas desfavoráveis as circunstâncias e consequências do crime. Vejamos:

Das circunstâncias do crime.

As circunstâncias do crime dizem respeito aos meios empregados na prática delitiva, que não constituem o tipo penal em si, mas influenciam em sua gravidade, tais como ânimo do agente, local da ação, condições de tempo ou objeto utilizado.

Ao majorar a pena-base para o crime de roubo o magistrado ponderou que *"as circunstâncias do crime são desfavoráveis, levando-se em conta sua maneira de agir, com o uso de uniformes lembrando os da Polícia Federal",* e tal argumento é hábil para majorar a pena, como bem observou o Douto Procurador de Justiça em seu parecer ao pontuar que:

> *"No que se refere às circunstâncias do crime, agiu com acerto o juízo singular, eis que o apelante praticou o crime dissimulando ser um agente da Policia Federal, com vestes lembrando o uniforme da Policia, para facilitar êxito do delito planejado, o que justifica a valoração."*

Sobre o tema, já decidiu o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO EM CONCURSO DE PESSOAS – PENA-BASE.REANÁLISE DAS MODULADORAS – ABRANDAMENTE – ATENUANTES GENÉRICAS – PATAMAR ADEQUADO – COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE – SÚMULA Nº 231 STJ – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVADE DIREITOS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP – REGIME PRISIONAL – ART. 33 DO CP – CRITÉRIO COMPATÍVEL COM A QUANTIDADE DA PENA.CUSTAS PROCESSUAIS – ASSISTÊNCIAJUDICIÁRIA GRATUITA – ISENÇÃO – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. I. O princípio Constitucional da motivação na individualização da pena, previsto nos artigos 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal, exige que cada uma 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. A teor da Súmula nº 241 do STJ, e em atenção ao princípio Constitucional da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, considera-se negativa a moduladora dos antecedentes apenas quando há condenação anterior, transitada em julgado, que não incida, concomitantemente, em reincidência, circunstância não configurada no caso dos autos. III. Neutra é a moduladora da conduta social quando não há elementos concretos demonstrando o comportamento do agente nomeio social em que vive, na família e no trabalho. IV. A personalidade do agente diz respeito à individualidade pessoal, ao caráter, à forma de pensar e agir, que demonstram a índole e o temperamento, e não deve ser considerada prejudicial sem elementos concretos indicando má índole, desonestidade e dedicação ao crime. V. Os motivos do crime são as razões de ordem subjetiva que levaram o agente a praticar o crime. A busca pelo lucro fácil é inerente aos crimes contra o patrimônio, de forma que não pode ser empregada como motivação para agravar a pena-base.* ***VI. As circunstâncias do crime dizem respeito aos meios empregados, ao objeto, ao tempo, ao lugar, à atitude ou estado de ânimo do réu antes, durante ou após o crime. Justifica-se a valoração negativa, posto que o apelante pretendia levar o veículo para o Paraguai, onde trocaria por drogas. VII. Decota-se aumento da pena-base imposto pela valoração negativa da moduladora das consequências do crime quando não for concretamente analisada e não apresentar nenhum plus que justifique tal juízo.*** *(...).* (TJMS; APL 0011409-09.2013.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 12/04/2016; Pág.28). – Destaquei.

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PENA PENA-BASE – MANUTENÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS COM ADEQUAÇÃO DO QUANTUM EM RAZÃO DE PROPORCIONALIDADE –*

> *CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E CONSEQUÊNCIA MANTIDAS (...)* ***Apontados elementos concretos que demonstram a desfavorabilidade das circunstâncias do crime, haja vista o modus operandi empregado em seu cometimento, não há como proceder-se à redução da pena-base ao mínimo legal. Muito embora a presença de prejuízo seja inerente ao crime de roubo, algumas circunstâncias acerca do fato podem informar o aumento de pena como consequências do crime*** *(...)* (TJMS, Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.035468-4; Rel. João Carlos Brandes Garcia, Primeira Câmara Criminal; Julgamento: 14.05.2012). – Destaquei.

Dessa forma, ficou bem fundamentada a necessidade de exasperação da pena-base no que tange às circunstâncias do crime.

Das consequências do crime: As consequências do crime foram tidas como desfavoráveis ao Apelante, posto que o produto do roubo não foi encontrado.

De fato, deve manter-se a moduladora negativa, pois as consequências do crime foram especialmente graves, uma vez que foi roubado o malote de valores contendo R$27.971,67 em dinheiro e R$437,97 em cheques, quantia elevada apta a prejudicar o patrimônio da vítima, sendo que o produto do crime não foi encontrado e a vitima não teve os prejuízos ressarcidos.

Fica mantida a circunstância judicial da consequência do crime como desfavorável.

Do *quantum* do aumento da pena em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP.

Militam em desfavor do Apelante as circunstancias judiciais da primeira fase da dosimetria da pena-base às circunstancias e consequências do crime.

O juízo *a quo* ao exasperar a pena-base, elevou-a em 01 (um) ano e 06 (seis) meses, ficando em um total de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

O *quantum* eleito mostra-se desproporcional, uma vez que, se analisarmos o artigo 59, do CP, percebe-se que existem um total de 07 (sete) circunstancias judiciais desfavoráveis e, da leitura do artigo 157, do CP, verifica-se que, a pena do crime de roubo inicia no mínimo legal de 04 (quatro) anos e alcança o máximo legal de 10 (dez) anos, ou seja, existem 06 (seis) anos de diferença entre o mínimo e máximo.

Diante do principio da proporcionalidade e razoabilidade, é adequado agravar a pena em 01 (um) ano para cada circunstância desfavorável.

Esses patamares, por outro lado, acabam realizando indiretamente aquele pedido alternativo da Defesa, para que fossem computadas com o mesmo peso as moduladoras da pena base com as atenuantes (mas, claro, em sentido inverso, umas para agravar, outras para atenuar).

Se pelas 02 (duas) atenuantes (as descritas no art. 65, I e III, "d", do CP) ocorreu abrandamento, a exasperação da pena base por duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve guardar proporção equitativa, ponderando-se com idênticos patamares o agravamento e o abrandamento (ademais, no caso, seria vedada maior redução pelas atenuantes, à luz da súmula 271 do STJ).

Sendo assim, reduzo o *quantum* de aumento aplicado pelo Magistrado na pena-base, devendo a pena-base permanecer em 06 (seis) anos de reclusão.

Sobre o pedido de abrandamento de pena na terceira etapa da dosimetria

O apelante requer que nesta etapa sejam aplicados para agravar igualitariamente os critérios utilizados no aumento das causas de aumento, para equiparar com a ponderação das atenuantes reconhecidas.

Quanto às causas de aumento, elas têm patamares de aumento definidos por lei, pelo que não cabe aplicar critérios de simetria com a ponderação das agravantes/atenuantes ou moduladoras da pena base.

Com efeito, a dosimetria da pena segundo o Código Penal, adota um critério trifásico, porém nas duas primeiras fases (onde se ponderam circunstâncias judiciais e agravantes/atenuantes), a lei não fica parâmetros de aumento ou redução fixos, enquanto na terceira fase (onde se ponderam causas de aumento e de redução de pena) a lei estabelece balizas (parâmetros fixos mínimo e máximo) que têm de ser seguidos pelo julgador.

Assim, o *quantum* de aumento/diminuição da pena na primeira e na segunda fase da dosimetria da pena, não é estabelecido em patamares fixos pelo Código Penal, conferindo ao sentenciante margem de discricionariedade que lhe compete aplicar a fração o *quantum* de aumento adequando-se à razoabilidade, proporcionalidade e particularidades do caso.

Diversamente, as causas de aumento do delito de roubo, sopesadas na terceira fase da dosimetria, possuem baliza dentro das quais se movimenta a apreciação do julgador.

O art. 157 dispõe a respeito:

> *Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.*
>
> *(...) § 2º A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.(...)".*

O magistrado deve fundamentar a fração escolhida entre o mínimo e o máximo estabelecido no referido artigo, de acordo com o fato concreto, e, desde que as circunstâncias do caso autorizem, é possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando existentes duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal.

A magistrada sentenciante, ao fixar a pena, utilizou a fração de 1/2 para aumentá-la na terceira fase da dosimetria, por três majorantes, e acertadamente, porque elas se revelaram especialmente desfavoráveis, já que a utilização de arma de fogo pelo apelante resultou em lesões corporais nas vítimas, o que exprime maior periculosidade social do agente e exige seja dada uma resposta mais severa para prevenção e reprovação do delito.

Ademais, o apelante tinha mais quatro comparsas, agindo em conluio de esforços implicando em maior temor às vítimas, o que torna a conduta mais reprovável.

As razões acima expostas mostram especial gravidade das condutas que extrapola o normal das causas de aumento, pela quantidade de agentes envolvendo elevadíssimo grau de premeditação, ousadia e capacidade de intimidação e anulação de possibilidade de defesa e quantidade de vítimas atingidas pela alta agressividade e violência usada na empreitada criminosa (cinco agentes armados e quatro vítimas feridas por arma de fogo).

Então, não há reparos a serem feitos quanto à pena desta etapa.

Passa-se à nova dosimetria da pena.

Então, passo ao redimensionamento das penas.

No âmbito da 1ª fase do método trifásico de apenamento, sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais das circunstancias e consequências do crime, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Na 2ª fase, não há agravantes e incidem as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, dispostas no artigo 65, I e III, "d", do CP, assim, atenuo a pena para o mínimo legal, ficando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Nos lindes da 3ª fase, incidem as majorantes do § 2º, I, II e III do art. 157, do CP, na fração de 1/2 (metade), então, fica a pena fixada em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pena esta que torno definitiva eis que ausentes causas de diminuição a serem consideradas.

Considerando o montante da pena corpórea do Apelante, e a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, fica mantido o regime inicial para cumprimento da pena em semiaberto.

Por fim, com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão:

Ante ao exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir o *quantum* da pena-base, restando o apelante Eduardo Luiz de Alfonso Prestes definitivamente condenado à pena de 06 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, em regime semiaberto.

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

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, 27 de fevereiro de 2018.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0011184-44.2017.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – INDULTO – CRIME COMUM EM CONCURSO COM DELITO HEDIONDO – NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA DESTE – ARTIGO 11, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO Nº 8.940/16 – REQUISITO NÃO PREENCHIDO – CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em caso de concurso de crimes hediondo e comum, para o desfrute do indulto pelo Decreto Presidencial nº 8.940/16 é necessário o cumprimento integral da pena correspondente ao crime impeditivo do benefício e, ainda, os requisitos diferenciados previstos ou a fração mínima correspondente ao crime comum, consoante disposições previstas no artigo 2º, combinado com os artigos 1°, § 1°; 3° e 11, parágrafo único, todos do respectivo Decreto-Presidencial.

Concede-se o pleito de gratuidade da justiça, já que em razão do art. 99 do Código de Processo Civil de 2015 - aplicável à espécie, haja vista a orientação extraída do art. 3º do Código de Processo Penal –, o pedido de justiça gratuita pode ser formulado nas razões recursais, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

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, prover parcialmente o recurso.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Marciel Silva dos Santos contra a decisão proferida pelo magistrado da 3ª Vara Criminal da comarca de Dourados, às f. 22-23, que indeferiu o pleito de concessão de indulto, diante do não preenchimento do requisito objetivo.

Sustenta, às f. 28-34, que preenche os requisitos para o desfrute do indulto nos termos do Decreto Presidencial nº 8.940/16.

Requer, portanto, a concessão do benefício, bem como o deferimento da justiça gratuita.

Contrarrazões, às f. 39-45, pelo improvimento do recurso e elabora prequestionamento.

Em juízo de retratação, à f. 46, o magistrado manteve a decisão pelos seus próprios fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 54-60, pela manutenção da decisão.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

A decisão combatida foi proferida nos seguintes termos:

> *O E. TJMS determinou a reanálise dos requisitos objetivos e subjetivos, pois a condenação por tráfico privilegiado de drogas não constitui óbice à concessão do indulto (f. 386).*
>
> *No caso em tela, o sentenciado possui duas condenações, isto é, a primeira de 12 anos por infração ao artigo 121, § 2.º, inciso IV, do Código Penal e a segunda de 1 ano, 8 meses e 20 dias por infração ao artigo 33, § 4.º, da Lei nº 11.343/06 (f. 298-300).*
>
> *O artigo 2º, inciso III, do Decreto Presidencial nº 8.940/16, dispõe que não será concedido indulto em relação aos crimes hediondos, no caso, de homicídio qualificado.*
>
> *Portanto, deverá o sentenciado cumprir integralmente a pena em relação ao crime de homicídio qualificado e mais 1/4 da pena quanto ao tráfico de drogas privilegiado, a fim de ter direito ao benefício.*
>
> *Neste diapasão, o reeducando adimpliu apenas 7 anos, meses e 3 dias da reprimenda até 25.12.2016, logo, sequer cumpriu integralmente a pena do crime do artigo 121, § 2.º, inciso IV, do Código Penal.*
>
> *Assim, mesmo considerando que a condenação por tráfico privilegiado de drogas não constitui óbice à concessão do indulto, o apenado não preencheu o requisito objetivo, pois também possui condenação por homicídio qualificado. Desse modo, deve-se indeferir o pedido.*
>
> *Diante do exposto, com fundamento no artigo 2.º, inciso III, do Decreto Presidencial nº 8.940/16, indefiro o pedido de concessão de indulto da pena formulado por Marciel Silva dos Santos*.

Sustenta o agravante que preenche os requisitos para desfrute do indulto pelo Decreto Presidencial 8.940/16, sendo que, conforme decisão acima, deixou o magistrado de conceder, posto que não preenche o requisito objetivo, já que não cumpriu integralmente a reprimenda do delito hediondo.

Pois bem. O Decreto nº 8.940/2016 dispõe que:

> *"Art. 1º O indulto será concedido às pessoas nacionais e estrangeiras condenadas a pena privativa de liberdade, não substituída por restritivas de direitos ou por multa, que tenham, até 25 de dezembro de 2016, cumprido as condições previstas neste Decreto.*
>
> *§ 1º Os requisitos para concessão de indulto serão diferenciados na hipótese de pessoas:*
>
> *(...)*
>
> *IV - que estejam cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto ou estejam em livramento condicional e tenham frequentado, ou estejam frequentando curso de ensino fundamental, médio, superior, profissionalizante ou de requalificação profissional, na forma do art. 126, caput, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, ou exercido trabalho, no mínimo por doze meses nos três anos contados retroativamente a 25 de dezembro de 2016;*

(...)

Art. 2º As hipóteses de indulto concedidas por este Decreto não abrangem as penas impostas por crimes:

(...)

III - considerados hediondos ou a estes equiparados praticados após a publicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, observadas as suas alterações posteriores;

(...)

Art. 3º Nos crimes praticados sem grave ameaça ou violência à pessoa, o indulto será concedido quando a pena privativa de liberdade não for superior a doze anos, desde que, tenha sido cumprido:

I - um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes; ou

II - um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes, nas hipóteses do § 1º, do art. 1º."

(...)

Art. 11. As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se, para efeito da declaração do indulto até 25 de dezembro de 2016.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 2º, não será declarado o indulto correspondente ao crime não impeditivo enquanto a pessoa condenada não cumprir integralmente a pena correspondente ao crime impeditivo dos benefícios."

Da leitura dos dispositivos acima transcritos conclui-se que, em caso de concurso de crimes hediondo e comum, como é o caso do agravante, para o desfrute do indulto é necessário o cumprimento integral da pena correspondente ao crime impeditivo do benefício e, ainda, os requisitos diferenciados previstos no artigo 1º, §1°, do Decreto 8.940/16 ou a fração mínima correspondente ao crime comum, nos termos do artigo 3°, do citado Decreto.

In casu, consta que o agravante foi condenado pelo delito previsto no artigo 121, § 2°, IV, do CP, à pena de 12 anos de reclusão, bem como pelo crime previsto no artigo 33, §4°, da Lei 11.343/06, à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão.

Tem-se, ainda, que até a data de 25.12.16 o agravante cumpriu apenas 7 anos, 4 meses e 3 dias de sua reprimenda, portanto, não adimpliu o período da pena correspondente ao delito hediondo, que é 12 anos.

Assim, não preencheu o agravante a previsão do artigo 2º, combinado com artigo 11, parágrafo único, ambos do Decreto 8.940/16, restando, portanto, incabível a concessão do indulto nos termos requeridos.

Contudo, concedo a gratuidade da justiça, já que em razão do art. 99 do Código de Processo Civil de 2015 aplicável à espécie, haja vista a orientação extraída do art. 3º do Código de Processo Penal , o pedido de justiça gratuita pode ser formulado nas razões recursais, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, como no caso destes autos.

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Marciel Silva dos Santos, apenas para conceder a gratuidade da justiça.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso.

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, 18 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1413242-41.2017.8.12.0000 - Sonora
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA – ALEGADA NULIDADE DA DELAÇÃO AO ARGUMENTO DE QUE FOI OBTIDA MEDIANTE TORTURA – PROCEDIMENTO PARA AVERIGUAR EVENTUAL TORTURA EM ANDAMENTO – PROCEDIMENTO AINDA NÃO CONCLUÍDO – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA VIA ESTREITA – NECESSIDADE DE AGUARDAR A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO – *WRIT* NÃO CONHECIDO NESTE TOCANTE – ALEGADA NULIDADE DA DELAÇÃO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO ADVOGADO NA HOMOLOGAÇÃO – ADVOGADO QUE À ÉPOCA DA DELAÇÃO AINDA NÃO POSSUÍA PROCURAÇÃO NOS AUTOS – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – ORDEM DENEGADA.

Para que se possa concluir, em sede de *habeas corpus*, pela nulidade da delação premiada em razão da alegação de foi obtida mediante tortura é necessário que se aguarde a conclusão do procedimento investigatório instaurado com esta finalidade, não comportando a presente via dilação probatória.

A alegação de que o acordo de delação não é valido por ausência do advogado do paciente, que à época já havia sido constituído, não subsiste uma vez que este só juntou aos autos sua procuração em data posterior ao acordo.

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, conhecer parcialmente do *habeas corpus*, e na parte conhecida denegar a ordem.

Campo Grande, 18 de dezembro de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Os advogados Marcelo Felício Garcia e Aníbal Felício Garcia Neto impetram a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor do paciente Wellington Xavier de Campos Paulucci, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Sonora/MS.

Narram que o paciente, em conjunto com outros acusados, foi denunciado pelo roubo à agência do Banco do Brasil da comarca de Sonora/MS, ocorrido no dia 18/04/2017, como incurso nas penas dos artigos 157, § 2º, incisos I, II e V; art. 163, parágrafo único, incisos I, II, III e IV; art. 180, *caput;* art. 251, *caput*; art. 311, *caput*, todos do Código Penal e ainda pelo art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, todos em concurso material, nos termos do art. 69 do CP c/c artigo 62, inciso IV do mesmo Códex (autos 0000537-59.2016.8.12.0055).

Alegam, em síntese, os impetrantes que o paciente realizou acordo de colaboração premiada junto ao Ministério Público Estadual (autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055). Contudo, afirma que houve cerceamento de defesa, pois o acordo foi feito sem a presença do defensor constituído, e que a colaboração não se revestiu de voluntariedade e efetividade, uma vez que foi torturado e, por consequência, compelido a realizar tais declarações.

Sustenta que, diante de tais alegações, a defesa do paciente formulou o pedido de revogação de colaboração premiada nos autos 0000646-73.2016.8.12.0055, e que o magistrado *a quo* em f. 2354-2364 dos referidos autos, indeferiu o pedido, por entender não haver máculas à regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo de colaboração premiada homologado.

Afirma que a colaboração premiada do paciente iniciou-se em 03/07/2016 e foi homologada em 17/06/2016, e que desde 06/07/2016, o paciente já possuía advogado constituído nos autos, de modo que os termos da colaboração deveriam ter sido informado ao seu patrono, o que não ocorreu, configurando verdadeiro constrangimento ao direito de defesa do acusado e violação ao artigo 4º, § 6º da Lei 12.850/13, razão pela qual o acordo deve ser anulado.

De outro vértice, acrescenta que nos termos do previsto na lei 12.850/13, para que a delação tenha validade são necessários alguns requisitos, dentre eles que esta seja voluntária, o que não é o caso dos autos, uma vez que alegam que o paciente foi submetido a tortura, e que, inclusive, tal delito está sendo apurado nos autos do Procedimento nº 06.2016.00001050-5, em trâmite no GACEP, sendo este o único motivo de ter levado a cabo a delação, desse modo, sustenta que a mesma deve ser declarada nula, e retirada dos autos.

Assim, requerem liminarmente que seja revogada a delação premiada efetivada nos autos nº 0000537-59.2016.8.12.0055 (incidente de delação nº 0000592-10.2016.8.12.00055) – Vara de Sonora/MS, e, como consequência a anulação de todos os atos do inquérito policial e ação penal, colocando-se o paciente em liberdade, e, no mérito, a confirmação da ordem.

O pedido liminar foi indeferido (f.479-481).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (f. 486-490).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento da presente ordem de *habeas corpus*, e caso esse não seja o entendimento, pela denegação da ordem (f. 494-496).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelos advogados Marcelo Felício Garcia e Aníbal Felício Garcia Neto, em favor do paciente Wellington Xavier de Campos Paulucci, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Sonora/MS.

Narram que o paciente, em conjunto com outros acusados, foi denunciado pelo roubo à agência do Banco do Brasil da comarca de Sonora/MS, ocorrido no dia 18/04/2017, como incurso nas penas dos artigos 157, § 2º, incisos I, II e V; art. 163, parágrafo único, incisos I, II, III e IV; art. 180, *caput*; art. 251, *caput*; art. 311, *caput*, todos do Código Penal e ainda pelo art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, todos em concurso material, nos termos do art. 69 do CP c/c artigo 62, inciso IV do mesmo Códex (autos 0000537-59.2016.8.12.0055).

Alegam, em síntese, os impetrantes que o paciente realizou acordo de colaboração premiada junto ao Ministério Público Estadual (autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055). Contudo, afirma que houve cerceamento de defesa, pois o acordo foi feito sem a presença do defensor constituído, e que a colaboração não se revestiu de voluntariedade e efetividade, uma vez que foi torturado e, por consequência, compelido a realizar tais declarações.

Sustenta que, diante de tais alegações, a defesa do paciente formulou o pedido de revogação de colaboração premiada nos autos 0000646-73.2016.8.12.0055, e que o magistrado *a quo* em f. 2354-2364 dos referidos autos, indeferiu o pedido, por entender não haver máculas à regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo de colaboração premiada homologado.

Afirma que a colaboração premiada do paciente iniciou-se em 03/07/2016 e foi homologada em 17/06/2016, e que desde 06/07/2016, o paciente já possuía advogado constituído nos autos, de modo que os termos da colaboração deveriam ter sido informado ao seu patrono, o que não ocorreu, configurando verdadeiro constrangimento ao direito de defesa do acusado e violação ao artigo 4º, §6º da Lei 12.850/13, razão pela qual o acordo deve ser anulado.

De outro vértice, acrescenta que nos termos do previsto na lei 12.850/13, para que a delação tenha validade são necessários alguns requisitos, dentre eles que esta seja voluntária, o que não é o caso dos autos, uma vez que alegam que o paciente foi submetido a tortura, e que, inclusive, tal delito está sendo apurado nos autos do Procedimento nº 06.2016.00001050-5, em trâmite no GACEP, sendo este o único motivo de ter levado a cabo a delação, desse modo, sustenta que a mesma deve ser declarada nula, e retirada dos autos.

Assim, requerem liminarmente que seja revogada a delação premiada efetivada nos autos nº 0000537-59.2016.8.12.0055 (incidente de delação nº 0000592-10.2016.8.12.00055) – Vara de Sonora/MS, e, como consequência a anulação de todos os atos do inquérito policial e ação penal, colocando-se o paciente em liberdade, e, no mérito, a confirmação da ordem.

A controvérsia dos autos cinge-se à análise das alegações de que a colaboração premiada efetuada pelo paciente no incidente de delação nº 0000592-10.2016.8.12.00055, é nula porque foi realizada sem a presença do advogado do paciente, que estava devidamente constituído quando do acordo, bem como, porque foi obtida mediante tortura.

Pois bem.

Ab initio, acolho a preliminar arguida pela Procuradoria de Justiça, e não conheço do presente *writ* no tocante a alegação dos impetrantes de que a delação premiada deve ser declarada nula em razão de ter sido obtida mediante tortura.

Isso porque, a hipótese do paciente ter sido ou não torturado à época da delação, está sendo apurada no Procedimento de Investigação Criminal (Tortura) sob o nº 06.201600001050-5 em tramite no Grupo de Atuação especial de Controle Externo de Atividades Policiais (GACEP), e não há nos autos qualquer notícia a respeito da conclusão do referido procedimento.

A última informação que se tem, é a de que em 19/10/2017, o GACEP encaminhou ofício à autoridade coatora informando que o procedimento investigatório estaria aguardando retorno da Carta precatória expedidas à Promotoria de justiça de sonora para oitiva do delegado de polícia Francis Flávio Tadano Araujo Freire, bem como dos agentes de polícia judiciária, para nova análise dos autos e eventual determinação de diligências faltantes para conclusão dos autos (f. 478).

Assim, não é possível que esta Corte, especialmente em sede de *habeas corpus*, reconheça que houve ou não tortura e anule a referida delação, sem que o procedimento competente tenha sido concluído, tal análise foge do âmbito da estreita via do *writ*, que não comporta exame valorativo do conjunto fático-probatório.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal Federal, *verbis: "A via eleita do habeas corpus não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova"* (HC 100358/RJ, relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 20/04/2010, 1ª Turma).

Ainda, a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *"Exame aprofundado de prova não é próprio do habeas-corpus."* (HC11503/SP, relator Ministro Fontes de Alencar, j. em 24/06/2003, 6ª Turma).

Assim, analisados os autos, vê-se que não é possível concluir de plano pela existência ou não da alegada tortura, sendo necessário aguardar a conclusão do procedimento instaurado para tal fim.

De outro vértice, melhor sorte não assiste aos impetrantes no tocante a alegação de que a colaboração premiada do paciente iniciou-se em 03/07/2016 e foi homologada em 17/06/2016, e que desde 06/07/2016, o paciente já possuía advogado constituído nos autos, de modo que os termos da colaboração deveriam ter sido informado ao seu patrono, o que não ocorreu, configurando verdadeiro constrangimento ao direito de defesa do acusado e violação ao artigo 4º, §6º da Lei 12.850/13, razão pela qual o acordo deve ser anulado.

Analisando os autos originários, verifica-se que a delação premiada feita pelo paciente foi homologada em 17/06/2016 (autos nº 0000592-10.2016.8.12.0055).

Na decisão que indeferiu o pedido de revogação da delação premiada do paciente, proferida em 29.09.2017, f.75, o magistrado a quo consignou que o acordo foi homologado em 17/06/2016, e que os patronos do paciente só juntaram procuração em 21/07/2016, embora aquela esteja datada de 06.06.2016.

Vejamos:

> *"(...) Em análise aos autos de medidas investigatórias sobre organizações criminosas nº0000422-38.2016.8.12.0055 (em apenso), que deu ensejo às apurações dos graves crimes noticiados e à definição das medidas cautelares aplicadas, observo que o instrumento de procuração outorgado pelo colaborador aos advogados Dr. Anibal Felício Garcia Neto, Dra. Cláudia Feicio Garcia e Dr. Marcelo Felício Garcia somente foi juntado aqueles autos em 21/07/2016 (f. 814/815), isto é, mais de 01 (um) mês após a celebração do acordo de colaboração. Demais disso, nota-se que na mesma data indicada no documento de f. 2.095 (06/06/16), o réu Márcio Rodrigues da Costa outorgou instrumento de procuração aos mesmos Advogados, a qual foi protocolizada digitalmente no procedimento investigativo em 08/06/2016 (f. 525/526 daqueles autos), o que revela que os Advogados tinham conhecimento da existência da investigação em curso e, portanto, se fosse o caso, poderiam ter juntado também a procuração outorgada por Wellington Xavier de Campos Pauluci Vieira. Ora, se o fizeram em relação ao cliente Márcio, porque não o fariam para o cliente Wellington? Tal cenário revela que, à época da celebração do acordo, a defesa do colaborador não era patrocinada pelos referidos Advogados, o que somente veio a ocorrer em momento posterior. A sequência lógica dos fatos e dos atos processuais indica isso com perfeição, não obstante a data contida no documento de f. 2.095." (f. 75).*

Portanto, verifica-se que inobstante a procuração estar datada de 06.06.2016, esta só foi trazida aos autos em 21.07.2016, ou seja, posteriormente à homologação do acordo de colaboração premiada, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado pelo presente *writ*.

Ante o exposto, com o parecer, conheço parcialmente do *habeas corpus*, e, na parte conhecida denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente do *habeas corpus*, e na parte conhecida denegaram a ordem.

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, 18 de dezembro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0001419-18.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – AUTORIZAÇÃO DE SAÍDA EM TODOS OS DOMINGOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – OFENSA AO POSTULADO DA ISONOMIA – RECURSO PROVIDO.

Caso concreto em que o juízo da execução autorizou a reeducanda se ausentar da unidade penal todos os domingos, das 07h00min às 15h00min, para visita a seus familiares

Benefício de saída aos domingos que deve ser cassado por ausência de previsão legal (arts. 122 a 124 da lei n. 7.210/1984), além de ofender o principio da isonomia em seu aspecto formal e material.

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.

Campo Grande, 6 de março de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Ministério Público Estadual interpõe agravo de execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Execução Penal do Interior, que autorizou a apenada, aqui recorrida, sair todos os domingos com a finalidade de visitar seus familiares.

Alega o recorrente, em resumo, que a liberação da condenada todos os domingos não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, indicativo de violação do princípio da legalidade e da isonomia. Outrossim, tal benesse torna inócua a execução da pena, na medida em que a agravada, que cumpre pena em regime semiaberto, praticamente não sofrerá restrição em sua liberdade.

Por esses fundamentos, pugna reforma do *decisum* a fim de que seja revogado o benefício de autorização de saída da unidade prisional todos os domingos.

Fernanda Franco da Fonseca, por meio da Defensoria Pública, bate-se pelo desprovimento do recurso (f. 31-37).

Em juízo de retratação, o juízo *a quo* manteve a decisão agravada pelos próprios fundamentos (f. 38).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 46-50).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão proferida pelo juízo da Vara de Execução Penal do Interior, que autorizou a apenada, aqui recorrida, sair todos os domingos com a finalidade de visitar seus familiares.

Conforme relatado, o *Parquet* alega que a liberação da condenada todos os domingos não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio, indicativo de violação do princípio da legalidade e da isonomia. Outrossim, tal benesse torna inócua a execução da pena, na medida em que a agravada, que cumpre pena em regime semiaberto, praticamente não sofrerá restrição em sua liberdade.

Por esses fundamentos, pugna reforma do *decisum* a fim de que seja revogado o benefício de autorização de saída da unidade prisional todos os domingos.

Fernanda Franco da Fonseca, por meio da Defensoria Pública, bate-se pelo desprovimento do recurso (f. 31-37).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso (f. 46-50).

Não havendo preliminares e prejudiciais, passa-se ao exame da matéria de fundo.

Mérito

Para melhor compreensão da matéria, colho o inteiro teor da decisão recorrida, *in verbis:*

> *1. A sentenciada pleiteia pela autorização de saída aos domingos com a finalidade de visitar familiares.*
>
> *À vista que comprovada residência na Comarca (f. 152-155), autorizo que a reeducanda se ausente da unidade penal aos domingos, das 07h00min às 15h00min, para visita a seus familiares, no endereço informado à f. 152-155, advertindo-a que durante tal período não poderá frequentar bares ou similares, casas de prostituição ou de jogos de azar, nem participar de reuniões ou espetáculos não recomendados; ingerir bebida alcoólica e portar arma de fogo ou instrumento que possa causar dano a outrem.*
>
> *Anoto que tal benefício vincula-se à boa conduta carcerária, a ser verificada pela unidade penal. Oficie-se.*
>
> *Intimem-se. Às providências.*
>
> *Campo Grande, 26 de outubro de 2017.*
>
> *Alessandro Carlo Meliso Rodrigues*
>
> *Juiz de Direito em Substituição Legal*

O Ministério Público Estadual, pelas razões declinadas acima, pugna pela reforma do *decisum*, sob o fundamento de que a benesse concedida pelo juízo *a quo* não possui previsão legal, além de violar, em tese, o princípio da isonomia.

Tenho que o recurso deve ser provido.

Com efeito, dispõe o art. 122 da lei n. 7.210/1984:

> *"Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convício social."*

Já o art. 123 da lei de regência prevê expressamente que:

> *"A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente; III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena."*

O art. 124, por seu turno, dispõe que a autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano, de modo que o benefício em comento, para visitação da família, somente pode ocorrer por 35 (trinta e cinco) dias anuais.

Ocorre que o magistrado concedeu o benefício para todos os domingos, o que totalizaria em torno de 48 (quarenta e oito) dias de saída temporária por ano, situação que, além de não ter amparo legal, viola o princípio da isonomia em seu aspecto formal e material.

Ademais, conforme bem pontuado pela Procuradoria-Geral de Justiça, além de violar o princípio da legalidade, a permissão de saída da agravada para visitar seus familiares de forma indistinta, todos os domingos, não se coaduna com os fins da pena, quais sejam, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade.

Posto isso, com o parecer, dou provimento ao agravo, para o fim de revogar o benefício de saída temporária em todos os domingos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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, 06 de março de 2018.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0017280-78.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE MUNIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE ARMA APTA A DEFLAGRAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS – *QUANTUM* DE REDUÇÃO DA PENA PELA MINORANTE DA EVENTUALIDADE – ADEQUAÇÃO – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – PENA REDUZIDA – REGIME PRISIONAL ABRANDADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO – HEDIONDEZ DO DELITO AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É inviável a condenação pela posse de munições por atipicidade da conduta se não foi encontrada arma que tornasse concreta a hipótese de sua efetiva utilização a fim de causar risco ou dano à integridade física de outrem, por ausência de ofensividade na conduta.

O *quantum* de redução da pena pela minorante da eventualidade deve ser fixado observando-se o princípio da razoabilidade e da invidualização da pena, devendo ser readequado quando não observados tais parâmetros.

A redução da pena impõe a revisão do regime prisional e a análise da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Sendo réu beneficiado com a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário afastar a hediondez do delito, por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS (23/06/2016).

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 em parte, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Ygor Toledo de Jesus interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que o condenou pela prática dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06) e posse irregular de munições de uso permitido (art. 12, *caput*, da lei 10.826/2003), às penas respectivas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417

(quatrocentos e dezessete) dias-multa e 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, em concurso material, fixando o regime prisional inicial semiaberto.

Requer em relação à condenação pelo crime de tráfico de drogas o aumento da redução da pena pelo § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, no máximo legal de 2/3, o afastamento da hediondez do delito, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, a absolvição pelo crime de posse irregular de munições, alegando atipicidade da conduta (p. 130-149).

As contrarrazões foram oferecidas (p. 153-162).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo parcial provimento do recurso a fim de que seja afastado o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ygor Toledo de Jesus contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande que o condenou pela prática dos delitos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06) e posse irregular de munições de uso permitido (art. 12, *caput*, da Lei 10.826/2003), às penas respectivas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa e 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, em concurso material, fixando o regime prisional inicial semiaberto.

Requer em relação à condenação pelo crime de tráfico de drogas o aumento da redução da pena pelo § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, no máximo legal de 2/3, o afastamento da hediondez do delito, o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e, a absolvição pelo crime de posse irregular de munições, alegando atipicidade da conduta (p. 130-149).

As contrarrazões foram oferecidas (p. 153-162).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo parcial provimento do recurso a fim de que seja afastado o caráter hediondo do delito de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006).

Consta dos autos que no dia 10 de abril de 2017, por volta das 17h, em determinado imóvel no Bairro Jardim Santa Emília, Comarca de Campo Grande, o ora apelante foi preso em flagrante delito logo após vender, fornecer a um usuário um papelote de cocaína pesando 0,3 gramas, e por manter em depósito e guardar no interior de sua residência 42 porções de maconha pesando 588 gramas de maconha, uma balança de precisão, uma bobina de plástico filme, usados para embalar a droga, e 9 munições calibre 38, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Quanto ao crime de posse ilegal de munições (art. 12, da Lei nº 10.826/2003), o pedido absolutório deve ser acolhido.

O réu em seu interrogatório afirma que encontrou as munições no lixo e as levou para casa para guardar (p. 111).

Ocorre que não foi encontrada a arma de fogo capaz de deflagrar as munições.

Diante desse contexto, não sendo encontrada a arma, torna-se inconcreta a hipótese de efetiva utilização das munições a fim de causar risco ou dano à integridade física de outrem.

Assim, é inviável a condenação pela posse das munições, tendo em vista que ficou evidenciada a ausência de ofensividade na conduta.

Nesse sentido, colhe-se julgado desta Corte:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE INSTRUMENTO DETONADOR – CONDUTA QUE NÃO GERA PERIGO À SOCIEDADE – ATIPICIDADE – PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – RECURSO PROVIDO. Portar ou guardar cartuchos de arma de fogo, não destinados ao comercio ou trafico ilegal e desprovidos de instrumento detonador, não caracteriza a conduta incriminada no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, devido a ausência de perigo concreto de dano ao interesse jurídico tutelado."* (TJMS. Apelação Criminal - Nº 2010.022247-0. Relator Des. Manoel Mendes Carli. Relator Designado Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. 2.ª Turma Criminal. J. 08/11/2010)

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE MUNIÇÃO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA RAZOABILIDADE – RECURSO DO MP IMPROVIDO. Nada obstante a Lei 10.826/03 incriminar a conduta de portar munição, pelo princípio da insignificância e da razoabilidade, absolve-se o agente que, não tendo antecedentes criminais, é flagrado portando duas cápsulas de munição."* (TJMS. Apelação Criminal - Nº 2008.006055-0. Relator Des. Gilberto da Silva Castro. 1ª Turma Criminal. J. 01/07/2008)

> *"HABEAS CORPUS – PORTE MUNIÇÃO – PRISÃO EM FLAGRANTE ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE DA CONDUTA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ORDEM CONCEDIDA. Trazer consigo ou transportar munição sem disponibilidade de uma arma de fogo não é conduta que lese concretamente o bem jurídico tutelado, qual seja, a incolumidade pública, faltando justa causa para a ação penal."* (TJMS. *Habeas Corpus* - Nº 2010.010725-7. Relator Des. Romero Osme Dias Lopes. 2.ª Turma Criminal. J. 10.5.2010)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul também já se manifestou de igual forma:

> *"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 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (unânime)."* (Apel. Crim. nº 70011545696, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. em 08.06.2005)

Com efeito, por atipicidade de conduta, deve ser decretada a absolvição do apelante pela prática do crime de posse de munição de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 12, da Lei nº 10.826/03.

No que tange ao crime de tráfico de drogas, o apelante impugna somente a dosimetria da pena na terceira fase, assim fundamentada na sentença:

> *"Ante a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, diminuo a pena em 1/6 (um sexto), diante da razoável quantidade de drogas e sua diversidade mais de meio quilo de maconha e a venda de uma porção de cocaína - ou seja, 10 (dez) meses de reclusão e 83 (oitenta e três) dias-multa, resultando em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa."* (p. 108).

A pretensão de aumento da redução da pena deve ser acolhida em parte, visto que a aplicação na hipótese da minorante no mínimo legal não se mostra razoável, considerando o princípio da individualização da pena e que há apreensões muito superiores de droga se comparada a dos presentes autos (0,3 gramas de pasta-base de cocaína e 588 gramas de maconha).

Portanto, altero para 1/2 a redução do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, reconhecido na sentença, o que acarreta na pena definitiva do réu em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, no valor fixado na sentença.

O regime prisional deve ser abrandado para o sistema aberto, considerando a pena aplicada, as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu e sua primariedade.

A pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direito, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal, pois o réu preenche todos os requisitos previstos no art. 44, do CP.

Por fim, sendo réu beneficiado com a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário afastar a hediondez do delito, por força da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 118.533/MS (23/06/2016), cujo teor coincide com o entendimento que sempre defendi, e que apenas momentaneamente deixava de aplicar, com ressalvas, por conta da súmula 512 do STJ.

Ante o exposto, em parte com o parecer, encaminho o voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso de Ygor Toledo de Jesus a fim de absolvê-lo da imputação pela pratica do art. 12, da Lei nº 10.826/2003, com fulcro no art. 386, III, do CPP, bem como alterar para 1/2 a redução da pena do crime de tráfico de drogas pela causa de diminuição do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, tornando sua pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa, no valor fixado na sentença, abrandar o regime prisional para o sistema aberto, substituir a pena privativa de liberdade em duas restritivas de direito, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal e afastar a hediondez do delito.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Revisor)

O i. Relator deu parcial provimento ao recurso, a fim de absolver Ygor Toledo de Jesus do crime previsto no art. 12 da Lei 10.826/2003 por atipicidade da conduta, bem como aumentar a fração de redução do tráfico privilegiado em 2/3, abrandar o regime prisional para o aberto, substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, e afastar a hediondez do delito.

Acompanho o Relator para afastar a hediondez do delito, todavia, com a devida vênia, divirjo do i. Relator para não absolver o apelante do delito do art. 12 da Lei 10.826/2003, não aumentar a fração da redução do tráfico privilegiado, não abrandar o regime prisional e não substituir a pena.

Da absolvição do art. 12 da Lei 10.826/2003:

Nesse ponto, o argumento utilizado foi o de que o porte de munição desacompanhada da arma de fogo é conduta atípica, pois o artefato, por si só, é inidôneo a lesar o bem jurídico tutelado. Alegou, ainda, que embora se trate de crime de mera conduta, na espécie, não se verifica o perigo concreto exigido para a configuração do crime.

Apesar de não se tratar de tema unânime perante a jurisprudência, prevalece o entendimento de que a "munição desarmada" (expressão utilizada para designar a apreensão isolada de munições, desacompanhada do respectivo armamento) enseja a configuração de crime. Conforme precedentes do STJ, a posse de munição de uso permitido ou restrito, mesmo que desacompanhada da arma de fogo, enseja a intervenção penal. É que, na hipótese, estamos diante de crime de perigo abstrato e de mera conduta, que se perfaz com a simples posse da munição, sem a devida autorização pela autoridade competente, sendo desnecessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Vejamos, nesse sentido:

> *"AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, MAS COM REGISTRO VENCIDO – POSSE DESAUTORIZADA DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – DENÚNCIA PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ARTS. 12 E 16 DA LEI Nº 10.826/2003.*
>
> *(...). 6. Para a configuração do tipo subjetivo do art. 12 da Lei nº 10.826/2003, basta que se apresente o dolo genérico do agente possuidor da arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*
>
> *(...). 8.* ***A posse de munição de uso restrito, ainda que desacompanhada da arma de fogo, revela crime de perigo abstrato e de mera conduta****, que se perfaz com a simples posse da munição, sem a devida autorização pela autoridade competente,* ***sendo desnecessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico****. (...).* (APn 686/AP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 18/12/2013, DJe 05/03/2014)." (Destaquei).

Conclui-se, portanto, que, apesar de não ter sido apreendida arma de fogo em poder do apelante, tal circunstância não ilide a responsabilidade penal pela conduta a si imputada. Na hipótese, como já salientado, estamos diante de um crime de mera conduta, que se aperfeiçoa mediante a simples incidência em um dos verbos-núcleo do tipo. Além disso, trata-se de um crime de perigo abstrato, cuja mera realização da conduta já faz exsurgir a presunção da situação de perigo de lesão ao bem jurídico, que independe de comprovação concreta, atribuindo, nessas circunstâncias, plena legitimidade à intervenção penal.

É dizer, portanto, numa análise final, que a incidência do apelante na conduta de "possuir", sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar", munições de uso permitido, questão que está devidamente comprovada no caso dos autos, enseja a aplicação das sanções penais previstas no art. 12 da Lei 10.826/03, independentemente de eventual apreensão do armamento respectivo.

Sendo assim, divirjo do Relator para manter a condenação do apelante pelo delito do art. 12 da Lei 10.826/2003.

Fração da redução do tráfico privilegiado:

Divirjo do i. Relator para manter a redução pela eventualidade do tráfico no patamar de 1/6, conforme fixado em sentença, em razão da quantidade e diversidade da droga apreendida.

Neste sentido, como bem destacou a magistrada, trata-se de maconha e pasta base cocaína, sendo esta com grande poder de tóxicodependência, além do alto valor monetário.

Diante disso, considerando esse aspecto, entendo que a pena deve ser reduzida no grau mínimo, ou seja, 1/6, conforme fixado na sentença, o que se apresenta necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, à luz das circunstâncias do caso concreto,

Do regime inicial de cumprimento de pena:

O regime prisional inicial para cumprimento de pena deve ser mantido o semiaberto, de acordo com o art. 33, § 2º, alínea b do Código Penal.

Da Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos:

Divirjo do Relator para não aplicar penas alternativas pelo não preenchimento do requisito do art. 44, inciso I do Código Penal.

Conclusão:

Diante do exposto, com o parecer e divergindo parcialmente do i. Relator, dou parcial provimento ao recurso, a fim de afastar a hediondez do delito.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o revisor.

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, 11 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1411782-19.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PECULATO, CONCUSSÃO, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE CAPITAIS – PRISÃO PREVENTIVA – SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – REQUISITOS DO ARTIGO 318, INCISO II, DO CPP – ORDEM CONCEDIDA.

É sabido que o Estado de Mato Grosso do Sul não possui local apropriado para internação de pacientes que estejam sob custódia.

Assim, uma vez comprovado via laudo emitido por médico psiquiatra forense oficial que o paciente apresenta quadro depressivo grave, ideação suicida e acentuada perda de peso, necessitando de tratamento em regime internação, é possível a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, por encontrar-se "extremamente debilitado por motivo de doença grave", até porque a interpretação do que possa ser considerado "extremamente debilitado" não pode levar a exigir que o preso já se encontre próximo da morte, em seus momentos finais. Seria desumano e irracional pensar que a pretensão da lei iria ao ponto de só permitir o benefício em tais casos já praticamente finalizados, conforme tem advertido a doutrina mais abalizada.

De todo modo, a fim de velar pela aplicação da lei penal, a prisão domiciliar deverá se dar mediante imposição de monitoração eletrônica (CPP, artigo 319, IX e Resolução CNPCP 05/2017).

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, conceder, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal.

Campo Grande, 11 de dezembro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

José Roberto Rodrigues da Rosa impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Fúlvio Ramires da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande.

Alega em resumo que: a) o paciente encontra-se preso preventivamente desde 10.07.2017 em razão da suposta prática dos crimes previstos no art. 312, § 1º (peculato) por 5 (cinco) maneiras distintas reiteradamente durante 2015/2016/2017 (art. 71 do Código Penal), art. 316 (concussão), ambos c.c. art. 327, § 2º (causa de aumento de pena) c.c. art. 29 (concurso de agentes), art. 299 (falsificação de documentos), parágrafo único, por 06 (seis) maneiras distintas, reiteradamente durante 2016/2017 (art. 71 do Código Penal), art. 1ª, 2º, *caput*, § 3º e § 4º, II, todos da Lei 12.850/13 (organização criminosa) e art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais), todos em concurso material (art. 69 do Código Penal); b) há constrangimento ilegal, pois o paciente encontra-se preso há mais de 100 dias, sem que tenha sido realizada a primeira audiência; c) ademais, o mesmo faz jus à prisão domiciliar, pois passou, em razão do cárcere, passou a apresentar quadro depressivo grave e perda de peso, necessitando de cuidados médicos que não podem ser prestados pela unidade prisional onde o paciente encontra-se segregado.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

José Roberto Rodrigues da Rosa impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Fúlvio Ramires da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande.

Alega em resumo que: a) o paciente encontra-se preso preventivamente desde 10.07.2017 em razão da suposta prática dos crimes previstos no art. 312, § 1º (peculato) por 5 (cinco) maneiras distintas reiteradamente durante 2015/2016/2017 (art. 71 do Código Penal), art. 316 (concussão), ambos c.c. art. 327, § 2º (causa de aumento de pena) c.c. art. 29 (concurso de agentes), art. 299 (falsificação de documentos), parágrafo único, por 06 (seis) maneiras distintas, reiteradamente durante 2016/2017 (art. 71 do Código Penal), art. 1ª, 2º, *caput*, § 3º e § 4º, II, todos da Lei 12.850/13 (organização criminosa) e art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais), todos em concurso material (art. 69 do Código Penal); b) há constrangimento ilegal, pois o paciente encontra-se preso há mais de 100 dias, sem que tenha sido realizada a primeira audiência; c) ademais, o mesmo faz jus à prisão domiciliar, pois passou, em razão do cárcere, a apresentar quadro depressivo grave e perda de peso, necessitando de cuidados médicos que não podem ser prestados pela unidade prisional onde o paciente encontra-se segregado.

O pedido de liminar foi indeferido.

As informações foram prestadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem.

Pois bem, preambularmente é necessário esclarecer que o julgamento do presente *habeas corpus* foi inicialmente pautado para a sessão colegiada do dia 04.12.2017. Contudo, diante da percuciente sustentação oral apresentada pela defesa do paciente, decidi pedir adiamento para reexaminar a presente impetração. E, ao fazê-lo, convenci-me que a ordem deve ser concedida.

Consoante exposto, o paciente encontra-se preso preventivamente desde 10.07.2017 em razão da suposta prática dos crimes previstos no art. 312, § 1º (peculato) por 5 (cinco) maneiras distintas reiteradamente

durante 2015/2016/2017 (art. 71 do Código Penal), art. 316 (concussão), ambos c.c. art. 327, § 2º (causa de aumento de pena) c.c. art. 29 (concurso de agentes), art. 299 (falsificação de documentos), parágrafo único, por 06 (seis) maneiras distintas, reiteradamente durante 2016/2017 (art. 71 do Código Penal), art. 1ª, 2º, *caput*, § 3º e § 4º, II, todos da Lei 12.850/13 (organização criminosa) e art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais), todos em concurso material (art. 69 do Código Penal).

A denúncia oferecida em desfavor do paciente, que conta com 181 laudas, narra em síntese que, durante o ano de 2016 e 2017, o paciente, na condição de Diretor do Instituto Penal de Campo Grande (IPCG), integrava organização criminosa que utilizava a cantina do referido estabelecimento prisional para praticar crimes de peculato e concussão. A denúncia menciona também que o paciente concorreu para a prática de crimes de falsificação de documentos a fim de esconder os delitos perpetrados no IPCG e, ainda, mediante "estratagemas", ocultou e dissimulou a localização, a movimentação e a disposição dos valores provenientes dos crimes de "corrupção" e de peculato, muitas vezes convertendo-os em ativos lícitos.

Em resumo, a impetração envolve anterior Diretor do IPCG que, como salientado, encontra-se preso preventivamente há mais de 100 dias em decorrência de supostos delitos perpetrados na exploração comercial da cantina do referido estabelecimento prisional.

Ocorre, entrementes, que o paciente foi submetido a avaliação no Centro de Triagem e Classificação da AGEPEN, por médico psiquiatra forense oficial, que emitiu o seguinte relatório:

> *"O paciente (...) apresentou um quadro clínico com sintomas depressivos de intensidade grave (humor deprimente, sentimento persistente de desamparo e impotência, labilidade e incontinência afetiva, pensamento persistente de revolta, por sentir-se injustiçado e de morte auto infligido, inapetência, lentidão do pensamento e da motricidade); também apresentando medo específico de ser agredido, insônia de conciliação, quando consegue dormir o sono é interrompido e repleto de pesadelos de conteúdo de violência de agressões.*
>
> *Devido ao quadro clínico apresentado o paciente apresentou ainda perda de peso acentuado pela inapetência, não consegue conciliar o sono pelo medo de ser agredido, ou de ser alvo de problemas no estabelecimento, pois até poucos meses atrás era diretor de estabelecimento penitenciário, que exerceu em várias localidades.*
>
> *Foi orientado e prescrito medicação ansiolítica e antidepressiva. Devido às condições que propiciam e aumentam o medo em dormir, considerando ficaria mais exposto e vulnerável optou inicialmente em não fazer uso contínuo da medicação. Entretanto, de uma forma gradativa e associada às constantes negativas aos recursos, piorou, aumentando a ideação suicida, e passou a fazer uso de medicação antidepressiva (Desvenlafaxina – Zodel – 100mg/dia); que ainda não teve benefícios.*
>
> *Conclusão*
>
> *O paciente apresenta um quadro depressivo de intensidade grave, com alto risco suicida, sendo necessário o uso de antidepressivos de forma regular e constante e ainda está indicado tratamento em regime de internação."*

Constata-se, portanto, que o paciente apresenta quadro depressivo grave, ideação suicida e acentuada perda de peso, necessitando de tratamento em regime internação, constando ainda que a terapia medicamentosa não apresentou benefícios.

Na minha compreensão, o estado de saúde apresentado pelo paciente, atestado via laudo emitido por médico psiquiatra forense oficial, autoriza a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, por encontrar-se:

> *"(...) extremamente debilitado por motivo de doença grave", haja vista que, conforme adverte a doutrina, "a interpretação do que possa ser considerado 'extremamente debilitado' não pode levar a exigir que o preso já se encontre próximo da morte, em seus momentos finais. Seria desumano e irracional pensar que a pretensão da lei iria ao ponto de só permitir o benefício em tais casos já praticamente finalizados"* (Renato Marcão. In Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Diante do cenário exposto, caso fosse mantida a prisão preventiva, o Estado perderia a legitimação para atuar como pacificador social e se equipararia à figura do agressor, algo que não é de ser chancelado, em observância, principalmente, ao princípio da humanidade. Sobre o assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci que:

> *"(...) Perder a capacidade de indignação, a sensibilidade para o justo e a possibilidade de reclamar podem ser caminhos estreitos e diretos para o embrutecimento do ser humano, tornando-o indiferente a si mesmo, seus atos e as consequências de cada um deles, consolidando uma pedra inóspita em lugar da brandura do coração. (...) O princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte.* **Viver civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando às futuras gerações que o mal se combate com o bem, transmitindo o exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior.** *(...)* **Retribuir o mal do crime com uma maldosa pena deixa de constituir virtude para assumir o papel de vilania, equiparando o Estado à figura do agressor, situação que o deslegitima a atuar em nome do direito e da Justiça.** *Se os maus sentimentos ainda são constantes nos seres humanos, dada a sua natural imperfeição, não se pode cultivá-los e incentivá-los a integrar o campo das leis, onde idealmente o justo prevalece e a benemerência é a sua razão de ser.* **Não se constrói um sistema normativo voltado ao lastimável estado de espírito inferior, permeado de sentimentos comezinho e negativos; ao contrário, as leis devem espelhar a riqueza da meta a ser buscada, lastreada na perfeição do lado humano positivo, como forma de incentivo à civilidade, em convivência fraterna.***"* (in Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, com destaques nossos).

É importante salientar que o laudo médico em questão é conclusivo no sentido de que o paciente necessita de "tratamento em regime de internação", cuja disponibilidade em regime intramuros não foi atestada pelo julgador de primeira instância na decisão hostilizada (f. 530-531).

Cumpre lembrar, ademais, que o paciente ostenta condições pessoais favoráveis (primariedade e residência fixa) e não há elementos demonstrando sua periculosidade concreta. Por sua vez, os delitos a ele imputados são despidos de violência ou grave ameaça. Assim, inexiste comprovação de que cautela extrema é a única medida apta a conter o *periculum libertatis* (perigo que decorre do estado de liberdade do paciente).

Por outro tanto, é sabido que o Estado de Mato Grosso do Sul não possui local apropriado para internação de pacientes que estejam sob custódia.

Entrementes, a fim de velar pela aplicação da lei penal, a prisão domiciliar deverá ser concedida mediante imposição de monitoração eletrônica (CPP, artigo 319, IX e Resolução CNPCP 05/2017), a ser

efetivada via afixação ao corpo do paciente de dispositivo (tornozeleira), impondo-lhe o recolhimento domiciliar noturno, finais de semana e feriados, com autorização de saída diurna exclusivamente para tratamento médico, que deverá ser comprovado mediante atestado a ser apresentado ao juízo da causa até o dia subsequente ao tratamento recebido (Provimento TJMS 151/2017, artigo 26).

Além disso, é necessário proibir que o paciente mantenha contato, por qualquer meio, com as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Estadual na ação penal n. 0822289-85.2017.8.12.0001.

Por fim, lembro que o paciente já foi dispensado do cargo de Diretor do IPCG. Mesmo assim, é preciso proibi-lo de assumir qualquer outra função pública ou particular dentro do sistema prisional brasileiro, até o término da referida ação penal.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conceder a ordem em favor de Fúlvio Ramires da Silva a fim de substituir a respectiva prisão preventiva por prisão domiciliar, mediante monitoração eletrônica a ser efetivada via afixação ao corpo do paciente de dispositivo (tornozeleira), impondo-lhe o recolhimento domiciliar noturno, finais de semana e feriados, com autorização de saída diurna exclusivamente para tratamento médico, que deverá ser comprovado mediante atestado a ser apresentado ao juízo da causa até o dia subsequente ao tratamento recebido, sem prejuízo, ainda, das seguintes medidas cautelares: a) proibição de manter contato, por qualquer meio, com as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Estadual na ação penal n. 0822289-85.2017.8.12.0001; b) proibição de assumir qualquer outra função pública ou particular dentro do sistema prisional brasileiro, até o término da referida ação penal.

A instalação da monitoração eletrônica deverá observar as disposições do Provimento TJMS 151/2017, devendo o paciente ser advertido de que a a violação da prisão domiciliar importará o restabelecimento da prisão preventiva, como também poderá ser esta novamente aplicada se sobrevier situação que configure a exigência da cautelar mais gravosa.

Prevalecendo este voto, expeça-se mandado para cumprimento.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado pelo advogado José Roberto Rodrigues da Rosa - OAB/MS nº 10.163 em favor de Fúlvio Ramires da Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 5ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Sustenta que o paciente vem apresentando diferença de comportamento/profunda tristeza e perda acentuada de peso.

Que em atendimento por médico psiquiatra, com avaliação no Centro de triagem, foi concluído que o paciente apresenta um quadro depressivo de intensidade grave, com alto risco suicida.

Por isso, requer a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime de prisão domiciliar, na forma do art. 318, do Código de Processo Penal.

O Relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, concedeu a ordem para o fim de estabelecer a prisão domiciliar.

Respeitosamente, divirjo do Relator, para denegar a ordem.

Impende ressaltar que consta do relatório psiquiátrico do paciente acostado ao processo (f. 36) que, teria sido "*orientado e prescrito medicação ansiolítica e antidepressiva*", mas que o paciente "*optou inicialmente em não fazer uso contínuo da medicação*".

Consta ainda do referido relatório que: *"associada às constantes negativas aos recursos, piorou, aumentando a ideação suicida..."*

Em conclusão, o referido laudo atestou, por fim, que: *"sendo necessário o uso de antidepressivos de forma regular e constante (...)"*

Estabelece o art. 318, do CPP, que:

> *"Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:*
>
> *(...)*
>
> *II – extremamente debilitado por motivo de doença grave"*

Como bem se sabe, a prisão domiciliar constitui faculdade do Juiz.

Além disso, não se trata de enfermidade, mesmo grave, mas de debilidade extrema em função da doença.

O que não ocorre no presente caso, até mesmo porque, como o próprio relatório psiquiátrico acostado ao processo atesta que ao paciente foi orientado o uso de medicação, a qual, por opção, não fez uso, tanto que, como constou expressamente do relatório, *"associada às constantes negativas aos recursos, piorou (...)"*, ou seja, a piora na doença do paciente é em decorrência da sua própria opção.

Por demais, não consta dos autos que esteja em debilidade extrema.

Não foi demonstrado ainda, como bem ponderou o Magistrado apontado como autoridade coatora ao bem fundamentar que:

> *"(...) Não restou comprovado nos autos a necessidade extrema e impreterível da presença do requerente no lar para realização de tratamento psicológico. Ademais, como bem salientou o Parquet, não há informações de que o tratamento não possa ocorrer de forma eficaz no próprio estabelecimento penal, não vislumbrando, por ora, a existência de prejuízo irreparável ao tratamento da referida doença."*

Aliás, verifica-se dos autos que o paciente foi atendido, assistido e medicado na necessidade do quadro da doença indicada, não havendo qualquer prejuízo no tratamento em razão da custódia, mas sim, pelo que percebe do próprio relatório psiquiátrico juntado ao processo que a piora do paciente estava associada "às constantes negativas aos recursos".

Assim, inexiste constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem.

Diante do exposto, divirjo do Relator e com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a ordem.

O Sr. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam, 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, 11 de dezembro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001898-51.2013.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RESTRITIVA DE DIREITO DE LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA – AUSÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU OUTRO ESTABELECIMENTO ADEQUADO AO CUMPRIMENTO DA PENA ALTERNATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO A DELEGACIA PÚBLICA LOCAL – CUMPRIMENTO DOMICILIAR – RECURSO PROVIDO.

Reconhecendo a ausência de casa do albergado ou outro estabelecimento adequado para o cumprimento da limitação de final de semana, não há como determinar o seu cumprimento em delegacia de polícia, o que permite, excepcionalmente o recolhimento domiciliar.

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 unânime. Com acréscimos do 1º Vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Laércio da Rocha interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da comarca de Ivinhema-MS que o condenou à prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito consistente em limitação de final de semana, determinando que o réu permaneça na delegacia local cinco horas do período da tarde de sábado e domingo.

Requer o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar dada a inexistência de casa de albergado ou estabelecimento adequado na comarca (p. 101-106).

As contrarrazões foram oferecidas (p. 111-115).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 124-128).

VOTO (EM 05/02/2018)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Laércio da Rocha contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da comarca de Ivinhema - MS que o condenou à prática do crime previsto no art. 129, § 9º, do CP, à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito consistente em limitação de final de semana, determinando que o réu permaneça na delegacia local cinco horas do período da tarde de sábado e domingo.

Requer o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar dada a inexistência de casa de albergado ou estabelecimento adequado na comarca (p. 101-106).

As contrarrazões foram oferecidas (p. 111-115).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo não provimento do recurso (p. 124-128).

Inicialmente observo que embora não concorde com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito em condenação pelo crime de lesão corporal cometido com violência doméstica, por força do art. 44, I, do CP, por ser cometido com violência, não houve recurso ministerial, mas somente defensivo, estabilizando-se referida decisão no que tange à substituição, por impossibilidade de *reformatio in pejus*.

Por outro lado, não havendo casa do albergado na comarca e nem outro estabelecimento adequado para o cumprimento da medida, inviável a determinação de cumprimento da pena restritiva de direito de limitação de final de semana na delegacia de polícia local, por ausência de relação com a finalidade da medida.

Nesse sentido é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se confere nos seguintes julgamentos: HC 60.919/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 10/10/2006, DJ 30/10/2006, p. 361, HC 146.558/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 05/04/2010; AgRg no HC 297.900/MG, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 11/05/2015, este último assim ementado:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – CONDENAÇÃO – REGIME INICIAL ABERTO SUBSTITUÍDO POR LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA – CASA DE ALBERGADO – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. A falta de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena no regime intermediário permite ao condenado a possibilidade de cumpri-la em regime aberto domiciliar, quando inexistir no local casa de albergado ou lugar vago na dita instituição, até a transferência para estabelecimento adequado."* (RHC 47.806/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 18/6/2014, DJe 4/8/2014).
>
> *2. A decisão agravada está na mais absoluta consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que também a precariedade e a superlotação são fundamentos idôneos a permitir a prisão domiciliar.*
>
> *3. Logo, a situação prisional do paciente diverge do previsto na Lei de Execução Penal e da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, admitindo-se, em tais situações, a submissão do condenado ao regime domiciliar diante da inexistência de casa de albergado ou outro estabelecimento similar.*
>
> *4. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 297.900/MG, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 11/05/2015)

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal em 29.6.2016 aprovou a Súmula Vinculante 56, que tem a seguinte redação: *"A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS."*.

Em consonância com as Cortes Superiores a 3ª Câmara Criminal deste Tribunal em caso semelhante oriundo da mesma comarca já determinou o recolhimento domiciliar para cumprimento da restritiva de direito de limitação de final de semana, vejamos:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRETENSÃO QUE VISA O CUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA EM REGIME DOMICILIAR – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. I - A ausência de casa de albergado na Comarca possibilita que o apenado cumpra a pena de limitação de fim de semana em regime domiciliar. II - Apelação a que, contra o parecer, dá-se provimento.* (TJMS. Apelação nº 0000641-20.2015.8.12.0012, Angélica, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 22/09/2016, p: 26/09/2016)

Ressalto que nos termos do art. 94 e 95, da LEP, "*o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga*", e, "*deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras*", bem como instalações para orientação dos condenados, o que, todavia, não se compatibiliza com a delegacia pública.

Ademais, segundo o art. 16, da Lei Complementar Estadual nº 114/2016 *"as Delegacias de Polícia, unidades operacionais regionalizadas com sede e circunscrição definidas em ato do Governador, têm por finalidade promover a apuração das infrações penais, a repressão da criminalidade, bem como outras cominadas em lei*", não havendo previsão legal para sua utilização como alternativa para cumprimento de limitação de final de semana. Outrossim, a polícia judiciária que atua no respectivo órgão *"será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria"* e não a fiscalização do cumprimento de penas.

Portanto, reconhecendo a ausência de casa do albergado ou outro estabelecimento adequado para o cumprimento da limitação de final de semana, não há como determinar o seu cumprimento na delegacia de polícia.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de dar provimento ao recurso de apelação criminal interposto por Laércio da Rocha a o fim de autorizá-lo a cumprir a limitação de fim de semana que lhe foi imposta nos presentes autos em regime domiciliar, cujas formas de fiscalizar sua execução serão estabelecida pelo Juízo da execução penal.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Luiz Gonzaga), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 19/02/2018)

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (1º Vogal)

Laércio da Rocha, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 03 meses de detenção, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, por infração ao art. 129, § 9º, do Código Penal.

Requer o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar, com a alteração da pena restritiva de direito imposta consistente em limitação de final de semana em delegacia local.

O Relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence deu provimento ao recurso a fim de autorizá-lo a cumprir a pena em regime domiciliar.

Acompanho, o relator, com as seguintes ressalvas e acréscimos na fundamentação:

Sempre entendi pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes de menor potencial ofensivo, bem como à contravenção de vias de fato, praticados em situação de violência doméstica, diante da análise do caso concreto.

Contudo, recentemente foi aprovada a Súmula nº 588 do STJ no seguinte sentido:

> *"A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos."*

Portanto, atualmente nem é mais possível a substituição da pena por restritivas de direitos em casos de violência doméstica. De toda forma, não havendo recurso ministerial, impossível agravar a situação do réu.

A pena privativa de liberdade do apelante foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em *"limitação de final de semana, devendo o réu permanecer na delegacia local, 05 (cinco) horas no período da tarde de sábado e de domingo (CP, art. 48)"*.

Com vistas à situação concreta, considerando que a vítima e condenado estão separados e declararam expressamente em audiência que "não tiveram mais problemas depois disso" e, considerando ainda não ser estabelecimento adequado para o cumprimento da medida, o pedido recursal comporta provimento a fim de autorizar o apelante a cumprir a limitação de fim de semana em regime domiciliar, na forma como posta pelo Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Diante do exposto, com as ressalvas acima e acréscimo na fundamentação, tendo em vista o caso concreto, acompanho o relator, para dar provimento ao recurso.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram unânime. Com acréscimos do 1º vogal. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 19 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0042268-37.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE LATROCÍNIO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR SEM PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO – NÃO ACOLHIDA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS DE TENTATIVA DE LATROCÍNIO E PORTE DE ARMA E MUNIÇÕES – NÃO POSSÍVEL – PENA-BASE MANTIDA – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – RECURSO IMPROVIDO.

A palavra da vítima encontra-se em consonância com o arcabouço probatório constante dos autos, não havendo que se falar em absolvição.

O princípio da consunção é aplicável quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo. No caso dos autos, os delitos foram praticados em contextos distintos, isto porque, a arma empregada no delito de latrocínio foi apreendida em momento posterior ao primeiro fato, mais precisamente no dia seguinte, na oportunidade em que preparava-se para levar o veículo até o Paraguai.

As consequências do delito devem ser consideradas negativas, pois, conforme relatado nos autos, o veículo subtraído sofreu perda total, de sorte que a proprietária do veículo teve que adquirir um outro veículo, em razão de possuir dois filhos especiais, tendo que pagar pelos dois veículos.

Com o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Felipe Matheus Martins Maciel, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (f. 254 – 290), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 157, § 3.º, *in fine*, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal e art. 14, *caput*, da Lei nº

10.826/2003 e art. 309 da Lei nº 9.503/97, à pena de 15 (quinze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, em regime fechado e 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto.

Narra a exordial acusatória:

> *"(...) Fato 01:*
>
> *Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 12 de outubro de 2015, por volta das 20h30min, na residência situada na Rua Luiz Pereira, nº 1054, Bairro Pioneiros, nesta Comarca, o denunciado subtraiu coisa móvel alheia para si, ou para outrem, mediante grave ameaça à pessoa, exercida com emprego de arma e em concurso de pessoas, consistente em 01 (uma) carteira de bolso contendo documentos pessoais e 01 (um) automóvel GM/MERIVA, cor branca, placa HTP-1702, pertencentes à vítima Vilson Pereira.*
>
> *Fato 02:*
>
> *Consta ainda que no dia 13 de outubro de 2015, por volta das 15h, na Rua Aucélio de Souza Castro, no Bairro Los Angeles, o denunciado desobedeceu a ordem legal de funcionário público.*
>
> *Fato 03:*
>
> *Constatou-se que o denunciado, na mesma ocasião anteriormente narrada acima, isto é, no dia 13 de outubro de 2015, por volta das 15h, dirigiu veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação, gerando perigo de dano, tendo em vista que, após desobedecer a ordem de parada pelos Policiais Militares, dirigiu em alta velocidade, vindo a perder o controle da direção, capotando o automóvel por várias vezes, vindo, ainda, a colidir contra o muro de uma residência.*
>
> *Segundo restou apurado, no dia 12 de outubro de 2015, por volta das 20h30min, na residência situada na Rua Luiz Pereira, nº 1054, Bairro Pioneiros, nesta Comarca, o denunciado, na companhia de terceira pessoa não identificada nos autos, dirigiu-se até a residência onde a vítima Vilson Pereira, juntamente com seus familiares, havia acabado de estacionar seu veículo, qual seja, GM/Meriva Maxx, cor branca, placa HTP-1702.*
>
> *O denunciado e seu comparsa chegaram ao local conduzindo uma motocicleta, tendo o denunciado, que estava na garupa, descido e apontado um revólver calibre .38 na direção da vítima, ordenando que esta lhe entregasse as chaves do automóvel. A esposa da vítima, que estava na posse das chaves, temendo pela vida de seu marido, entregou as chaves ao denunciado que, após dar partida no veículo, tomou rumo ignorado, tendo seu comparsa o seguido, conduzindo a motocicleta.*
>
> *Ocorre que, no dia seguinte, isto é, dia 13/10/2015, por volta das 15h, Policiais Militares receberam a informação que o veículo roubado da vítima, teria sido visto circulando na região do Bairro Jardim Los Angeles, razão pela qual realizaram rondas extensivas no local, tendo a guarnição logrado êxito em encontrar o denunciado conduzindo o automóvel em questão pela Rua Aucelio de Souza Castro.*
>
> *Ao aproximar-se do veículo roubado, os Policiais deram ordem de parada ao seu condutor, ora denunciado, emitindo sinais sonoros e luminosos, porém, o denunciado desobedecendo a ordem legal e expressa dos Policiais, empreendeu fuga, dirigindo em altíssima velocidade por aproximadamente 15 (quinze) quarteirões, gerando perigo concreto de dano e expondo a vida de terceiros em risco, vindo o denunciado a perder o controle da direção, capotando o automóvel, chocando-se contra o muro de uma residência. Pouco antes de o denunciado perder o controle da direção, os Policiais perceberam que o mesmo*

havia lançada pela janela do automóvel 01 (um) revólver, o qual, após ser encontrado próximo ao local, verificaram tratar-se de um revólver, marca "SMITH WESSON", calibre .38, oxidado, nº de série 186751, contendo 05 (cinco) munições intactas e 01 (uma) deflagrada, a mesma arma que a vítima relatou ter sido utilizada na prática do roubo.

Por fim, ao ser dada voz de prisão ao denunciado, os Policiais constaram que o mesmo não tinha permissão para dirigir, muito menos Carteira Nacional de Habilitação e, mesmo assim, conduziu veículo automotor em via pública, em alta velocidade, gerando perigo de dano.

Ademais, ao ser indagado pelos Policiais Militares, o denunciado relatou que iria receber a quantia em dinheiro equivalente a R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para conduzir o referido automóvel para o Paraguai, afirmando, inclusive, que já teria realizado tal conduta em outras 03 (três) oportunidades.

A vítima reconheceu sem sobra de dúvidas (f. 08) a pessoa do denunciado como sendo a mesma pessoa que realizou o roubo de seu veículo no dia 12/10/2015, apontando-lhe o revólver calibre .38. (...)"

Em razões recursais (f. 311 – 325), Felipe Matheus Martins Maciel pugna a absolvição do delito de tentativa de latrocínio, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a aplicação do princípio da consunção do porte de arma de fogo pelo delito de tentativa de latrocínio e a redução da pena-base ao mínimo legal. Ao final, apresenta prequestionamento.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões (f. 330 – 339), requer o não provimento do recurso defensivo e, também, apresenta prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 352 – 361), opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta por Felipe Matheus Martins Maciel, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (f. 254 – 290), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso nas penas do art. 157, § 3º, *in fine*, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal e art. 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 e art. 309 da Lei nº 9.503/97, à pena de 15 (quinze) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, em regime fechado e 06 (seis) meses de detenção, em regime aberto.

Narra a exordial acusatória:

"(...) Fato 01:

Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 12 de outubro de 2015, por volta das 20h30min, na residência situada na Rua Luiz Pereira, nº 1054, Bairro Pioneiros, nesta Comarca, o denunciado subtraiu coisa móvel alheia para si, ou para outrem, mediante grave ameaça à pessoa, exercida com emprego de arma e em concurso de pessoas, consistente em 01 (uma) carteira de bolso contendo documentos pessoais e 01 (um) automóvel GM/Meriva, cor branca, placa HTP-1702, pertencentes à vítima Vilson Pereira.

Fato 02:

Consta ainda que no dia 13 de outubro de 2015, por volta das 15h, na Rua Aucélio de Souza Castro, no Bairro Los Angeles, o denunciado desobedeceu a ordem legal de funcionário público.

Fato 03:

Constatou-se que o denunciado, na mesma ocasião anteriormente narrada acima, isto é, no dia 13 de outubro de 2015, por volta das 15h, dirigiu veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação, gerando perigo de dano, tendo em vista que, após desobedecer a ordem de parada pelos Policiais Militares, dirigiu em alta velocidade, vindo a perder o controle da direção, capotando o automóvel por várias vezes, vindo, ainda, a colidir contra o muro de uma residência.

Segundo restou apurado, no dia 12 de outubro de 2015, por volta das 20h30min, na residência situada na Rua Luiz Pereira, nº 1054, Bairro Pioneiros, nesta Comarca, o denunciado, na companhia de terceira pessoa não identificada nos autos, dirigiu-se até a residência onde a vítima Vilson Pereira, juntamente com seus familiares, havia acabado de estacionar seu veículo, qual seja, GM/Meriva Maxx, cor branca, placa HTP-1702.

O denunciado e seu comparsa chegaram ao local conduzindo uma motocicleta, tendo o denunciado, que estava na garupa, descido e apontado um revólver calibre .38 na direção da vítima, ordenando que esta lhe entregasse as chaves do automóvel. A esposa da vítima, que estava na posse das chaves, temendo pela vida de seu marido, entregou as chaves ao denunciado que, após dar partida no veículo, tomou rumo ignorado, tendo seu comparsa o seguido, conduzindo a motocicleta.

Ocorre que, no dia seguinte, isto é, dia 13/10/2015, por volta das 15h, Policiais Militares receberam a informação que o veículo roubado da vítima, teria sido visto circulando na região do Bairro Jardim Los Angeles, razão pela qual realizaram rondas extensivas no local, tendo a guarnição logrado êxito em encontrar o denunciado conduzindo o automóvel em questão pela Rua Aucelio de Souza Castro.

Ao aproximar-se do veículo roubado, os Policiais deram ordem de parada ao seu condutor, ora denunciado, emitindo sinais sonoros e luminosos, porém, o denunciado desobedecendo a ordem legal e expressa dos Policiais, empreendeu fuga, dirigindo em altíssima velocidade por aproximadamente 15 (quinze) quarteirões, gerando perigo concreto de dano e expondo a vida de terceiros em risco, vindo o denunciado a perder o controle da direção, capotando o automóvel, chocando-se contra o muro de uma residência. Pouco antes de o denunciado perder o controle da direção, os Policiais perceberam que o mesmo havia lançada pela janela do automóvel 01 (um) revólver, o qual, após ser encontrado próximo ao local, verificaram tratar-se de um revólver, marca "Smith Wesson", calibre .38, oxidado, nº de série 186751, contendo 05 (cinco) munições intactas e 01 (uma) deflagrada, a mesma arma que a vítima relatou ter sido utilizada na prática do roubo.

Por fim, ao ser dada voz de prisão ao denunciado, os Policiais constaram que o mesmo não tinha permissão para dirigir, muito menos Carteira Nacional de Habilitação e, mesmo assim, conduziu veículo automotor em via pública, em alta velocidade, gerando perigo de dano.

Ademais, ao ser indagado pelos Policiais Militares, o denunciado relatou que iria receber a quantia em dinheiro equivalente a R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para conduzir o referido automóvel para o Paraguai, afirmando, inclusivo, que já teria realizado tal conduta em outras 03 (três) oportunidades.

> *A vítima reconheceu sem sobra de dúvidas (f. 08) a pessoa do denunciado como sendo a mesma pessoa que realizou o roubo de seu veículo no dia 12/10/2015, apontando-lhe o revólver calibre .38. (...)"*

Em razões recursais (f. 311 – 325), Felipe Matheus Martins Maciel pugna a absolvição do delito de tentativa de latrocínio, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a aplicação do princípio da consunção do porte de arma de fogo pelo delito de tentativa de latrocínio e a redução da pena-base ao mínimo legal. Ao final, apresenta prequestionamento.

Passo à análise do recurso.

A defesa de Felipe Matheus Martins Maciel requer a absolvição do delito de tentativa de latrocínio, nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

Razão não lhe assiste.

A materialidade restou devidamente demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante (f. 08 - 10), Boletim de Ocorrência (f. 37 - 47), Auto de Apreensão (f. 48 - 51), Auto de Avaliação (f. 52 - 54), Auto de Entrega (f. 55 - 58), Laudo de Exame em Arma de Fogo (f. 109 - 113), Laudo de Exame em Veículo Automotor (f. 216 - 223) e demais depoimentos coligidos.

A autoria também é certa e recai sobre o apelante, senão vejamos:

Perante a autoridade policial a vítima relatou (f. 16 – 17):

> *"(...) que o declarante afirma que com ele estavam sua esposa, filha e três netos, os quais entraram na residência e enquanto o declarante tirava o carrinho de bebê do porta malas, já sozinho, uma motocicleta com dois rapazes parou ao seu lado e o rapaz que estava na garupa desceu e falou "Me dá a chave! Me dá a chave!" apontando-lhe uma arma tipo revólver calibre 38; que o declarante alegou que a chave não estava com ele, pois sua esposa havia entrado na residência a levando; que o rapaz apontando a arma para a cabeça do declarante, a encostando, entrou no imóvel a procura da chave do veículo; que o declarante esclarece que assim que encontraram com sua esposa, a qual estava na sala de estar o rapaz falou "Me dá a chave senão eu mato ele!"; que a esposa do declarante falou "Eu não vou dar não!", tendo o rapaz respondido "Ah! Então eu vou matar ele!" e puxou o gatilho, tendo o declarante ouvido um "teque"; que o declarante afirma que sua esposa vendo a intenção do rapaz, o qual poderia tentar novamente contra sua vida, deu a chave; que o rapaz estava utilizando capacete, porém quando saiu da sala de estar se dirigindo ao veículo o tirou, tendo o declarante visto nitidamente seu rosto, podendo-o reconhecer em qualquer lugar; que o genro do declarante também viu o rapaz e pode também reconhecê-lo; que o declarante afirma que o rapaz que conduzia a motocicleta seguiu aproximadamente quinze metros a frente da residência de sua filha; que o declarante aduz que acionou a Polícia Militar e compareceu nesta Depac onde noticiou os fatos, conforme B.O. 13114/2015/Depac Piratininga, ainda no dia de ontem; que o declarante alega que ficou sabendo por meio da imprensa, ao ver no Programa Picarelli, do final da tarde, seu veículo capotado numa via desta capital; que imediatamente entrou em contato com esta Depac Piratininga e soube que o procedimento estava ainda com a Polícia Militar e que logo seria entregue; que assim, seguiu para esta Depac Piratininga para prestar declarações acerca dos fatos; que nesta Depac Piratininga realizou o reconhecimento formal do rapaz que lhe foi apresentado pela Autoridade Policial como sendo aquele que lhe roubou o veículo, apontou a arma junto a sua cabeça e puxou o gatilho; que o declarante reconheceu sem sombra de dúvidas o rapaz apresentado como sendo Felipe Matheus Martins Maciel. (...)"*

> *Em juízo (arquivo mídia, f. 177), o declarante confirmou a versão apresentada na fase inquisitorial, declarando que no dia dos fatos as suas filhas passaram na sua casa com seus netos e uma delas ficou aguardando o esposo ir buscá-la, e como o esposo não foi, por volta das 19 horas, resolveram levá-la em casa, que ficava no bairro Pioneiro; que chegando até a casa da filha do declarante, a sua esposa desceu com uma das crianças e a sua filha com a outra e ele ficou para tirar o carrinho do bebê; que quando levantou a porta do carro, veio uma moto com o farol apagado, com a arma em sua cabeça, lhe pedindo a chave do carro; que a chave não estava com ele e pediu ao apelante para ter paciência e que iria pegar a chave com a sua esposa; que o apelante pediu para que lhe desse a chave, caso contrário, o mataria e a arma sempre encostada; que quando entraram na casa da filha do declarante, a sua esposa apareceu, com sua filha, e todos começaram a gritar desesperada; que o declarante disse a sua esposa que era para ela ficar tranquila, pois o apelante só queria o carro, porém, a sua esposa disse que não iria dar; que o apelante ficou nervoso e empurrou o declarante e foram entrando, momento em que sua filha fechou a porta da frente e o declarante gritava para lhe darem a chave do carro e a sua esposa continuou a se negar a entregá-la; que, em razão disso, o apelante atirou na cabeça do declarante; que sentiu que o apelante atirou e o delegado viu que uma das balas estava deflagrada; que após, o apelante tirou o capacete, pegou a chaves e fugiu, sendo reconhecido neste momento, reconhecendo o apelante com absoluta certeza.*

Corroborando a versão apresentada pela vítima, tem-se o depoimento da testemunha Etair Aparecida de Mello Pereira (arquivo mídia, f. 177).

O policial Jeferson Aparecido dos Santos relatou, em juízo, que na troca de serviço, a equipe informou a ocorrência de um roubo e que uma família tinha ficado refém, sendo subtraído um veículo Meriva; que foi passada a placa do veículo, sendo este foi visto na imediações do Bairro Los Angeles na madrugada; que passaram a patrulhar aquela região, no intuito de abordá-lo; na parte da tarde, patrulhando a avenida principal do bairro, visualizaram o veículo transitando pela via, foi dada voz de parada e o condutor empreendeu fuga em alta velocidade; que informaram via rádio o local, para fazerem o cerco e abordá-lo; que o apelante jogou um objeto do veículo, posteriormente identificado como uma arma de fogo e, em um cruzamento, o apelante tentou fazer uma curva e não conseguiu, tendo capotado o veículo; que detiveram o apelante, com o auxílio de outra viatura, fizeram o transporte até um posto de saúde para que ele pudesse ser submetido à avaliação médica e encaminharam até a delegacia; que na delegacia, o delegado fez o reconhecimento formal com as vítimas, sendo reconhecidas como o indivíduo que efetuou o disparo de munição não deflagrada (arquivo mídia, f. 177).

No mesmo sentido, tem-se o depoimento de Luiz Henrique Lopes dos Santos (arquivo mídia, f. 177).

Como se vê, a palavra da vítima encontra-se em consonância com o arcabouço probatório constante dos autos, não havendo que se falar em absolvição.

Nesse sentido:

> *APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO – NULIDADE DA SENTENÇA – INCOMPATIBILIDADE COM A FORMA TENTADA – REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DO JÚRI – DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, DA LEI Nº 12.736/12 – PRELIMINARES QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO – PALAVRA DA VÍTIMA – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE LATROCÍNIO PARA HOMICÍDIO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – INVIABILIDADE – PRESENÇA DE ARGUMENTOS IDÔNEOS E CONCATENADOS COM OS FATOS PARA MACULAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS –*

RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE MENORIDADE RELATIVA – PEDIDO PREJUDICADO – RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – CONFISSÃO QUALIFICADA – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA – NÃO CABIMENTO – JUSTIÇA GRATUITA E DETRAÇÃO – JUÍZO DA EXECUÇÃO – FIXAÇAO DE HONORÁRIOS AO DATIVO – POSSIBILIDADE – RECURSO DO PRIMEIRO APELANTE NÃO PROVIDO E RECURSO DO SEGUNDO APELANTE PROVIDO EM PARTE. Confirmada a autoria e a materialidade do delito, impossível a absolvição quando o acervo probatório é robusto e demonstra a prática da conduta tipificada no artigo 157, § 3º do Código Penal. Não merece subsistir a desclassificação do crime de latrocínio tentado para roubo com emprego de arma e homicídio tentado, vez que provada a prática de crime contra o patrimônio, mediante violência susceptível de provocar a morte da vítima. Não constatado o excesso no aumento da pena-base não há que se falar em modificação da pena. Configurada a confissão qualificada quando agregada à 'confissão' elemento que afastaria a imputação, sendo inviável, assim, o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal. O critério utilizado para a escolha da fração de redução da pena na tentativa é o caminho percorrido pelo agente dentro do iter criminis. Quanto mais próximo da consumação do delito, menor a fração de redução da pena. Presentes os requisitos constantes do artigo 312 do Código de Processo Penal, a determinação de que não deverá o réu recorrer em liberdade é medida que se impõe. O regime de cumprimento de pena é o fechado quando a pena final é superior a 08 anos, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal. A detração deverá ser requerida junto ao Juízo da Execução, que é o competente para tal análise. A condenação ao pagamento das custas é um dos efeitos da condenação, cuja análise deve ser remetida ao Juízo da Execução. V.V.: APELAÇÂO CRIMINAL – LATROCINIO TENTADO – REDUÇÃO DAS PENAS – NECESSIDADE I- Verificada a incorreção do juízo primevo quando da análise das circunstâncias judiciais, a reestruturação das penas é medida que se impõe. (TJMG; APCR 1.0309.14.003431-0/001; Relª Desª Kárin Emmerich; Julg. 03/11/2015; DJEMG 13/11/2015)

Logo, mantém-se o decreto condenatório.

Subsidiariamente, a Defesa requer a aplicação do princípio da consunção do porte de arma de fogo pelo delito de tentativa de latrocínio.

Mais uma vez sem razão.

É que, o princípio da consunção é aplicável quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo.

Nesse sentido, colaciono a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS TESTEMUNHAIS – ARMA UTILIZADA PELO RÉU PARA COMETER CRIME DE ROUBO HORAS ANTES DO FATO – PORTE COMPARTILHADO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS – GRATUIDADE DE JUSTIÇA – INVIÁVEL – PEDIDO DE ISENÇÃO DEVE SER PLEITEADO PERANTE O JUÍZO DA VEP – RECURSO DESPROVIDO. 1. Admite-se o porte e a posse compartilhada de arma de fogo, excepcionalmente, quando a arma está disponível

> *ao uso de quaisquer dos agentes e, ainda, quando presentes os requisitos gerais da coautoria, quais sejam: Pluralidade de pessoas, unidade de fato, vínculo psicológico entre os participantes e relevância causal das condutas. Precedentes. 2. Apesar de a arma ter sido encontrada próxima ao banco do passageiro, onde se encontrava o comparsa do réu que assumiu a propriedade do artefato, a conduta imputada ao réu está contida na hipótese da excepcionalidade legal, configurando o chamado porte compartilhado. 3. O réu sabia que a arma estava no veículo que conduzia, pois a avistou nas mãos de seu comparsa antes de serem abordados e, ainda, porque ambos se utilizaram deste artefato para o cometimento do crime de roubo horas antes, subtraindo exatamente o veículo que ele dirigia no momento da abordagem policial, o que demonstrada a relevância causal de sua conduta e unidade de desígnios entre os réus, os quais agiam unidos por um vínculo psicológico e com um objetivo comum de praticar crimes com a arma. 4. A conduta de transportar é um dos verbos nucleares do tipo penal de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e permite a aplicação da sanção prevista no tipo penal no artigo 14 da Lei do Desarmamento. 5. O princípio da consunção é aplicável quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo. Se o porte ocorreu mais de quatorze horas após o cometimento dos crimes de roubo com emprego de arma e tentativa de latrocínio, não há que se falar em absorção daquele por estes. 6. Eventual pedido de isenção das custas processuais deverá ser pleiteado no juízo da Vara de Execuções Penais. 7. Recurso desprovido.* (TJDF; APR 2016.03.1.003746-9; Ac. 101.8791; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos; Julg. 18/05/2017; DJDFTE 29/05/2017)

No caso dos autos, os delitos foram praticados em contextos distintos, isto porque, a arma empregada no delito de latrocínio foi apreendida em momento posterior ao primeiro fato, mais precisamente no dia seguinte, na oportunidade em que preparava-se para levar o veículo até o Paraguai.

Por fim, com relação à pena-base, esta foi fixada acima do mínimo legal diante da valoração negativa das consequências do delito.

Pois bem.

Ricardo Augusto Schmitt menciona que quanto às consequências do crime *"devem ser aferidos o maior ou o menor dano causado pelo modo de agir, seja em relação à coletividade, seja em relação a vítima ou aos seus familiares"* (Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 5. ed. Salvador: Podium, 2010, p. 104).

Nesse prospecto, as consequências do delito devem ser consideradas negativas, pois, conforme relatado nos autos, o veículo subtraído sofreu perda total, de sorte que a proprietária do veículo teve que adquirir um outro veículo, em razão de possuir dois filhos especiais, tendo que pagar pelos dois veículos.

Logo, a pena-base deve ser mantida acima do mínimo legal.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo-se *in totum* a r. sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadro.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1600613-85.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator em substituição legal Sr. Juiz Waldir Marques

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AMEAÇA PRATICADA CONTRA GENITORA E IRMÃ – CONDUTA CONCRETAMENTE PERMEADA DO PROPÓSITO DE OPRESSÃO AO SEXO FEMININO – VIOLÊNCIA DE GÊNERO – INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/06 – CONFLITO PROCEDENTE.

A violência doméstica ou familiar é caracterizada pela ação ou omissão baseada no gênero, circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetificação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Segundo consta dos autos, o agressor teria ameaçado as vítimas, sua genitora e irmã, dizendo que iria colocar fogo na casa se o denunciasse. Nesse contexto, a ação encontra-se permeada do propósito de opressão decorrente da vulnerabilidade das vítimas pelo fato de serem mulheres (violência voltada ao gênero), atraindo, pois, a incidência da Lei Maria da Penha.

Conflito julgado procedente para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande.

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, julgar procedente o conflito.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Cuidam os autos de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Central em face do Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Campo Grande.

O suscitado, em decisão proferida na data de 15.02.2016, frisa que sua competência é firmada para as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher em razão de questão de gênero, ressaltando que, no caso dos autos, inexistiu o preenchimento cumulativo dos requisitos, quais sejam, relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade, e, assim declinou da ação penal ao Juizado Especial (p. 89-91).

Já o suscitante considera que o caso retratado no feito originário encontra-se subsumido à Lei nº 11.340/06, especialmente ao teor do artigo 5º, porquanto "*qualquer agressão contra mulher, em ambiente doméstico, familiar ou de intimidade, aproveitando-se de sua presumida hipossuficiência (...)"* (p. 01).

Com vista, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e provimento do conflito a fim de firmar a competência do suscitado Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (p. 112-118).

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Cuidam os autos de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Central em face do Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Campo Grande.

O suscitado, em decisão proferida na data de 15.02.2016, frisa que sua competência é firmada para as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher em razão de questão de gênero, ressaltando que, no caso dos autos, inexistiu o preenchimento cumulativo dos requisitos, quais sejam, relação íntima de afeto, motivação de gênero e situação de vulnerabilidade, e, assim declinou da ação penal ao Juizado Especial (p. 89-91).

Já o suscitante considera que o caso retratado no feito originário encontra-se subsumido à Lei nº 11.340/06, especialmente ao teor do artigo 5º, porquanto "*qualquer agressão contra mulher, em ambiente doméstico, familiar ou de intimidade, aproveitando-se de sua presumida hipossuficiência (...)"* (p. 01).

Com vista, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e provimento do conflito a fim de firmar a competência do suscitado Juízo da 2ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande (p. 112-118).

Passo ao exame do conflito.

Narra a inicial acusatória que (p. 02-03):

> *"(...) no dia 30 de abril de 2013, por volta das 12h50min, na R. J., 64, Bairro Vila Moreninha III, em Campo Grande – MS, o acusado E. B. D. ameaçou de causar mal injusto e grave as vítimas A. B. D. e M. B. D., sua genitora e irmã, respectivamente, dizendo que iria colocar fogo na casa se o denunciasse. (...).".*

Durante o registro da ocorrência, relatou a vítima, A. B. D., que:

> *"(...) desde essa data E. B. D. continua incomodando a declarante, sua irmã M. B. D. e sua sobrinha menor de idade sempre ameaçando em colocar fogo na residência e matá-las; que, a declarante teme por sua integridade e de sua família; que, quando do registro do boletim de ocorrência foi solicitado medidas protetivas de urgência, mesmo sabendo que não pode se aproximar E. B. D. não para de incomodar a declarante e sua família; que, a declarante alega que E. B. D. sempre invade sua residência e caso a declarante não abra a porta ele a arromba (...)"* (p. 11).

No mesmo sentido foram as declarações da outra vítima, M. B. D., na fase policial (p. 14).

Pois bem.

Como é cediço, o conceito de violência doméstica ou familiar vem definido no art. 5º, da Lei nº 11.340/06, sendo que sua exteriorização ocorre nas hipóteses tratadas pelo art. 7º do mesmo diploma legal.

Eis a redação dos referidos dispositivos:

> *"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:*
>
> *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.*
>
> *(...)"*
>
> *"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".*

Da análise dos referidos dispositivos, é possível depreender que a violência doméstica ou familiar é caracterizada pela "ação ou omissão baseada no gênero", circunstância que pressupõe uma relação de superioridade ou objetificação da mulher pelo homem, em decorrência da discriminação do sexo feminino. Aliás, a violência de gênero dar-se-á em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

De fato, não basta a mera violência contra a pessoa do sexo feminino, integrante do círculo de amizade ou familiar do agressor; é preciso que a violência praticada tenha por motivação a opressão ao gênero feminino, circunstância que se vislumbra presente no caso em tela.

Ora, o acusado e as vítimas possuem laços de parentesco. Outrossim, a narrativa da ocorrência indica que o ato praticado fora perpetrado em virtude da vulnerabilidade das vítimas pelo fato de serem mulheres (violência voltada ao gênero), já que o acusado, aparentemente, havia ameaçado de colocar fogo na residência delas e matá-las.

Nada obstante a ausência de coabitação, tal fator desponta como de somenos importância para definição acerca da incidência da Lei nº 11.340/06, consoante expressamente dispõe seu art. 5º, III.

Assim, verificando-se - em tese - a ocorrência de crime de ameaça contra mulher praticada em decorrência de sua vulnerabilidade e no âmbito de relação íntima de afeto, na qual conviveram o acusado e as ofendidas, tem-se como presentes os requisitos caracterizadores da violência de gênero, atraindo, pois, a competência de uma das Varas de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande.

Destarte, ante ao exposto, com o parecer, julgo procedente o conflito de jurisdição e, em consequência, declaro competente a 2ª Vara de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher de Campo Grande para processar e julgar o processo que deu origem a este feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente o conflito.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadro.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2018.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000033-71.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO MINISTERIAL – LESÃO CORPORAL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO – ACOLHIDA – RECONCILIAÇÃO DO CASAL – IRRELEVÂNCIA – TIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO PROVIDO.

Ao julgar a ADI 4424/DF, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à constituição ao artigo 41 da Lei 11.340/2006, assentando a natureza pública incondicionada da ação nos casos de lesões corporais praticados mediante violência doméstica e familiar. Tal decisão legitimou a edição da súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: *"A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública e incondicionada"*. Ainda na mesma linha de evolução jurisprudencial, o mesmo Tribunal vem decidindo, reiteradamente, que não se aplicam os princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e contravenções praticados com violência ou ameaça contra a mulher, no âmbito das relações domésticas. E nem mesmo a reconciliação do casal pode ser interpretada como atipicidade material ou como causa de não aplicação da pena.

Com o parecer, recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de março de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Vistos, etc...

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 2ª Vara de Cassilândia, MS (p. 77 – 86), que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e absolveu L. R. M. do delito de lesão corporal, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Dos autos consta que no dia 15 de novembro de 2013, por volta das 04h00min, na Avenida Juracy Lucas, Centro, em Cassilândia, MS, o denunciado ofendeu a integridade corporal de sua ex-convivente E. M. S., causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Em razões recursais (p. 104 – 115), o Ministério Público Estadual pugna a condenação de L. R. M. nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal. Por fim, apresenta prequestionamento.

L. R. M., em contrarrazões (p. 120 – 123), pleiteia o não provimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (p. 131 – 137), opina pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 2.ª Vara de Cassilândia, MS (f. 77 – 86), que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e absolveu L. R. M. do delito de lesão corporal, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Dos autos consta que no dia 15 de novembro de 2013, por volta das 04h00min, na Avenida Juracy Lucas, Centro, em Cassilândia, MS, o denunciado ofendeu a integridade corporal de sua ex-convivente E. M. S., causando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Em razões recursais (f. 104 – 115), o Ministério Público Estadual pugna a condenação de L. R. M. nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal. Por fim, apresenta prequestionamento.

L. R. M., em contrarrazões (f. 120 – 123), pleiteia o não provimento do recurso ministerial.

Passo à análise do recurso.

O órgão ministerial pugna a condenação de L. R. M. nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal.

Razão lhe assiste.

A materialidade está comprovada pelo Boletim de Ocorrência (f. 09 e 17 - 18), Termo de Declaração (f. 11), Termo de Representação (f. 12 - 13), Termo de Depoimento (f. 15), Laudo Pericial (f. 23 - 24) e Auto de Qualificação e Interrogatório (f. 25 - 26).

A autoria também é certa.

Perante a autoridade policial, a vítima declarou como se deram os fatos:

> *"(...) Que na data dos fatos, a Declarante se encontrava no Bar Purê Country, quando o autor a chamou para conversar, momento em que a Declarante adentrou no veículo dele, ao que então o acusado motivado por ciúmes começou a proferir xingamentos contra a Declarante, de "biscate, vagabunda, puta e outros xingamentos; Que a Declarante menciona que em seguida desferiu vários tapas contra o rosto da vítima, lhe restando lesões em sua face; Que a Declarante diz que teme por sua integridade física, pois fatos semelhantes já ocorreram anteriormente, inclusive já foi agredida fisicamente pelo autor, entretanto não registrou ocorrência sobre os fatos; Que a Declarante menciona que teve custos altos em médicos, sendo pegos pelos genitores da Declarante."* (f. 11).

Em juízo (arquivo mídia, f. 75), a vítima confirmou que o réu realmente a agrediu e que as lesões descritas no laudo de exame de corpo de delito foram causadas por L. R. M..

No mesmo sentido, tem-se o depoimento da genitora da vítima T. M. de M. S., que informou que no outro dia após as agressões a vítima chegou em sua residência, por volta das 10 horas, e estava visivelmente machucada, pois estava com o olho vermelho, a bochecha mordida, a boca cortada por dentro e o nariz quebrado. Afirmou que não era a primeira vez que a vítima era agredida pelo réu. Que como mãe acompanhou a vítima até a delegacia para o registro da ocorrência, que prestou auxilio à vítima custeando cirurgia plástica no nariz da vítima, a qual passou a residir em sua companhia. Que a vítima residiu por dois meses na sua residência, até que esta retomou o relacionamento com o réu e que a partir de então não frequenta a residência da filha e possuem pouco contato (arquivo mídia, f. 75).

Tem-se, ainda, a confissão do apelado L. R. M., que relatou que no dia dos fatos deu várias "mãozadas" no rosto da vítima e que a agarrou pelo cabelo e que a vítima teria batido o nariz no cambio do carro causando uma luxação no nariz (arquivo mídia, f. 75).

Como se vê, não restam dúvidas acerca dos fatos descritos na denúncia.

Outrossim, ao julgar a ADI 4424/DF, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme à constituição ao artigo 41 da Lei 11.340/2006, assentando a natureza pública incondicionada da ação nos casos de lesões corporais praticados mediante violência doméstica e familiar. [...]" (RHC 45444 MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 20/05/2014).

Tal decisão legitimou a edição da súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: *"A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública e incondicionada"*.

Ainda na mesma linha de evolução jurisprudencial, o mesmo Tribunal vem decidindo, reiteradamente, que não se aplicam os princípios da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes e contravenções praticados com violência ou ameaça contra a mulher, no âmbito das relações domésticas. E nem mesmo a reconciliação do casal pode ser interpretada como atipicidade material ou como causa de não aplicação da pena, veja-se:

> *PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ART. 129, § 9º, DO CP – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O princípio da bagatela imprópria não tem aplicação aos delitos praticados com violência à pessoa, no âmbito das relações domésticas, dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal em desnecessidade da pena (HC 331.580/MS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015). 2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1463975/MS - T6 - Sexta Turma - Minº Nefi Cordeiro - julgamento em 22/08/2016)

Ademais, recentemente a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 589, a qual dispõe que *"é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas."*. Portanto, incabível a aplicação do princípio da bagatela imprópria.

Igualmente, tem-se o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

> *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.* (TJMS. Apelação nº 0001640-22.2014.8.12.0007, Cassilândia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Paschoal Carmello Leandro, j: 06/06/2017, p: 08/06/2017)

Desta forma, 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.

Por consequência, passo a dosimetria da pena do crime de lesão corporal (art. 129, § 9º, do Código Penal), nos termos dos arts. 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 apresenta antecedentes criminais (f. 47 - 48).

- 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 (art. 129, § 9º do Código Penal), em 04 (quatro) meses de detenção, já observada a forma qualificada no âmbito da violência doméstica.

Na segunda fase, inexistem agravantes. A atenuante da confissão é reconhecida, razão pela qual, reduzo a pena para o mínimo legal de 03 (três) meses de detenção.

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 art. 33, *caput*, § 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.

Nos termos do art. 44 do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O apelado também não faz jus à substituição condicional da pena, nos termos do art. 77, inc. II, do Código Penal.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso para condenar L. R. M. nas penas do art. 129, § 9º, do Código Penal, em 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros

Relator, o Exmo. Sr. O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva e Des. Jairo Roberto de Quadro.

Campo Grande, 01 de março de 2018.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Juízes de MS julgaram mais de 322 mil processos em 2017 - 09/01/2018



Entre os meses de janeiro e dezembro de 2017, os juízes do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul julgaram 322.302 processos em 1º Grau (Justiça Comum e Juizados). Destes, foram 200.674 sentenças proferidas na Justiça Comum e 121.628 nos Juizados, de acordo com dados estatísticos referentes a processos e procedimentos apurados pela Assessoria de Planejamento do TJMS.

Atualmente estão em andamento 809.828 feitos em 1º Grau, dos quais 698.726 tramitam na Justiça Comum e 111.102 nos Juizados Especiais. No último ano foram distribuídos 429.225 processos/procedimentos em todas as comarcas de MS, sendo 306.364 na Justiça Comum e 122.861 nos Juizados Especiais.

Dados do início do ano de 2018 apontam que as quatro comarcas sul-mato-grossenses de Entrância Especial concentram 60% dos processos/procedimentos em andamento no Estado: Campo Grande possui 388.623 feitos em andamento, Dourados, 49.340, Três Lagoas, 35.096, e Corumbá, 19.913 processos.

Em relação às movimentações do Poder Judiciário, no ano de 2017 os juízes sul-mato-grossenses proferiram, além das sentenças, 339.425 decisões interlocutórias e 717.340 despachos na Justiça Comum. Nos Juizados, foram 48.731 decisões interlocutórias e 132.528. O total geral da movimentação foi de 388.156 decisões interlocutórias e 849.868 despachos.

Processos Eletrônicos – Dos processos em andamento no Poder Judiciário de MS em 1º Grau, 760.382 (93,89%) tramitam no formato eletrônico, com apenas 49.446 processos físicos (6,11%) ainda em tramitação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Servidores em movimento: equipe da Carreta da Justiça leva rotina nada usual
09/01/2018



O programa Judiciário em Movimento criou na Justiça sul-mato-grossense um novo ritmo de trabalho para o grupo de servidores e o próprio magistrado que atua na Carreta da Justiça. Percorrendo as cidades mais longínquas e pequenas de Mato Grosso do Sul, eles esbarram muitas vezes na falta de estrutura hoteleira para acomodá-los, entre tantas outras situações que somente quem vive com o pé-na-estrada sabe compreender.

Bom humor para superar as adversidades tem sido a chave da equipe que cativa muitas amizades e admiradores por onde passam. “Em cada novo local eu recebo uma enxurrada de novas solicitações de amizades no Facebook”, afirma o juiz que atua na Justiça Itinerante do Estado de MS, Luiz Felipe Medeiros Vieira, magistrado, aliás, muito conhecido pelo seu jeito extrovertido de ser.

Bem-humorado, ele chega a tirar fotos de alguns hotéis em que se hospeda, registrando algumas cenas inusitadas, com direito a selfie com o chiclete verde grudado na cabeceira da cama. Neste quarto, por exemplo, o guarda-roupas não tinha uma porta e a privada estava sem o assento, o que, aliás, foi motivo para o juiz tirar uma foto com o “antes e depois”, após conseguir na recepção um assento para o vaso. O serviço do hotel incluiu ainda um recém-instalado ar condicionado split, conforme o reboco da obra mostrava, um sabonete usado de brinde e uma “TV 4K”, segundo brinca o magistrado.

“Não nos importamos com luxo, pode ser simples, desde que seja limpinho”, afirma a chefe de cartório, Renata Queiroz. “O complicado é chegar num hotel com coleção de sete ou oito sabonetes usados, entre outras nojeiras”, afirma a servidora Ivani Andrade. Em geral, cada cidade oferece uma opção de pousada, então, quando a situação é muito crítica, o único jeito do grupo é se alojar em cidades vizinhas ou correr para a casa de parentes e amigos.

Foi o que fizeram após as tentativas de descanso noturno não surtirem efeito diante da “dança dos ratos” no forro do quarto onde se hospedavam, contam os servidores e xarás Rafael e Rafael. Um deles, aliás, numa caminhada com o grupo no fim de tarde, encontrou uma cachorrinha perdida. Eles retornaram com o filhote pela trilha por mais de uma hora e, apelidada de nada menos do que “carretinha”, a cadelinha ganhou direito a visita no veterinário e acabou adotada por um morador da cidade onde estavam.

Se às vezes muitos não veem a hora de chegar a sexta-feira para se despedir do rostinho dos colegas de serviço, esta realidade pode ser bem mais aguardada pelo grupo da Carreta. Isto porque algumas semanas

se tornam bastante cansativas, pois, ter que tomar café da manhã com seus colegas, almoçar e jantar juntos, fazer uma caminhada no final de tarde com a equipe de trabalho e, tudo isto após permanecerem o dia todo trabalhando juntos, pode ser ainda agravado pela noite juntos. Isto mesmo, pois, muitas vezes, por falta de vagas, os servidores precisam dividir o quarto com o colega de serviço, único momento do dia, que, teoricamente, eles teriam uma privacidade para si e para entrar em contato com seus familiares.

Até mesmo os finais de semana para o grupo da Justiça Itinerante de MS são mais curtos. Dependendo da localidade, eles viajam já no início da tarde de domingo para, no outro dia cedo, cumprirem expediente na Carreta.

Mas eles também têm muitos pontos positivos a comemorar: a equipe recebeu ao longo do ano de 2017 três monções honrosas por onde passaram. A última homenagem foi da Câmara de Vereadores de Figueirão. Fora que, em alguns locais, eles são tão bem recebidos que se tornam uma espécie de celebridade, com direito a pedidos da população local para tirar fotos com a equipe do Judiciário.

Brincadeiras a parte, o juiz e os servidores da Carreta da Justiça merecem do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul um especial agradecimento pelo exemplar trabalho executado durante todo o ano de 2017, rotina que muitos, aliás, não se disporiam a cumprir. Deixando pais, namorados (as), esposas, maridos e filhos para pegarem a estrada e cumprirem seu expediente itinerante ao longo de várias e várias semanas.

Um grupo que, certamente, fez a diferença na vida de muitos jurisdicionados de Mato Grosso do Sul, quebrando paradigmas, fazendo amigos e mostrando que a justiça vai até o portão da casa daqueles que mais encontram dificuldades de bater às portas do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário de MS agradece a toda a equipe da Carreta da Justiça:

Luiz Felipe Medeiros Vieira – juiz

Renata Queiroz Alves Nakamura – chefe de cartório

Renata Berg Villas Boas– conciliadora

Rafael Cândia José – conciliador

Rafael Damiani Guenka – assessor jurídico

Ivani Corrêa Andrade – analista judiciário

Edvana de Andrade Farias – analista judiciário

José Carlos Francisco da Silva – motorista da Carreta

Além dos ATIs do Centro Integrado de Justiça (Cijus) que se revezam semanalmente.

Agradecimento ainda ao grupo de PMs que, em turnos de revezamento, fazem a escolta, segurança e patrulha da carreta e segurança do juiz a cada semana.

Calendário – As atividades da Carreta da Justiça deste ano recomeçam em Ladário, de 22 a 26 de janeiro. A seguir será a vez de Bodoquena, de 29 de janeiro a 2 de fevereiro, e Guia Lopes da Laguna, de 5 a 9 de fevereiro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cijus implanta benfeitorias de acessibilidade e mobilidade - 10/01/2018



O expediente Forense no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul em 2018 iniciou-se no dia 8 de janeiro e o Centro Integrado de Justiça (Cijus) abriu as portas ao público com algumas benfeitorias para atender melhor ao cidadão, magistrados, servidores, estagiários e funcionários das empresas terceirizadas.

Inaugurado há pouco mais de um ano, o prédio do Centro Integrado de Justiça passou por algumas reformas durante o recesso com o intuito de melhorar a acessibilidade. Para isso, no saguão principal, a escadaria que dá acesso ao piso superior recebeu nova pintura nos degraus, deixando uma boa sinalização, fundamental para garantir o acesso de maneira autônoma e segura às pessoas com mobilidade reduzida. Além disso, o prédio, na entrada da Avenida Calógeras, possui um elevador panorâmico disponibilizando uma melhor mobilidade aos cadeirantes.

Ainda com as novas benfeitorias, os servidores, magistrados, estagiários, mirins e terceirizados que utilizam bicicletas como um transporte alternativo já podem contar com um bicicletário no subsolo, na entrada da Rua 26 de Agosto.

Assim, a direção ressalta que está sempre à disposição de todos aqueles que trabalham e colaboram no Cijus com o intuito de melhorar a qualidade do expediente diário.

Por fim, a direção do Cijus deseja um ano promissor a todos os serventuários da justiça e demais colaboradores do Centro Integrado de Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargadores cumprem meta do CNJ e julgam mais de 48 mil processos em 2017
10/01/2018



Os desembargadores do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul finalizaram os trabalhos do ano de 2017 com mais uma meta cumprida no julgamento das demandas da população sul-mato-grossense. De janeiro a dezembro foram julgados 48.595 processos, superando a distribuição no período, que totalizou 45.801 feitos, cumprindo assim a Meta 1 do Conselho Nacional de Justiça, de julgar mais processos que os distribuídos.

Os órgãos julgadores que se destacaram com o maior número de processos julgados foram a 1ª Câmara Cível, com 11.086 processos julgados pelo colegiado, seguida pelas 5ª e 2ª Câmaras Cíveis, com respectivamente, 6.011 e 5.432 processos.

Dados obtidos na ferramenta BI apontam que o Tribunal de Justiça de MS inicia o ano de 2018 com 18.865 processos em andamento, sendo 18.372 eletrônicos (97,4%) e 493 físicos (2,6%). Os dados são referentes ao Órgão Especial, Seções e Câmaras do Tribunal de Justiça.

Os resultados alcançados no ano de 2017 reforçam o compromisso dos desembargadores do TJMS para a efetiva resolução das demandas da população sul-mato-grossense que busca o Poder Judiciário para a solução de seus conflitos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Itinerante da Capital fez mais de 38 mil atendimentos em 2017
10/01/2018



As duas unidades de atendimento da 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante de Campo Grande – registraram 38.274 atendimentos em 2017, nos 16 bairros que recebem os ônibus na Capital. O destaque, como sempre, é o serviço de conversão de união estável em casamento, que no ano passado somou 4.187 casais que selaram seu matrimônio. O serviço volta a atender a população no dia 15 de janeiro e terá uma mudança em um dos locais de atendimento, sendo que o Jardim Carioca receberá o ônibus no lugar do Jardim Aeroporto.

Sob o comando do juiz Cezar Luiz Miozzo, o serviço percorre os bairros afastados do Centro e com grande número de moradores. Todo o atendimento prestado é gratuito e prestado de forma rápida, fazendo valer os direitos da população, auxiliando e procurando solucionar suas pendências judiciais.

As duas equipes da Justiça Itinerante vão com os ônibus aos 16 bairros, atendendo as diversas regiões da cidade, sendo o bairro Piratininga o local com maior procura pelo serviço do Poder Judiciário de MS, com 6.632 atendimentos e orientações jurídicas, 1.701 ações abertas no ano, além de ter sido o local onde mais foram realizadas as conversões em casamentos. Os bairros São Conrado e Santo Amaro também têm grande procura pelo serviço, tendo registrado 5.973 e 4.312 atendimentos, respectivamente.

Depois das conversões de união estável em casamento, o segundo serviço mais procurado em 2017 foi o divórcio direto, com 1.952 casos em que houve acordo na audiência de conciliação. Outros serviços, também muito procurados, são o cumprimento de prestação de alimentos, pedido de alimentos, investigação de paternidade e pedido de guarda de filhos.

A Justiça Itinerante garante facilidade e rapidez nos serviços prestados, além de não gerar nenhum custo à população. Tem a competência de conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não exceda 40 salários-mínimos, bem como as causas relativas a direito de família.

O atendimento é realizado de segunda a quinta-feira, das 7 horas às 11h30, de acordo com a ordem de chegada. Mais informações podem ser obtidas nos telefones 3314-5503 ou 3314-5510, das 12 às 19 horas.

Calendário – Confira no link http://www.tjms.jus.br/consultas/justica_itinerante.php o calendário de atendimento da Justiça Itinerante nos Bairros de Campo Grande. Na página da internet também é possível tirar dúvidas sobre a documentação necessária, quais ações podem ser propostas, entre outros assuntos.

Dourados – Em Dourados, a Justiça Itinerante atua em parceria com a Unigran, UEMS e UFGD. O início das atividades em 2018 será no dia 6 de fevereiro com o atendimento no bairro Terra Roxa II.

Na comarca de Dourados também são atendidos pelo ônibus as seguintes localidades: Cachoeirinha, Canaã I, Jardim Guaicurus, Parque do Lago II, Jardim Europa, Bairro Jóquei Clube e Jardim Monte Carlo, além do município de Laguna Carapã.

O horário de atendimento é de segunda a quinta-feira, das 13h30 às 17 horas (de acordo com a ordem de chegada e senhas limitadas), conforme o calendário. Mais informações pelo telefone 3902-1003.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal do Júri julga mais de 200 acusados em 2017 na Capital - 12/01/2018



De acordo com dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desde 2015 o Tribunal de Justiça de MS ocupa a primeira posição como a Corte que mais julga, proporcionalmente, processos de competência do Tribunal do Júri. Isso se deve, em grande parte, ao trabalho célere desenvolvido pelas duas Varas da Capital responsáveis por esse tipo de procedimento. Juntas, elas levaram a julgamento 212 acusados ao longo do ano de 2017.

O Tribunal do Júri, instituído no Brasil desde 1822, é formado por um juiz togado e um colegiado de sete jurados, composto por cidadãos maiores de 18 anos, eleitores, sem antecedentes criminais e prestam esse serviço de forma gratuita e voluntária. É essa corte a escolhida pela Constituição Federal para julgar os crimes que mais chocam a sociedade, os que atentam contra a vida. São, portanto, os jurados do conselho de sentença que declaram a culpa ou a inocência dos réus que são acusados dos mais variados tipos de homicídio, bem como de infanticídio, de aborto e de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Em 2017, os jurados garantiram 114 condenações, 69 absolvições e 29 desclassificações, que é quando há o entendimento de que o réu cometeu, em tese, crime diferente daquele a que estava sendo imputado. Logo, mais de 50% dos réus tiveram suas acusações confirmadas pelo Tribunal do Júri.

O número expressivo de julgamentos realizados durante o ano passado pode ser considerado como o resultado de diversos elementos. Além do empenho e compromisso dos juízes das varas do Tribunal do Júri, Carlos Alberto Garcete de Almeida e Aluizio Pereira dos Santos, em dar à sociedade uma resposta rápida a este tipo de crime, evitando assim que caiam no esquecimento e seja gerada uma sensação de impunidade,

as várias ferramentas tecnológicas à disposição dos magistrados proporcionam mais agilidade na tramitação desse procedimento. Processos eletrônicos, audiências por videoconferência e o GPS de preso – sistema capaz de apontar a situação processual exata dos presos provisórios – são exemplos a serem citados.

Outro fator que contribuiu para a realização de tantos julgamentos foi o apoio recebido pelas duas Varas do Tribunal do Júri de juízes voluntários, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da OAB durante os mutirões organizados em 2017.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Fórum da Capital registra 832 distribuições durante plantão do recesso forense 16/01/2018



A protocolização de petições nos mais variados procedimentos e, até mesmo, de novos processos pode ser considerada uma atividade ininterrupta desenvolvida pelo Poder Judiciário, principalmente após o advento do processo eletrônico. Assim, mesmo durante o recesso forense, que compreendeu o período entre 20 de dezembro de 2017 e 6 de janeiro de 2018, foram recebidos somente pelo Cartório Distribuidor de Campo Grande um total de 832 novas peças processuais.

Na área cível, houve distribuição das mais diversas, incluindo cartas precatórias, regulamentação de visitas, reintegrações de posse, protesto, notificação, entre outras. Foram os procedimentos penais, no entanto, que predominaram durante o recesso. 184 flagrantes, nos quais se incluem 8 apreensões de menores, 79 inquéritos policiais, 34 liberdades provisórias e 6 habeas corpus, são alguns dos números contabilizados.

As distribuições relacionadas à violência contra a mulher, infelizmente, continuam muito expressivas. Foram 263 medidas protetivas de urgência neste último recesso, contra 248 do feriado forense anterior. Um aumento de 15 procedimentos que denota o grande desafio ainda existente para frear essa triste realidade da sociedade. Soma-se a esse quantitativo as 28 prisões preventivas, de um total de 33, distribuídas só para as varas de violência doméstica da Capital.

O coordenador do Cartório de Distribuição de Campo Grande, Renato Brito Escobar, explica que neste último recesso o cartório teve que lidar com um número menor de procedimentos, em razão de uma reestruturação dos serviços. “Em meados de 2017, a CPE – Central de Processamento Eletrônico –

começou a fazer o trabalho de distribuição das petições iniciais enviadas pelo e-SAJ. Por um levantamento que nós fizemos, a CPE assumiu cerca de 30% do nosso serviço, o que levou até a uma redução de 50% dos servidores do cartório".

No que diz respeito às demais atribuições do Cartório de Distribuição, Renato Brito Escobar entende que seu volume foi similar ao dos anos anteriores.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargador adota whatsapp e elimina papel no gabinete
24/01/2018



Em consonância com as práticas adotadas pelo Poder Judiciário, em relação à contenção de gastos e uma gestão mais sustentável, o Des. Alexandre Bastos instituiu, em seu gabinete, práticas que reduzam ao máximo o uso de papel como, por exemplo, a disponibilização de um número de *whatsapp* para a comunicação com os advogados.

O desembargador vê essa inovação como uma forma de incentivar práticas mais sustentáveis e também de estreitar a comunicação com advogados, pois, a partir do número disponibilizado, podem ser enviados pelo próprio aplicativo, memoriais e apontamentos a respeito de processos.

"Do que adianta não ter papel no gabinete se eu não disponibilizar ao advogado uma forma alternativa ao papel? Eles também poderão comunicar-se comigo, por exemplo, para pedir uma celeridade em processos que tenham prioridades/urgências. Na verdade, estou abrindo mais uma alternativa de comunicação, mantendo todas as demais", explica.

Para informar os jurisdicionados sobre a inciativa, os votos que saírem do gabinete estarão identificados com o selo "Gabinete Sem Papel", como forma de destacar o esforço empenhado nessa ação sustentável. O número do *whatsapp* será impresso no rodapé do documento.

Além de contribuir para uma prática mais sustentável, a tecnologia ajuda a dar mais celeridade aos processos, tendo em vista que os meios eletrônicos permitem o acesso rápido de onde a pessoa estiver, bastando ter acesso à internet.

Vale lembrar que todas essas ações não restringem o acesso ao advogado que trouxer os memoriais em papel, pois, o desembargador os aceitará da mesma forma.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Reinaugurada a Sala da OAB no fórum de Campo Grande - 24/01/2018



No início dessa semana, após a reforma e reestruturação o ambiente, foi entregue a Sala da OAB no Fórum da Capital, que agora conta com computadores e mobiliários novos para o atendimento das exigências e expectativas da advocacia campo-grandense.

Antes de parabenizar os advogados pela nova casa dentro do Fórum de Campo Grande, o Diretor do Foro da Capital, juiz as gestões à frente dessas instituições. “Esperamos que esse espírito de colaboração e compreensão da realidade de cada um prevaleça e tenhamos o melhor relacionamento possível”.

O presidente da OAB, Mansour Elias Karmouche, ressaltou a importância do espaço destinado aos advogados dentro do prédio do Fórum da Capital. “Principalmente aqui, no Fórum Central, onde tramitam a maioria das causas do Estado e também onde quase todos os advogados estão atuando, é muito importante que a gente deixe uma estrutura condigna à altura da advocacia sul-mato-grossense”.

Karmouche salientou o diálogo constante com a magistratura no sentido de aproximar as instituições. “As ações da direção do Foro e da OAB/MS tem sido no sentido de criar um ambiente o mais favorável possível para um bom relacionamento entre as instituições, até porque precisamos uns dos outros”.

Estiveram presentes no evento, além do Diretor do Foro e do presidente da OAB/MS, o presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), juiz Fernando Chemin Cury; o juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, Alexandre Tsuyoshi Ito; o vice-presidente da OAB/MS, Gervásio Alves de Oliveira Jr. e o presidente da Caixa de Assistência dos Advogados de MS (CAAMS), José Armando Amado, entre outras autoridades.

A sala da OAB no Fórum da Capital fica no andar térreo, ao lado do balcão da entrada pela Rua Barão do Rio Branco.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Código de Trânsito completa 20 anos e juízes falam sobre sua eficácia - 25/01/2018



O Código de Trânsito brasileiro completou essa semana 20 anos de vigência. Um avanço considerado importante em termos de rigor na punição de infrações, contudo, ainda existe um desrespeito muito grande à lei em todo o país.

Beber e dirigir passaram a ser crime com o Código de Trânsito, entretanto, a prática é comum nos municípios brasileiros. Em 2008, a Lei Seca aumentou a punição e diminuiu a tolerância. Celular, dirigir acima da velocidade, estacionar em local proibido, tudo passou a ser punido com mais rigor. Os exames médicos, que antes do código eram exigidos apenas para tirar a carteira de habilitação, passaram a ser renovados a cada cinco anos.

Apesar dos esforços para tornar a lei mais dura, infelizmente o número de mortes no trânsito no Brasil não diminuiu, ao contrário. De acordo com o divulgado na imprensa, foram mais de 35 mil mortes em 2007, antes do código, e o balanço mais recente mostra mais de 37 mil mortes.

Com números tão alarmantes será que é possível perceber um aumento no número de processos que envolvem acidentes de trânsito com mortes? Para o juiz Evandro Endo, da comarca de Itaporã, infelizmente sim. “Hoje o que predomina nas prisões em flagrante é a violência doméstica e a embriaguez ao volante”, aponta.

O juiz Wilson Leite Corrêa, da 4ª Vara Criminal de Campo Grande, não vislumbra tal aumento, mas ressalta que não são todas as mortes no trânsito que resultam em processos criminais. “Para que exista um processo criminal é necessário provar que o condutor tenha causado o acidente por dolo ou culpa”, esclarece.

Não há como negar que o trânsito, principalmente nos grandes centros, está cada vez mais difícil. É perceptível que no país houve um aumento da frota de veículos. Seria esse um dos motivos que impediriam a redução do número de acidentes?

"Não acredito que apenas o aumento da frota veicular seja o motivo para o aumento das mortes no trânsito, mas sim a falta de conscientização e a cultura de que as fiscalizações de trânsito são inócuas e raras. A ideia de que só se deve respeitar as normas de trânsito quando existe uma blitz policial à vista ou notificada por uma rede social é lamentável e reprovável", opinou Evandro.

Para Wilson, o fato de não haver redução do número de acidentes e mortes parece estar mais ligado à ausência de cuidados dos condutores. "Mas em certos casos também tem relação com a deficiência na fiscalização", completa.

Acostumados a julgar processos que envolvem questões de trânsito, será que os juízes acreditam que seria melhor aumentar a fiscalização ou educar os motoristas? O juiz de Itaporã defende que a educação e a conscientização são o primeiro passo. "Em seguida é importante contar com o avanço tecnológico para se fiscalizar de maneira inteligente, econômica e, com isso, eficaz".

O titular da 4ª Vara criminal lembra que os recentes acidentes em Campo Grande, com maior repercussão na mídia, ocorreram durante a madrugada. "Basta fazer uma retrospectiva deles para se chegar a essa conclusão. Nesse horário a fiscalização de trânsito é muito pequena, praticamente inexistente. Acredito que uma mudança nessa realidade poderia diminuir a quantidade de acidentes graves que ocorrem nesse horário".

Questionado se a Lei nº 12.971/14, chamada de Lei do Racha, teve algum efeito prático que auxiliasse na redução do número de acidentes, Evandro Endo respondeu que as inovações legislativas, muitas vezes, seguem clamores populares de ocasião e, por isso, nem sempre se tornam efetivas.

"Quanto à previsão sobre corridas proibidas, não raras às vezes, se resultar em morte, gera o indiciamento pelo homicídio qualificado previsto no Código Penal, afastando-se a incidência até mesmo do Código de Trânsito, ou seja, gera a possibilidade de uma punição maior e baseada no Código Penal de 1940".

Será que os juízes entendem que existe alguma mudança que pode tornar o trânsito melhor?

"Como dito, a mudança de cultura dos motoristas e o implemento de novas tecnologias na fiscalização como câmeras, lombadas eletrônicas, drones, bafômetros novos e em maior número", concluiu Evandro.

"A legislação tem tornado crime e agravado a pena de várias condutas referente aos ditos crimes de perigo abstrato. Por tais crimes busca-se punir o condutor por infrações de trânsito antes que ocorram resultado como acidentes, lesões ou mortes no trânsito. Entendo que isso não está surtindo efeitos e gera incongruências. A pena para quem se envolve em acidente de trânsito e lesiona alguém e menos grave se comparada com a pena para quem dirige sob efeito de álcool, mesmo que este não seja causador de qualquer acidente. Acho que um dos caminhos é punir de forma mais severa quem causa acidentes, principalmente aqueles que causem lesões e mortes no trânsito", finalizou Wilson.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Com opção on-line gratuita, Fórum registra alta procura por certidões - 01/02/2018



Mesmo com o serviço disponibilizado gratuitamente pela internet, neste início de ano o Fórum de Campo Grande tem registrado uma grande procura pelo serviço de emissão de certidões pessoalmente. Segundo o setor de Protocolo/Distribuição, local onde as certidões são solicitadas, a maioria do público é formada por profissionais da educação convocados para trabalhar tanto nas escolas municipais quanto nas estaduais.

O ideal é que a solicitação seja feita pela internet, pois, além de ser gratuita, fica disponível na hora. Já *in loco*, o prazo para confecção é de três dias úteis, além do que certidões cível e de falência têm um custo de R$ 35,98 cada.

Para fazer o pedido pessoalmente é preciso ter em mãos a fotocópia do RG e do CPF. Quem for solicitar a certidão em nome de alguém, precisa também das cópias dos seus próprios documentos, além das fotocópias do solicitante.

O pedido pelo site do TJMS é feito pelo link http://www.tjms.jus.br/esaj/portal.do?servico=810000. Ao ser solicitada, o sistema encaminhará automaticamente a certidão negativa para o e-mail cadastrado pelo usuário.

A certidão on-line tem a mesma validade da física, podendo ainda ter sua autenticidade verificada pelo mesmo link onde a emissão é feita. Ela deve ser aceita em todos os locais e órgãos municipais, estaduais e federais.

Somente em algumas situações a certidão não pode ser emitida pela internet, como, por exemplo, quando o sistema aponta a existência de homônimos ou ainda de certidão positiva. Nestes casos, o interessado precisará se dirigir pessoalmente ao Fórum.

No entanto, mesmo diante de tantas facilidades, o Fórum de Campo Grande tem registrado uma média de 300 pedidos diariamente, o que vem sobrecarregando o setor que é responsável por diversas outras atividades além das emissões de certidão, que, teoricamente, somente deveriam ser feitas fisicamente nas exceções mencionadas anteriormente.

Quem tiver alguma dificuldade na emissão on-line do documento deve acionar a Central de Serviços de TI do Poder Judiciário pelo telefone 3314-1718. O atendimento é de segunda a sexta-feira, das 7 às 20 horas, exceto feriados estaduais e nacionais. Vale destacar que o sistema de emissão de certidões está operando normalmente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Renovado convênio do NAT-JUS e população tem melhorias no serviço de saúde



Na manhã desta quarta-feira (7), no Gabinete da Prefeitura, foi assinada a renovação do Convênio do Núcleo de Apoio Técnico (NAT-JUS), por mais 24 meses, pelo Des. Nélio Stábile, coordenador do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde, e pelo prefeito de Campo Grande, Marcos Trad. A continuação do convênio permite que a população tenha acesso facilitado a serviços de saúde, além de buscar equalizar os gastos públicos. No período da tarde o aditivo ao convênio foi assinado pelo presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran.

O contrato anterior expira no próximo dia 15 de fevereiro. A renovação garante mais 24 meses de atuação dos profissionais da saúde, cedidos pela prefeitura e pelo Estado, que atuam no Núcleo. "O presidente do Tribunal é figura fundamental para a existência do Comitê e do Núcleo de Apoio Técnico (NAT), que funciona dentro do Tribunal de Justiça. O Poder Judiciário de MS, alinhado ao Conselho Nacional de Justiça, criou esse Comitê e o presidente deu todo o apoio, principalmente agora, na necessidade de ampliação do NAT-JUS, que já ocorreu, e na prorrogação do prazo por mais 2 anos. É de fundamental importância essa participação e apoio do presidente do Tribunal de Justiça", destacou o Des. Nélio Stábile.

O desembargador explica que o NAT-JUS é um órgão consultivo que dá embasamento para os magistrados que tem que decidir sobre pedidos relativos à saúde pública. Para ele, tanto o Núcleo como o Comitê da Saúde servem para dar tratamento adequado às demandas judiciais que, todos os anos, desaguam na justiça – a chamada "Judicialização da Saúde".

"São dois pontos principais a serem enfrentados para diminuir o número de ações judiciais: evitar ações desnecessárias e tornar as ações em trâmite sem objeto, pois o próprio Poder Público está atendendo às demandas", pontua Stábile.

Marcos Trad, prefeito da Capital, diz acreditar neste trabalho para melhoria das condições das pessoas. “Todas as vezes que as instituições se unem a cidade se desenvolve. Ainda mais uma instituição séria e de credibilidade que é o Poder Judiciário de MS, razão porque é um benefício a mais que todos nós vamos ganhar”.

Quando uma ação, relativa ao direito à saúde, ingressa na justiça de MS, seja pedindo medicamento, tratamento, cirurgia, órtese e prótese, passa pelo Núcleo de Apoio Técnico, para formulação de pareceres técnicos. Com base nisto, o magistrado tem condições de decidir com segurança o conflito.

O NAT-JUS possui quatro médicos, dois farmacêuticos e uma enfermeira que avaliam, caso a caso, se o tratamento é adequado, se o medicamento é necessário, se pode ser substituído. Tudo com base na legislação brasileira e no conhecimento científico.

“Este núcleo só funciona através do convênio feito entre o Poder Judiciário, Município de Campo Grande e Governo do Estado. Por esta razão, a renovação deste convênio é de suma importância para própria existência deste grupo de apoio aos juízes. Somado ao Comitê da Saúde, podemos reduzir as ações judiciais e a população passa a ser melhor atendida pelos municípios e pelo Estado”, ressaltou o desembargador.

Participaram também do encontro o secretário de saúde da Capital, Marcelo Vilela, e o procurador-geral do município, Alexandre Ávalo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Acessibilidade garante casamento de noivos na Carreta em Guia Lopes - 09/02/2018



Terminou nesta sexta-feira (9) mais um atendimento da Carreta da Justiça, que nesta semana esteve na comarca de Guia Lopes da Laguna. Esta é a segunda vez que a unidade móvel do Poder Judiciário de MS vai à cidade. Pelo menos 500 pessoas procuraram os serviços que são totalmente gratuitos. Mais uma vez, a conversão estável em casamento teve a maior procura.

Um dos casais que aproveitaram para selar os laços matrimoniais foi João Guedes de Andrade e Maykeli Lopes Vera Braga. Os dois foram a caráter, com direito a buquê de noiva.

O detalhe é que o noivo é cadeirante, mas isto não foi empecilho para ele se casar. A Carreta da Justiça funciona como um fórum comum, mas em cima da carroceria de um caminhão. Apesar deste detalhe técnico, ela possui elevador e, dentro, o piso é todo nivelado. Assim, João Guedes disse que teve facilidades.

"Nós fomos muito bem atendidos pela equipe da Carreta, que me auxiliou a subir para realizar o casamento", disse o feliz noivo, que explicou que buscou o serviço do Judiciário pela facilidade e por ser gratuito.

Nesta passagem da carreta, em Guia Lopes, ainda houve a celebração do casamento de Aldo Moreira Bazzano e Maria Nilda Ferreira, que oficializaram, depois de quase 40 anos, a união que deu fruto a três filhos.

Estatística – Além das conversões de uniões estáveis em casamentos, muitos outros serviços foram realizados nesta passagem da Carreta da Justiça pela comarca de Guia Lopes da Laguna. Entre eles, a expedição do documento de Registro Geral, o RG, realizado em parceria com o Instituto de Identificação. Foram emitidas 22 primeiras vias e 6 segundas vias.

Além disto, foram realizados seis divórcios e seis atendimentos relacionados ao direito e dever de alimentos.

Também houve a abertura de 97 processos, um aumento de 30% em relação à última passagem da Carreta da Justiça em Guia Lopes, mostrando que existe demanda pelos serviços do Judiciário na cidade.

Homenagem – A Câmara Municipal realizou cerimônia de homenagem à Carreta da Justiça. Os vereadores aprovaram uma Moção congratulando o juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira e a equipe de servidores do Poder Judiciário de MS pelos serviços prestados à população lagunense.

Calendário – Após uma pausa nas próximas duas semanas, a Carreta da Justiça segue rumo à comarca de Caracol para atender a população no período de 26 de fevereiro a 2 de março. Em seguida, de 5 a 9 de março será a vez de Antônio João, seguido de Aral Moreira, de 12 a 16 de março. Em abril, terão os atendimentos da unidade móvel Coronel Sapucaia (02 a 06/04), Paranhos (09 a 13/04) e Tacuru (16 a 20/04).

Em maio, a Carreta da Justiça atenderá os munícipes de Rochedo (7 a 11/05), Corguinho (14 a 18/05) e Paraíso das Águas (28 a 30/05). E para finalizar os atendimentos nos primeiros seis meses, serão atendidas as comarcas de Jaraguari (4 a 08/06), Alcinópolis (18 a 22/06) e Figueirão (25 a 29/06).

Desde agosto de 2016, com o lançamento do programa “Judiciário em Movimento”, que tornou 100% dos municípios de MS sedes de comarcas, a população sul-mato-grossense vive uma nova realidade quanto ao Poder Judiciário.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza do CNJ visita presídios femininos da Capital e destaca atuação do Judiciário de MS - 22/02/2018



Depois de passar o dia visitando os presídios femininos na Capital, com objetivo de mapear o sistema prisional feminino, e reunida com magistrados, a juíza auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Andremara dos Santos, deixou Mato Grosso do Sul com a melhor das impressões.

"Gostei de ver que o Judiciário está efetivamente bem estruturado tanto na área da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica quanto na área prisional, muito bem conduzida pelo Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que responde pela Covep, e que tem uma atuação efetiva no sentido de articular as instituições, cobrar as providências, conhecer o sistema, ter acesso. É muito positiva a constatação de que o Judiciário está efetivamente preparado para cumprir suas funções nessas áreas", disse Andremara.

Durante a manhã, acompanhada dos juízes Jacqueline Machado, Marcelo Ivo de Oliveira e do Des. Luiz Gonzaga, a juíza esteve no Estabelecimento Penal Feminino Irmã Irma Zorzi, onde recebeu as informações sobre o funcionamento e a rotina de trabalho da diretora do estabelecimento, Mari Jane Boleti Carrilho. Estava presente ainda o diretor da Agepen, Aud de Oliveira Chaves.

Acompanhando Andremara, a assessora Luiza Helena Lemos Cruz anotava tudo para a ciência da ministra Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal e do CNJ. Em seguida, as visitantes foram ao Estabelecimento Penal Feminino de Regime Semiaberto, Aberto e Assistência à Albergada de Campo Grande para conhecer a realidade do local. Lá, Andremara também esteve na cela para conversar com as detentas.

No período vespertino, a representante do CNJ reuniu-se com o Des. Luiz Gonzaga, a juíza Coordenadora da Mulher de MS, Jacqueline Machado, o juiz Mário José Esbalqueiro Jr, da 2ª Vara de Execução Penal da Capital; o juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça, Fábio Possik Salamene, e o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Flário Saad Peron.

No encontro, ela elogiou a Coordenadoria da Mulher, considerando a juíza inspiradora para todo o país, e reconheceu seu trabalho atuante, que conta com o apoio do presidente do TJMS, Des.Divoncir Schreiner Maran, para desempenhar seu papel de sensibilizar a sociedade civil e organizar as demais instituições para fazer um verdadeiro trabalho de enfrentamento à violência contra a mulher.

Questionada se fica uma boa impressão de MS, ela respondeu: "Fica uma boa impressão de MS, dentro do propósito de sempre se poder avançar e construir mais. Mas quando as instituições estão dispostas, quando as instituições têm vontade política para realizar um trabalho, já temos muito mais que um caminho andado", completou.

Lembrando que o motivo da visita foi verificar as condições das mulheres custodiadas grávidas e lactantes, o Des. Luiz Gonzaga, supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep) e do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) em MS, apontou que a visita foi muito boa, já que a juíza teve a oportunidade der ver in loco a realidade das mulheres custodiadas.

"A visita foi muito interessante porque oportunizou a verificação da real situação do estabelecimento penal feminino. Evidente que a estrutura exige melhores condições do prédio, mas o que se observou é que, dentro das condições dessa estrutura, a situação está razoavelmente bem organizada. As dificuldades constatadas são inerentes a todo o sistema, mas é possível afirmar que há uma vontade das pessoas que lá trabalham de prestar o melhor serviço possível", esclareceu o desembargador.

Para Jacqueline Machado, a visita das representantes do CNJ foi extremamente importante, pois, apesar de terem vindo a MS com a finalidade de verificar a situação das mulheres encarceradas gestantes e lactantes, elas visitaram a Coordenadoria da Mulher. "Além da visita, puderam pontuar que é uma politica judiciária do CNJ o enfrentamento da violência contra a mulher, em todas as áreas, e isso tem que ser observado por todos os tribunais do Brasil e isso só fortalece nossas campanhas e nosso projetos. Uma visita de extrema importância".

Saiba mais – Por determinação da presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, ministra Cármen Lúcia, foi criado o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, que visa gerar um registro contínuo da quantidade de mulheres nessa situação em todo o país.

O cadastro permitirá saber onde estão as custodiadas, a situação dos processos e a idade dos bebês. A intenção da ministra é ter uma perspectiva de gênero, voltada para essa condição peculiar da mulher.

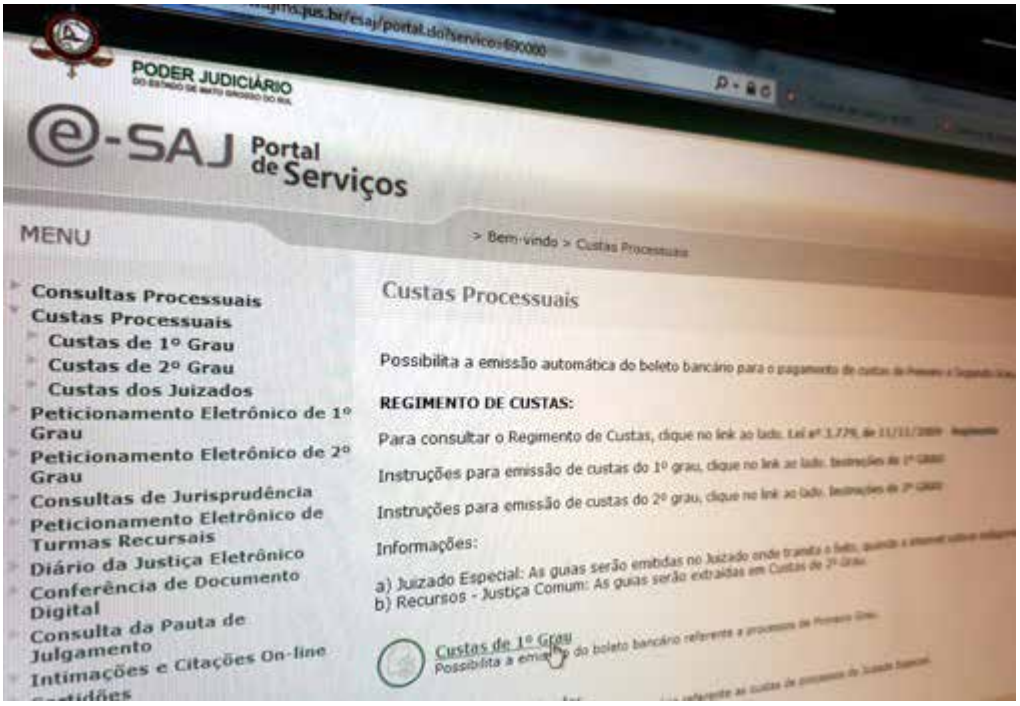
Segundo a juíza do CNJ, a violência contra a mulher não é apenas doméstica, mas também institucional e esse é também o foco das visitas. Depois de visitar as dependências dos presídios e conversar com as detentas, ela explicou que não é ideal que crianças nasçam em locais inadequados e que mulheres grávidas tenham tratamento que não seja aquele dispensado pela lei, de acordo com as peculiaridades de sua situação.

Andremara está visitando unidades prisionais femininas de todos os Estados, com a finalidade de avaliar as condições de encarceramento de mulheres grávidas e lactantes, buscar possíveis soluções para os problemas encontrados e contribuir para um tratamento digno a esse público.

Acompanharam também as visitas o assessor técnico da Covep, Eduardo Silva Matos, a coordenadora de apoio da Covep, Franciele Sgarbossa, e Virgílio Napoleão Sabino, que atua na Covep, além do agente de polícia judiciária Adilson Rodrigues da Costa, que integra a equipe da Assessoria de Inteligência do TJMS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Emissão de guia para pagamento de custas do 1º Grau será simplificado - 26/02/2018



A partir de quinta-feira, dia 1º de março, a emissão da guia de pagamento das custas processuais será unificada. Atualmente, a parte autora, em um processo que tramita no Poder Judiciário de MS, deve emitir e quitar vários boletos, referentes aos Fundos do Ministério Público, Defensoria Pública e Procuradoria-Geral do Estado, além das taxas judiciais. A novidade vale apenas para o 1º Grau e deve simplificar o procedimento, não trazendo aumento nos valores.

Antes, o usuário ingressava no portal e-SAJ, no site do Tribunal de Justiça, e deveria emitir diversas guias, entre elas o recolhimento para os Fundos FUNADEP, FUNDE-PGE e FEADMP. Em alguns casos, o pagamento não era recolhido, o que interrompia o processo e prejudicava as entidades.

A emissão da guia de pagamento continua sendo feita no e-SAJ, mas agora em boleto único. Isto garante rapidez, redução de erros e fortalecimento dos Fundos dos entes que integram o Sistema Jurídico estadual.

Para realizar o procedimento, basta entrar no Portal e-SAJ no site do TJMS (www.tjms.jus.br/esaj), acessar o link "Custas Processuais", e clicar em "1º Grau" e "Emitir Custas"; informar os dados solicitados e pressionar o botão "Avançar". Assim, o boleto único será emitido e, após o pagamento, será feito o rateio de créditos entre os Fundos.

O trâmite financeiro do rateio de crédito para o Judiciário e para os Fundos das Instituições será feito pela rede bancária, com auditoria da Secretaria de Finanças do TJMS. A ferramenta foi desenvolvida pelo Departamento de Sistemas Judiciais da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Parceria entre TJMS e Governo do Estado beneficia consumidores da Capital
20/03/2018



Um convênio assinado na manhã desta terça-feira (20), no salão Pantanal do TJMS, reuniu o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, e o governador Reinaldo Azambuja em uma parceria mais significativa do que se pode imaginar.

Com o local repleto de autoridades, colaboradores do Procon e jornalistas, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), e o Governo de MS, por meio da Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor (Procon/MS), firmaram o compromisso de instalar no prédio do Procon um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc).

De acordo com o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o Poder Judiciário está sendo levado para dentro do Procon. "O que está acontecendo hoje é mais que as pessoas imaginam. Trata-se de uma ruptura, um ato de coragem, uma mudança muito grande. Para quem não sabe, teremos um Cejusc para conciliação, mediação, e tudo o que for feito lá será homologado por um juiz", destacou. Os acordos no Cejusc do Procon serão homologados pelo juiz Aldo Ferreira da Silva Junior, que também estava na solenidade de assinatura do convênio.

Ressalte-se que o Cejusc faz parte do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos do TJMS, que tem como coordenador de Mediação o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, e como coordenador de Conciliação o Des. Vladimir Abreu da Silva.

O desembargador explicou que anteriormente o cidadão ia até o Procon e, se não houvesse acordo, saía de lá sem nada, além de ser obrigado a procurar a justiça comum ou juizados especiais para começar tudo de novo. Com o Cejusc no Procon isso estará definitivamente resolvido.

Ruy Celso lembrou ainda que de 12 a 16 de março foi realizada a Semana do Consumidor na Capital e mais de 1.000 conciliações foram feitas em apenas uma semana. Essas conciliações homologadas passam a ser um título extrajudicial: se o acordo não for cumprido, o consumidor vai à justiça e executa o título.

"Com o convênio, a pessoa vai até o Procon e, fazendo ou não acordo, por meio do Sistema de Automação da Justiça (SAJ) a situação será encaminhada para o juizado especial e lá será aberto o processo. Isso significa que o consumidor sai do Procon com o número do processo e com a data de audiência marcada. Teremos agilidade e economia de tempo para o TJMS, para o Procon e principalmente economia de tempo e dinheiro para o cidadão. Nós sonhamos com a instalação do Cejusc no Procon para disseminar essa possibilidade por todo o interior do Estado. E não haverá custos", concluiu Ruy Celso.

O governador Reinaldo Azambuja apontou que o objetivo de levar o Cejusc para dentro do Procon é oferecer mais uma ferramenta para o consumidor, tornando possível não apenas mediar e diminuir os conflitos, mas reduzir a judicialização.

"Ao fazer isso, vamos diminuir conflitos, evitando uma enormidade de processos que, muitas vezes, não alcançam a conciliação por falta de diálogo, no local adequado. O Judiciário está abrindo a oportunidade de o Procon trabalhar a mediação. É um avanço extraordinário e devemos divulgar isso porque é necessário que a sociedade saiba que é possível dialogar sem judicialização", disse o governador.

O superintendente do Procon/MS, Marcelo Salomão, explicou detalhadamente todo o processo atual e como será a partir da instalação do Cejusc, ressaltando as facilidades resultantes para o cidadão. "Vai facilitar a vida consumidor, que ganhará de oito e nove meses de processo porque não precisará mais sair do trabalho para buscar a justiça, pois poderá ter acesso a ela do Procon. É um dia de vitória para o consumidor".

Saiba mais – Com a nova parceria com o governo estadual, o Tribunal de Justiça objetiva conferir mais efetividade à atuação do Procon no que tange aos acordos formalizados em audiências de conciliação, já que a homologação dos acordos por um juiz constitui um título executivo judicial, cujo descumprimento importará em execução perante o Juizado Especial.

O convênio permitirá ainda implementar e consolidar a política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos consumeristas, em consonância com a Resolução do CNJ nº 125/10, além de reduzir o número de judicialização de conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, possibilitando mais efetividade na prestação jurisdicional.

Com a ampliação do número de Cejuscs será possível disseminar ainda mais a cultura da conciliação, resultando em mais rapidez na pacificação de conflitos, com resultados sociais expressivos. Por fim, expandir o movimento pela conciliação, prestando atendimento e orientação ao cidadão.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Iniciativa da Vice-Presidência do TJMS pacifica tema da Violência Doméstica - 22/03/2018



Em julgamento realizado no último dia 28 de fevereiro, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou, em julgamento de recurso especial submetido ao rito dos repetitivos, um tema que causava insegurança jurídica em ações da Violência Doméstica. A partir de então, "nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independente de instrução probatória".

A afetação do tema para pacificação foi solicitada pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Julizar Barbosa Trindade, que constatou a insegurança jurídica em função de elevado número de processos de mesma natureza julgados de formas diferentes. Diante da provocação do TJMS, o STJ admitiu o pedido de afetação, reconhecendo a importância e a necessidade de pacificar a questão, processou a afetação e julgou em definitivo o tema, que por consequência dá seguimento a mais de 500 processos afetados somente em Mato Grosso do Sul.

De acordo com o juiz auxiliar da Vice-Presidência, Albino Coimbra Neto, foi constatado que havia entendimentos distintos, sobre a mesma matéria. A partir da decisão do STJ, todos os juízes, desembargadores e ministros devem observar o entendimento de que pode ser estabelecido o valor a título de dano moral, havendo pedido do Ministério Público ou da vítima.

Os processos que estavam afetados com decisão contrária saem da Vice-Presidência e voltam para julgamento nos seus respectivos órgãos julgadores e precisam ser reavaliados, respeitando a tese fixada no Tema 983, que tem força vinculante para todos os processos de mesma natureza no país.

Saiba mais – Na prática, o STJ ampliou o rol de dano moral considerado *in re ipsa*, ou seja, que decorre da prática ilícita, não exigindo instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima, pois a conduta criminosa já configura desonra, descrédito e menosprezo ao valor da mulher como pessoa e à sua própria dignidade.

O magistrado, ao analisar o pedido da parte autora, mediante a prudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, como gravidade do ilícito, intensidade do sofrimento, condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa, chegará a um valor indenizatório, valendo-se dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares.

O voto condutor, do Ministro Rogério Schietti Cruz, ponderou que, embora não seja fácil a fixação dos danos morais, deve-se arbitrar um valor mínimo, tudo visando conceder à vítima uma maior celeridade na obtenção de antecipação da indenização.

O ministro aduziu ainda que, "a despeito, assim, da natural subjetividade sobre o que efetivamente deva ser considerado bem jurídico a vindicar a especial tutela do Direito Penal, 'é preciso compreender a violência de gênero, doméstica ou não, sob o viés dos direitos humanos' (Camargo de Castro, Ana Lara, Violência de gênero e reparação por dano moral na sentença penal. Boletim IBCCRIM, Ano 24 – n. 280. São Paulo, mar/2016, p. 13)".

Daí o dano moral decorrer da prática delituosa contra a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, à honra, à imagem da mulher (art. 5º CF), dispensando prova de ter sofrido abalo psíquico, emocional e moral para se obter a reparação. O Ministro Rogério Schietti Cruz defendeu a tese de desnecessidade da prova do dano moral "se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa", além de servir para "melhorar o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica e reduzir as sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes de MS participam de curso sobre Justiça Restaurativa em Brasília - 22/03/2018



Em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Embaixada do Canadá, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) iniciou, na última segunda-feira (19), em Brasília, o curso Justiça Restaurativa, Princípios e Valores. A ação integra o programa de formação continuada da Enfam.

Participaram do curso os juízes Mauro Nering Karloh, da Vara da Infância e da Adolescência de Campo Grande, e Eguiliell Ricardo da Silva, da comarca de Ponta Porã.

O curso tem como objetivo a compreensão da estruturação histórico-cultural do modelo retributivo de justiça, considerando alternativas conceituais e metodológicas à crise do sistema punitivo. Enfoca-se também a Justiça Restaurativa como alternativa de maior resolutividade social, com base na participação dos envolvidos a partir de práticas dialogadas e comunitárias.

A Justiça Restaurativa é considerada um conceito inovador, ainda em evolução, e é inspiração para a origem do curso sobre o conteúdo, pois é o primeiro realizado pela Enfam com esse tema.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízas de MS recebem homenagem da Polícia Militar - 27/03/2018



Em solenidade realizada na manhã desta terça-feira (27), no plenário do TCE/MS, as juízas Nária Cassiana Silva Barros, da 1ª Vara Cível de Paranaíba, e Penélope Mota Calarge Regasso, da 1ª Vara Cível e Criminal de Jardim, foram homenageadas pela Polícia Militar de Mato Grosso do Sul com o Prêmio Tenente Coronel Ana Neize Baltha, concedido às mulheres que se destacam no exercício de sua função junto à sociedade.

Em alusão ao Dia Internacional da Mulher, a Polícia Militar de MS proporcionou a 32 homenageadas, 16 da sociedade civil e 16 da Polícia Militar, um momento de confraternização e reconhecimento pelo papel que desempenham tanto na força militar quanto na sociedade civil.

A solenidade é uma forma de reconhecer o valor do sexo feminino na construção de uma sociedade mais altruísta, comunitária e igualitária, por meio do ofício que empenham, contribuindo para uma sociedade mais justa e equitativa.

Saiba mais – O prêmio Tenente Coronel Ana Neize Baltha foi criado para homenagear militares femininas, servidoras públicas, bem como mulheres da sociedade civil que tenham demonstrado dedicação e trabalho em prol de uma segurança pública mais humana, democrática e comunitária.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Uso de videoconferência tem aumento de 274% no TJMS e garante celeridade
27/03/2018



A utilização da tecnologia da informação está cada vez mais presente na vida das pessoas e nos procedimentos de empresas e instituições. E o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul não está fora desta revolução, que vem acontecendo no setor público. Com 100% de novos processos no formato eletrônico, o TJMS tem investido agora no uso maciço da videoconferência para realizar atos processuais à distância. A prática aumentou 274%, no comparativo entre os agendamentos dos quatro primeiros meses de 2017 com relação aos deste ano.

No começo de 2017, o serviço de videoconferência entrou em produção no seu formato atual, com a efetivação da instalação integral dos equipamentos em todos os 54 fóruns do Estado, feito pela Secretaria de Tecnologia da Informação. Também foram determinados os gestores do serviço em cada comarca – todos fizeram treinamento amplo, promovido pela Escola Judicial de MS (Ejud-MS). Dentro desta sistemática, foi criado ainda pela STI o sistema de agendamento de audiência, que permite o uso racional do sistema como um todo. Os procedimentos também foram regulamentados pela Corregedoria-Geral de Justiça com o Guia Procedimental do Servidor.

Ao final, os dados de áudio e vídeo podem ser inseridos no SAJ, passando a compor o processo eletrônico.

Para efeito de comparação do crescimento do uso da videoconferência entre as comarcas do Estado, com três meses em 2018 já estão agendadas neste ano 2.319 videoconferências, enquanto que em todo o ano de 2017 foram 3.113.

Na prática, o uso de videoconferência para atos processuais garante celeridade processual e economia de recursos públicos. Basta o juiz de uma comarca agendar um horário e expedir uma carta precatória, para que seja feita a intimação da parte, que deve ir ao local e horário combinado.

O juiz da comarca de Rio Verde de Mato Grosso, Rafael Gustavo Mateucci Cassia, tem utilizado bastante do recurso tecnológico. Segundo ele, este é um caminho sem volta para a justiça. "Para nós magistrados, a videoconferência veio para ficar e facilitar o trabalho. Além de que o juiz da causa e o promotor tem mais afinidade com o processo em que uma testemunha ou réu encontra-se em outra comarca", diz Rafael Mateucci, que explica que o juiz deprecado (que recebe a carta precatória), não participa do ato, liberando sua agenda, o que contribui na celeridade processual.

E essa rapidez pode ser sentida na tramitação dos processos. Segundo o magistrado de Rio Verde de MT, precatórias que eram respondidas de dois a sete meses, são efetivadas em até 20 dias, com uma oitiva virtual. Mas a principal vantagem, segundo o magistrado, é acelerar os processos de réus presos.

"Tenho utilizado muito deste expediente para ouvir réus presos, inclusive direto dos presídios, o que dispensa escolta policial e gastos de dinheiro".

A exemplo da comarca de Rio Verde de Mato Grosso, muitas comarcas de Mato Grosso do Sul aderiram à tecnologia para realizar os atos processuais. Os casos são diversos. Em 2017 uma audiência de instrução e julgamento interligou as comarcas de Corumbá, Campo Grande e Paranaíba.

Já as comarcas de São Gabriel do Oeste e Coxim realizaram julgamentos do Júri de réus que estavam em presídio em outras cidades. Bataguassu promoveu a oitiva de um réu que estava sendo julgado no Paraná. Já Campo Grande realiza com frequência júris com réus e testemunhas que participam remotamente, com destaque para a oitiva de uma testemunha que estava em Portugal.

Mas o serviço de videoconferência não se restringe ao uso processual. A instalação dos equipamentos em todos os fóruns e TJMS permite a realização de transmissões para o interior de eventos que acontecem na Capital. Outra possibilidade é que podem ser feitas reuniões entre comarcas, e até com outros Tribunais, para deliberações ou troca de conhecimento e experiências.

Outra forma de utilização é nas escutas especializadas, conhecidas como Depoimento Especial, sistemática inserida pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes que é altamente desenvolvida em Mato Grosso do Sul.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes participam de encontro que discutiu sistema penitenciário de MS - 28/03/2018



Os juízes Luiz Felipe Medeiros Vieira, da Vara de Execução Penal do Interior, e Mário José Esbalqueiro Jr., da 2ª Vara de Execução Penal da Capital, nessa terça-feira (27), participaram, na terça-feira (27), do 1º Encontro Estadual de Discussão Técnica dos Dirigentes do Sistema Penitenciário do MS, uma reunião técnica com diretores de presídios e patronatos de Campo Grande e do interior.

A intenção do evento, organizado pela direção da Agepen, em conjunto com a Escola Penitenciária (Espen), foi proporcionar esclarecimentos e reforçar procedimentos que devem ser adotados em estabelecimentos prisionais de Mato Grosso do Sul. Os diretores assistiram a apresentações dos magistrados e da promotora Renata Ruth Goya, da 50ª Promotoria de Justiça.

Luiz Felipe explicou a atribuição da VEP do interior e de que forma os trabalhos são conduzidos, ressaltando que toda parte processual de custodiados nas comarcas do interior, exceto Dourados, são de sua responsabilidade, sendo a correição responsabilidade dos juízes locais.

Mário Esbalqueiro explanou sobre a condução dos trabalhos do Poder Judiciário referentes às unidades de regimes semiaberto e aberto e sobre o livramento condicional na Capital. Ele ressaltou que Campo Grande é uma das poucas capitais do Brasil que possui unidades específicas para cada um dos regimes e servem de modelo para outros estados.

A promotora falou sobre o papel do Ministério Público na Execução da Pena, de que forma os trabalhos são organizados e como os procedimentos são adotados. Na parte da tarde, os trabalhos foram conduzidos pelos diretores de área da Agepen: Elaine Arima Xavier Castro (Assistência Penitenciária), Arnold Rosenacker (Administração e Finanças) e Acir Rodrigues (Operações); além do chefe de Gabinete Pedro Carrilho de Arantes.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da assessoria da Agepen

Parceria TJ e UFMS: Simpósio vai debater Violência de Gênero de 4 a 6 de abril
28/03/2018



Uma parceria do Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS, com a Universidade Federal de MS resultou no que pode ser considerado um dos mais abrangentes eventos para discussão de gênero: o Simpósio Regional Violência de Gênero.

O evento será realizado nos dias 4, 5 e 6 de abril, nas salas de multiuso da UFMS, e tem em sua programação grandes nomes do meio jurídico e profissionais preparados para transformar o simpósio em um encontro memorável.

Os três dias de trabalho serão divididos em temas: Violência doméstica enquanto fenômeno social; Feminicídio; Mulheres encarceradas; Violência contra meninas adolescentes; Corpo, gênero e identidade; Violência sexual: um diálogo entre o Direito e a neurociência; Mulheres e a Mídia.

Representando a magistratura e o Poder Judiciário estarão os juízes Jessé Cruciol Jr. (Nova Alvorada do Sul), Alessandro Leite Pereira (Dourados), Mário José Esbalqueiro Jr. (Campo Grande), Rafael Gustavo Mateucci Cassia (Rio Verde de MT), Katy Braun do Prado (Campo Grande) e Liliana de Oliveira Monteiro (Campo Grande), além da juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS.

Estão confirmados como palestrantes Joana Chamusca Chagas, Aline Yamamoto, Iara Gonçalves Carrilho, Thais Dumet Faria, Sandra Maria Francisco de Amorim, Jacy Curado, Losandro Antonio Tedeschi, Berenice Franco, Adriana Mello, Regina Lúcia Nogueira, Luciana Rocha e Jacira Mello.

Participam como debatedores Aparecida Gonçalves, Zaira Andrade Lopes, Luciana Amaral Rabelo, Ariene Murad, Rejane Alves Arruda, Cláudia Maria Garcês, Daniella de Cássia Duarte, Angelo Motti, Flávio Adriano Nantes, Tiago Duque, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Ana Lara Camargo de Castro, Sandra Regina Monteiro Salles, Katarini Giroldo Miguel, Lynara Ojeda e Deyvis de Oliveira Marques.

Coordenarão os trabalhos nas mesas de debate Edmeiry Silara Broch Festi, Ynes da Silva Félix, Vanessa Vieira e Carlos Kuntzel.

Ressalte-se que os magistrados sul-mato-grossenses também serão coordenadores de mesa e debatedores.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Des. Alexandre Bastos

Apelação nº 0800741-76.2014.8.12.0011 18
Apelação nº 0840051-51.2016.8.12.0001 27
Agravo de Instrumento nº 1403722-57.2017.8.12.0000 32

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0820185-28.2014.8.12.0001 - Campo Grande 36
Apelação nº 0804161-25.2015.8.12.0021 - Três Lagoas 47
Apelação nº 0822872-07.2016.8.12.0001 - Campo Grande 52

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0804066-21.2016.8.12.0001 57
Apelação nº 0804967-86.2016.8.12.0001 66
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000008-40.2017.8.12.0000 72

Des. Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0001424-56.2008.8.12.0012 81
Apelação nº 0068774-26.2010.8.12.0001 96
Agravo de Instrumento nº 1407258-76.2017.8.12.0000 118

Des. Eduardo Machado Rocha

Ação Rescisória nº 4010514-80.2013.8.12.0000 127
Apelação nº 0803067-18.2014.8.12.0008 153
Apelação nº 0807754-85.2016.8.12.0002 162

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0002052-90.2009.8.12.0018 169
Apelação nº 0026688-69.2012.8.12.0001 213
Agravo de Instrumento nº 1411767-50.2017.8.12.0000 217

Des. João Maria Lós

Apelação nº 0803648-33.2014.8.12.0008 225
Apelação nº 0805473-33.2014.8.12.0001 229
Agravo de Instrumento nº 1413346-67.2016.8.12.0000 233

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0038764-28.2012.8.12.0001 239
Apelação nº 0802848-68.2015.8.12.0008 242
Apelação nº 0803142-93.2015.8.12.0017 253

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0802740-40.2014.8.12.0019 261
Apelação nº 0837466-94.2014.8.12.0001 268
Apelação nº 0800745-03.2016.8.12.0025 279
Mandado de Segurança nº 1403440-19.2017.8.12.0000 288

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0800833-72.2014.8.12.0005 304
Apelação nº 0800316-15.2015.8.12.0011 309
Apelação nº 0801398-42.2015.8.12.0024 315

Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0800207-44.2014.8.12.0008 320
Apelação nº 0812820-83.2015.8.12.0001 331
Apelação nº 0801333-20.2014.8.12.0012 339

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0828846-93.2014.8.12.0001 349
Apelação nº 0844204-30.2016.8.12.0001 363
Agravo de Instrumento nº 1412736-65.2017.8.12.0000 370

Des. Nélio Stábile

Agravo de Instrumento nº 1410931-77.2017.8.12.0000 375
Conflito de Competência nº 1604066-54.2017.8.12.0000 383
Mandado de Segurança nº 1410487-44.2017.8.12.0000 390

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0800332-61.2013.8.12.0003 394
Mandado de Segurança nº 1412284-55.2017.8.12.0000 402
Apelação nº 0808882-77.2015.8.12.0002 408

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1402100-40.2017.8.12.0000 419
Apelação nº 0823377-95.2016.8.12.0001 424
Agravo de Instrumento nº 1400068-62.2017.8.12.0000 429

Des. Sérgio Fernandes Martins

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000001-82.2016.8.12.0000 437
Direta de Inconstitucionalidade nº 1401856-14.2017.8.12.0000 448
Agravo de Instrumento nº 1409546-94.2017.8.12.0000 462

Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0800707-25.2016.8.12.0046 468
Apelação nº 0002305-27.2012.8.12.0001 479
Apelação nº 0801666-72.2014.8.12.0011 487

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0840282-15.2015.8.12.0001 494
Apelação nº 0822561-21.2013.8.12.0001 498
Apelação nº 0800958-64.2015.8.12.0018 510

Des. Vilson Bertelli

Apelação nº 0843950-91.2015.8.12.0001 516
Mandado de Segurança nº 1410252-77.2017.8.12.0000 519
Apelação nº 0804298-80.2014.8.12.0008 522

Des. Vladimir Abreu da Silva

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0803068-05.2016.8.12.0017/50000 528
Agravo de Instrumento nº 1411909-54.2017.8.12.0000 538
Apelação nº 0805989-27.2013.8.12.0021 544

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Des. Carlos Eduardo Contar

Apelação nº 0001558-30.2015.8.12.0015 552
Apelação nº 0001355-36.2013.8.12.0016 557
Habeas Corpus nº 1400240-67.2018.8.12.0000 563

Des. Dorival Moreira dos Santos

Apelação nº 0035686-89.2013.8.12.0001 570
Apelação nº 0027069-09.2014.8.12.0001 577
Apelação nº 0003549-29.2015.8.12.0019 589

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Apelação nº 0013422-75.2013.8.12.0002 599
Apelação nº 0056190-58.2009.8.12.0001 610
Revisão Criminal nº 1412300-09.2017.8.12.0000 618

Des. Jairo Roberto de Quadros

Recurso em Sentido Estrito nº 0020858-20.2015.8.12.0001 645
Apelação nº 0002383-36.2013.8.12.0017 663
Apelação nº 0000715-79.2017.8.12.0020 675

Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0001088-72.2010.8.12.0015 692
Apelação nº 0007860-49.2017.8.12.0001 700
Conflito de Jurisdição nº 0011393-14.2016.8.12.0110 712

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0003909-55.2015.8.12.0021 717
Apelação nº 0005094-79.2015.8.12.0005 724
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0008443-34.2017.8.12.0001/50000 735

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0001810-48.2016.8.12.0031 741
Recurso em Sentido Estrito nº 0000488-71.2017.8.12.0026 - Bataguassu..... 752
Recurso em Sentido Estrito nº 0008069-93.2009.8.12.0002 - Dourados 760

Des. Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0802357-34.2015.8.12.0017 763
Habeas Corpus nº 1400046-67.2018.8.12.0000 770
Apelação nº 0043926-72.2010.8.12.0001 778

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Recurso em Sentido Estrito nº 0001958-70.2012.8.12.0008 814
Habeas Corpus nº 1400213-84.2018.8.12.0000 825
Apelação nº 0200004-11.2008.8.12.0019 833

Des. Paschoal Carmello Leandro

Agravo de Execução Penal nº 0011184-44.2017.8.12.0002 840
Habeas Corpus nº 1413242-41.2017.8.12.0000 844
Agravo de Execução Penal nº 0001419-18.2018.8.12.0001 849

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0017280-78.2017.8.12.0001 852
Habeas Corpus nº 1411782-19.2017.8.12.0000 858
Apelação nº 0001898-51.2013.8.12.0012 865

Juiz Waldir Marques

Apelação nº 0042268-37.2015.8.12.0001 869
Conflito de Jurisdição nº 1600613-85.2016.8.12.0000 878
Apelação nº 0000033-71.2014.8.12.0007 882

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Ato administrativo. Comissão processante integrada por servidora em estágio probatório. Ilegalidade patente. Processo administrativo disciplinar anulado. Pena de demissão (0801333-20.2014.8.12.0012).....339

Ação civil pública

Danos ambientais. Obrigação de recuperação se transfere com a propriedade. Aplicação imediata no novo Código Florestal. Presunção de constitucionalidade. (0001424-56.2008.8.12.0012) 081

Iluminação pública. Responsabilidade do Município. Dever constitucional. Artigo 30, inciso I e V da Constituição Federal. (0807754-85.2016.8.12.0002) 162

Improbidade administrativa. Acumulação de cargos públicos. Carga horária diversa. Exoneração voluntária. Ausência de dolo. Improcedência da ação. (0804298-80.2014.8.12.0008).....522

Improbidade administrativa. Contratação por inexigibilidade de licitação. Não enquadramento na hipótese dos artigos 25,II C/C 13, V da Lei 8.666/93. Vedação. Fracionamento indevido do objeto da licitação. Condutas ímprobas. Prejuízo ao erário. Dano *in re ipsa.* Multa civil no valor integral dos contratos. *(*0002052-90.2009.8.12.0018).....169

Programas de informática. Acesso ao cadastro fiscal imobiliário. Identificação do proprietário. Focos do mosquito *Aedes Aegypti.* Violação do Sigilo fiscal. Afronta ao inciso X do artigo 5° da Constituição Federal. (0804967-86.2016.8.12.0001).....066

Ação de cobrança

Comissão de corretagem. Cobrança de honorários. Prazo prescricional de cinco anos. Termo inicial data da celebração do contrato. Pagamento parcelado apenas quando convencionado. (0800332-61.2013.8.12.0003) 394

Ação declaratória

Energia elétrica. Adulteração do medidor. Redução do valor da fatura. Omissão do consumidor em comunicar à concessionária. Enriquecimento ilícito. Ausência de boa-fé na relação de consumo. (0068774-26.2010.8.12.0001) 096

Extinção de contrato de promessa de compra e venda. Cláusula penal. Restituição imediata dos valores adimplidos. Necessidade de devolução de IPTU e taxa de manutenção. Cobrança após notificação de desistência do contrato. (0844204-30.2016.8.12.0001).....363

Penhora de imóvel. Bem de família não configurado. Imóvel usado por terceiro a título gratuito. (0802740-40.2014.8.12.0019) 261

Promoção por ato de bravura. Reconhecimento a qualquer tempo. Prazo prescricional a contar da data do indeferimento do pedido de reconhecimento. (0840282-15.2015.8.12.0001).....494

Ação de indenização por danos materiais e danos morais

Acidente de trânsito. Sinalização semafórica desligada. Preferência dada ao condutor que vem pela direita. Código de Trânsito Brasileiro. Revelia não implica procedência do pedido. Ônus de comprovação da autora dos fatos constitutivos de seu direito. (0808882-77.2015.8.12.0002) 408

Acidente doméstico. Laudo. Nexo causal. Lucros cessantes. Trabalhador autônomo. (0803142-93.2015.8.12.0017) 253

Contrato de locação e serviço de buffet. Interrupção das atividades antes do horário contratado. Valor da indenização. Fixação em percentual sobre o valor da prorrogação do horário da festa. *Quantum* mantido. (0822561-21.2013.8.12.0001).....498

Execução de alimentos. Obrigação quitada. Prisão ilegal. Falha na prestação do serviço público. Responsabilidade objetiva. Dano moral configurado. Dever do Estado indenizar. Súmula 810 do Supremo Tribunal Federal. (0802848-68.2015.8.12.0008).....242

Funcionário de empresa particular. Demissão. Informação de escolaridade equivocada pelo Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. (0803067-18.2014.8.12.0008) 153

Morte de gado em decorrência de ruptura e queda de fio de alta tensão. Rede interna de imóvel rural. Responsabilidade objetiva da concessionária. (0812820-83.2015.8.12.0001) 331

Servidão administrativa. Indeferimento de prova oral. Laudo pericial. Perícia judicial com critérios técnicos e circunstâncias inerente ao mercado imobiliário da região. (0800207-44.2014.8.12.0008) 320

Veículo com defeito. Diversos reparos. Tabela FIPE. Defeito do produto que compromete sua qualidade. (0805989-27.2013.8.12.0021).....544

Ação de indenização por danos morais

Atendimento médico. Alegada sobredose de medicamento. Não comprovação de atendimento inadequado. Dose constante na bula. Intoxicação decorrente de morfina. Ausência de culpa do médico. (0803648-33.2014.8.12.0008) 225

Atividade jornalística. Divulgação de imagem de conteúdo impróprio (cadáver em estado avançado de decomposição). Conduta lesiva em relação aos familiares da vítima. Exercício abusivo do direito à informação. (0002305-27.2012.8.12.0001) 479

Dívida com instituição bancária. Retenção de salário do correntista. Ausência de autorização. Verba de natureza alimentar. Conduta ilícita. (0805473-33.2014.8.12.0001) 229

Imputação de crime. Violência doméstica. Revelia. Efeitos não verificados em ação sobre direitos indisponíveis. Dano moral não comprovado. (0840051-51.2016.8.12.0001) 027

Permanência do consumidor em fila de atendimento bancário. Tempo superior ao estabelecido em Lei Municipal. Princípio da dignidade da pessoa humana. (0801398-42.2015.8.12.0024).....315

Seguro desemprego. Não recebimento. Erro no Sistema. Duas pessoas com mesmo número de PIS. Erro reconhecido pelo Ministério do Trabalho. Impossibilidade de responsabilização. (0038764-28.2012.8.12.0001) 239

Veiculação de reportagem. Informações equivocadas. Liberdade de imprensa. Direito à honra e à imagem. Conflito de direitos constitucionais. Preponderância da dignidade da pessoa humana. Pessoa pública. (0800741-76.2014.8.12.0011).....018

Ação de obrigação de fazer

Compra de terreno em loteamento. Prazo legal de quatro anos para finalização. Mora da empresa quanto ao excesso de prazo não demonstrada. Vícios em projeto arquitetônico. Impedimento de registro. Reparação devida (0800707-25.2016.8.12.0046).....468

Concurso público. Policial civil. Edital prevendo a realização de exame psicotécnico. Legislação que autoriza a exigência do exame. Inviabilidade de revisão do resultado obtido. (0828846-93.2014.8.12.0001) 349

Consórcio para construção de imóvel. Exigências da instituição bancária previstas nas cláusulas contratuais. Dano não configurado. Recurso adesivo interposto na mesma peça das contrarrazões. Não conhecimento. Necessidade de apresentação em peça autônoma. (0801666-72.2014.8.12.0011) 487

Direito de vizinhança. Resistências e exigências incabíveis. Ato ilícito configurado. Princípio da causalidade. (0820185-28.2014.8.12.0001).....036

Servidor público. Adicional de gratificação. Afastamento do cargo em decorrência de mandato eletivo. Remuneração reduzida. Possibilidade. Gratificação *propter laborem* (0800958-64.2015.8.12.0018).....510

Ação possessória

Herança. Princípio da *saisine.* Ocupação clandestina. Indenização por acessão indevida. Ausência de boa-fé. (0837466-94.2014.8.12.0001) 268

Ação de reconhecimento

União estável *pos mortem*. Vínculo amoroso simultâneo. Falecido casado. Separação da esposa não comprovada. (0800316-15.2015.8.12.0011).....309

Ação de representação por infração administrativa

Preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral de Justiça. Venda de bebidas alcóolicas a adolescentes. Omissão evidenciada. Infração prevista Art. 258, do ECA. (0800833-72.2014.8.12.0005) 304

Ação rescisória

Reintegração de posse. Erro de fato não configurado. Exigência do nexo de causalidade. (4010514-80.2013.8.12.0000) 127

Ação direta de inconstitucionalidade

Julgamento ficto das contas apresentadas pelo prefeito. Decurso de prazo. Câmara de Vereadores. Não deliberação no prazo de 60 dias. Lei Orgânica do Município de Ladário. Incompatibilidade com as Constituições Federal e Estadual. (2000008-40.2017.8.12.0000) 072

Município de Brasilândia. Cores oficiais da bandeira. Preservação do princípio da impessoalidade. (1401856-14.2017.8.12.0000) 448

Processo legislativo. Ato complexo. Lei municipal de iniciativa do poder legislativo que cria despesa. Competência privativa do chefe do poder executivo municipal. Violação ao princípio da laicidade do Estado. (2000001-82.2016.8.12.0000).....437

Ação de incidente de arguição de inconstitucionalidade

Lei municipal. Licença de servidor junto à Administração quando em exercício de atividade política. Inconstitucionalidade formal rejeitada. (0803068-05.2016.8.12.0017/50000).....528

Agravo de instrumento

Ação civil pública. Moradores de rua instalados em canteiros da cidade. Conflito de direitos fundamentais. Liberdade que extrapola o limite aceitável. Arbitrariedade. (1407258-76.2017.8.12.0000) 118

Ação de busca e apreensão. Empresa em recuperação judicial. Retirada de bens essenciais às atividades da empresa. Impossibilidade pelo prazo de 180 dias. Prazo de suspensão estabelecido na Lei de Falências. (1412736-65.2017.8.12.0000)..... 370

Ação de execução. Leilão eletrônico. Arrematação em favor do segundo colocado. Lance superior a 60% do valor da avaliação. Princípios da economia, celeridade e eficiência. (1409546-94.2017.8.12.0000) 462

Ação de guarda de alimentos. Violência doméstica. Prescindibilidade de realização de audiência de conciliação/mediação. Desnecessidade de encontro da vítima com o próprio agressor. Princípio da dignidade da pessoa humana. (1403722-57.2017.8.12.0000) 032

Ação de rescisão de contrato. Reintegração de posse. Bloqueio 30% do salário. Impenhorabilidade salarial. Possibilidade. Princípio da menor onerosidade ao devedor. (1411767-50.2017.8.12.0000)..... 217

Atendimento médico prestado pelo SUS. Convênio firmado entre Município e Santa Casa de Campo Grande. Responsabilidade solidária. (1410931-77.2017.8.12.0000)..... 375

Cumprimento de sentença. Pedido de imissão na posse. Impossibilidade. Proibição de ato executório sobre o imóvel. Atribuição de efeito suspensivo aos embargos de terceiro. (1413346-67.2016.8.12.0000) 233

Execução de título extrajudicial. Penhora *online* de rendimentos realizada via Sistema Bacenjud. Jurisprudência no sentido de mitigar o caráter absoluto da impenhorabilidade salarial. Possibilidade da penhora. Casos que não importe em prejuízo da subsistência do devedor e de sua família. (1402100-40.2017.8.12.0000) 419

Execução fiscal. Débito proveniente de ISS. Massa falida. Penhora no rosto dos autos. Decretação da falência. Não oposição de Embargos à execução. Manutenção dos autos no juízo da execução. Princípio da preservação da empresa. (1411909-54.2017.8.12.0000) 538

Imunidade tributária. Templos de religião afro brasileira e ameríndias. Não cumprimento de requisitos para concessão de benefícios. Imunidade afastada. (1400068-62.2017.8.12.0000)..... 429

Conflito de competência

Matrícula em CEINF. Educação. Garantia constitucional. Competência da fazenda pública. (1604066-54.2017.8.12.0000) 383

Embargos à execução

Cédula de produto rural. Produção de provas. Julgamento antecipado da lide. Princípio da livre motivação do juiz. Liquidez do título. Execução para entrega de coisa incerta. Condições climáticas. Baixa produtividade da lavoura. Teoria da imprevisão. (0800745-03.2016.8.12.0025) 279

Embargos de terceiro

Imóvel constrito em execução fiscal. Resistência do credor. Princípio da sucumbência. Inversão do ônus sucumbenciais. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (0026688-69.2012.8.12.0001)..... 213

Sociedades com personalidade jurídica e patrimônio distintos. Impossibilidade de constrição de bens. Sociedade constituída sob regime societário. (0804161-25.2015.8.12.0021) 047

Habeas data

Fornecimento de informações relativas ao critério para cálculo de *credit scoring* (histórico de crédito). Recusa tácita da empresa. Direito do consumidor. (0823377-95.2016.8.12.0001) 424

Mandado de segurança

Concurso público. Cargo de defensor público. Exigência de três anos de atividade jurídica. Função privativa de bacharel em direito. Desnecessidade. Suficiência de exercício em função de cunho eminentemente jurídico. (1410252-77.2017.8.12.0000) 519

ICMS. Cabem aos Estados destinatários a diferença entre a sua alíquota e a interestadual. Alteração por emenda constitucional. Princípio da anterioridade nonagesimal (0843950.91.2015.8.12.0001) 516

Imóvel não edificado em perímetro urbano. Cobrança de IPTU. Inexistência de inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 148 do Código Tributário. Autorizada aplicação de alíquotas diferenciadas. (0804066-21.2016.8.12.0001) 057

Licença prêmio por assiduidade. Defensor público. Cômputo de serviço público pretérito prestado em cargo diverso. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. (1412284-55.2017.8.12.0000) 402

Pensão por morte. Dependente com idade limite até 21 anos. Prorrogação. Impossibilidade. (1403440-19.2017.8.12.0000) 288

Poder de polícia. Dívida tributária. Negativa de alvará provisório de funcionamento. Direito à livre iniciativa e atividade econômica. (0822872-07.2016.8.12.0001).....052

Transferência de feriado municipal por disposição de portaria editada pelo presidente do Tribunal de Justiça. Dever do causídico acompanhar os dias de expediente forense. Não comprovação de indisponibilidade do sistema SAJ. Ausência de direito líquido e certo. (1410487-44.2017.8.12.0000).....390

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em execução penal

Autorização de saída todos os domingos. Ausência de previsão legal. Ofensa ao princípio da isonomia. (0001419-18.2018.8.12.0001).....849

Insurgência defensiva. Indulto. Crime comum em concurso com delito hediondo. Necessidade de cumprimento integral da pena. (0011184-44.2017.8.12.0002).....840

Apelação criminal

Apelação defensiva. Estupro de vulnerável. Irrelevância do consentimento da vítima menor de 14 anos. Erro de tipo não comprovado. (0013422-75.2013.8.12.0002).....599

Crime ambiental. Destruição de Florestas. Prescrição da pretensão punitiva. Crime permanente. *Emendatio Libelli.(* 0802357-34.2015.8.12.0017).....763

Crimes contra a relação de consumo. Venda de carne imprópria para consumo. Citação por edital. Prazo prescricional suspenso. Pena restritiva de direitos. Competência juízo da execução. (0001088-72.2010.8.12.0015).....692

Crime militar. Prevaricação. Atentado violento ao pudor. Interesse pessoal. Comportamento meritório. (0027069-09.2014.8.12.0001).....577

Embriaguez ao volante. Maus antecedentes. Regime prisional (0001558-30.2015.8.12.0015).....552

Inserção de dados falsos em sistema de informação. Prova diabólica. Insuficiência de provas. (0035686-89.2013.8.12.0001).....570

Latrocínio tentado. Insurgência ministerial. Ausência de *animus necandi.* (0003909-55.2015.8.12.0021).....717

Lavagem de capitais. Desvios de verbas públicas. Secretária de saúde. Provas idôneas e consistentes. (0002383-36.2013.8.12.0017).....663

Lesão corporal mediante violência doméstica. Reconciliação do casal. Súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça. (0000033-71.2014.8.12.0007).....882

Nulidade do processo. Ilegalidade da interceptação telefônica. Impossibilidade do Ministério Público Estadual investigar e ilegalidade de atuação do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado. (0043926-72.2010.8.12.0001).....778

Ocultação de cadáver. Premeditação. Princípio constitucional da motivação na individualização da pena. Veículo roubado destinado ao exterior. (0005094-79.2015.8.12.0005).....724

Porte de arma de fogo de uso restrito. Erro de tipo. Crime de perigo abstrato. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. (0001355-36.2013.8.12.0016).....557

Posse de munição. Atipicidade da conduta. Ausência de arma apta a deflagração (0017280-78.2017.8.12.0001).....852

Restritiva de direito de limitação de final de semana. Ausência de casa do albergado ou outro estabelecimento adequado ao cumprimento da pena alternativa. Cumprimento domiciliar. (0001898-51.2013.8.12.0012).....865

Roubo a carro forte de empresa de transporte de valores. Cinco agentes armados usando roupas com inscrição de Polícia Federal. Agravamento pelo *modus operandi*. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. (0200004-11.2008.8.12.0019).....833

Roubo, extorsão e corrupção de menor. Fragilidade probatória. Princípio *in dubio pro reo*. (0003549-29.2015.8.12.0019) 589

Tentativa de latrocínio. Porte ilegal de arma de fogo. Dirigir veículo automotor sem permissão ou habilitação. Princípio da consunção. (0042268-37.2015.8.12.0001) 869

Tráfico de drogas. Mensagens armazenadas no aparelho celular. Violação no sigilo telefônico. Desclassificação para consumo próprio. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. (0000715-79.2017.8.12.0020) 675

Conflito negativo de competência

Ameaça praticada contra genitora e irmã. Opressão Violência de gênero. Incidência da lei da Lei Maria da Penha. (1600613-85.2016.8.12.0000).....878

1ª Vara de violência doméstica. Vítima homem. Inviabilidade de Incidência da Lei Maria da Penha. (0011393-14.2016.8.12.0110).....712

Embargos infringentes

Sequestro de bens. Ausência de indicação e discriminação do bens. Adquiridos ilicitamente. Medida assecuratório. Reparação de danos aos cofres públicos. (0008443-34.2017.8.12.0001/50000).....735

Furto

Furto qualificado tentado. Recurso defensivo. Ausência de intimação. Nulidade processual. Ausência de prejuízo. Princípio constitucional da motivação da pena. Compensação de ofício. Matéria de ordem pública. (0007860-49.2017.8.12.0001).....700

Habeas corpus

Acordo de colaboração premiada. Alegação de nulidade da delação. Tortura. Ausência do advogado na homologação.(1413242-41.2017.8.12.0000) 844

Crime de homicídio qualificado. Morte de recém- nascida retirada de hospital contra recomendação médica. Morte causada por bronco-aspiração, por retirada de sonda contra instruções médicas. Excesso de prazo. (1400213-84.2018.8.12.0000).....825

Denúncia anônima. Licitude da interceptação telefônica. Crimes complexos praticados dentro do sistema prisional. (1400046-67.2018.8.12.0000).....770

Peculato, concussão, falsificação de documentos. Organização criminosa e lavagem de capitais. Prisão domiciliar. Monitoração eletrônica. (1411782-19.2017.8.12.0000) 858

Revisão criminal. Retratação da testemunha. Anulação. *Habeas corpus* de ofício. Julgamento por novo júri. (1412300-09.2017.8.12.0000).....618

Roubo. Prisão preventiva. Ré foragida. Prisão domiciliar. Paciente gestante. (1400240-67.2018.8.12.0000) 563

Homicídio

Homicídio qualificado. Nulidade do julgamento por ilicitude na gravação da confissão. Preclusão. Princípio da soberania dos vereditos. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. (0001810-48.2016.8.12.0031) 741

Homicídio qualificado. Recurso em sentido estrito. Corrupção de menor e ocultação de cadáver. Pronúncia. Princípio *in dubio pro societate*. Competência Tribunal do Júri. (0000488-71.2017.8.12.0026) 752

Homicídio qualificado. Tese de defesa. Ausência de quesito obrigatório. Composição do conselho de sentença. Princípio da ampla defesa. (0056190-58.2009.8.12.0001) 610

Recurso em sentido estrito

Homicídio qualificado na modalidade tentada. Prova oral. Princípio *in dubio pro reo*. (0001958-70.2012.8.12.0008) 814

Recurso da acusação. Homicídio por dolo eventual. Cerca de chácara. Eletrificação irregular. Ausência de sinalização. Princípio *in dubio pro societate* **(**0020858-20.2015.8.12.0001) 645

Suspensão condicional do processo. Recurso ministerial. Descumprimento das condições assumidas. (0008069-93.2009.8.12.0002).....760