

REVISTA
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TJMS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 39 - n. 208
Abril a Junho de 2018



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 39 - n. 208 - Abril a Junho de 2018

EXPEDIENTE

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

Ano 39, n. 208

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. 208 (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 (*In Memoriam*)

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des^a. 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

Des^a 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. Nélcio 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

ASSÉDIO SEXUAL E MORAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

Robson Carvalho de Queiroz 007

AS DAMAS DO TRÁFICO: Um breve estudo sobre a realidade das mulheres envolvidas no crime de tráfico de drogas

Daniela Rodrigues de Ávila e Ricardo de Souza Pereira 020

Jurisprudência Cível 035

Jurisprudência Criminal 532

Noticiário 792

Índice Onomástico 859

Índice de Assuntos 865

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

DOUTRINA



ASSÉDIO SEXUAL E MORAL NO ÂMBITO TRABALHISTA

Robson Carvalho de Queiroz¹

Resumo: *Pretende-se, por meio deste artigo fazer um estudo sobre o assédio sexual e moral nas relações trabalhistas, abordando a visão clássica e a contemporânea sobre esse assunto.*

Trata-se de tema de grande importância face a grande preocupação, em várias ciências, tais como, na psicoterapia, na medicina do trabalho, na sociologia e, também, entre os juristas, haja vista o aumento de sua incidência e as consequências maléficas por ele provocadas.

O estudo do tema mostra-se relevante, pois dentro da relação trabalhista a finalidade precípua é prevenir e coibir o assédio sexual e moral, punindo o assediador, devido às denúncias de maus-tratos, aplicados aos empregados em um ambiente de trabalho.

Palavras-chaves: *Assédio sexual e moral. Conceito. Humilhação. Pressão psicológica. Assediador. Responsabilidade civil do empregador. Dignidade da pessoa humana.*

Abstract: *This article intends to make a study on sexual and moral harassment in labor relations, approaching the classic and contemporary view on this subject.*

This is a subject of great importance in the face of great concern in various sciences, such as psychotherapy, occupational medicine, sociology, and also among lawyers, in view of their increased incidence and the He teased.

The study of the subject is relevant, because within the labor relationship the main purpose is to prevent and curb sexual and moral harassment, punishing the harasser, due to complaints of mistreatment, applied to employees in a work environment.

Keywords: *Sexual and moral harassment. Concept. Humiliation. Psychological pressure. Stalker. Employer's civil liability. Dignity of human person.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo do assédio sexual e moral no âmbito do trabalho com análise das causas que levam trabalhadores a sofrê-los.

É notório que o problema concernente ao tema não é recente, porém, sabe-se que, a legislação pátria a respeito ainda é muito modesta. Sendo assim, a partir dela, definiremos suas características e diferenças e em que condições elas podem se dar e proporemos algumas ações preventivas.

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

A discriminação contra trabalhadores se manifesta de diversas formas e acontece no mundo inteiro, a todo o momento e em todo o lugar (casa, trabalho, rua, nos meios de transportes). Observaremos que o assédio moral no trabalho é, na atualidade, um dos problemas mais sérios enfrentados pela sociedade.

Esta realidade, caracterizada em razão da competitividade empresarial desenfreada a qualquer custo, muitas vezes sem limites éticos, bem como a exigência de cumprimento de metas sem qualquer critério de razoabilidade, o excesso de oferta de mão de obra e a redução dos postos de trabalho, constituem um cenário propício para a disseminação do problema aqui referido.

Ao estudarmos o assunto analisaremos o que pode ser considerado assédio tanto sexual quanto moral:

- Como eles podem se manifestar?
- Qual a diferença entre assédio sexual e moral?
- Qual a diferença entre assédio sexual e paquera?
- O que caracteriza o assédio moral no trabalho e como ele acontece?
- Qual o seu objetivo?
- Só ocorre entre superior e subordinado?
- Como evitar essas condutas dentro do ambiente de trabalho e como se defender desse infortúnio?
- Quais os tipos de sequelas deixadas por este mal?
- Que tipo de reparação existe para aquele que sofre assédio?

Partindo do princípio da igualdade, no ambiente de trabalho, as mulheres tem tanto valor quanto os homens?

Qual o entendimento dos Tribunais Superiores a esse respeito?

Observaremos que o assédio sexual está se tornando um penoso problema trabalhista principalmente nos países mais industrializados.

Veremos que a prática do assédio gera desarmonia no ambiente de trabalho e causa prejuízos para a empresa, para a sociedade e para o assediado. Esse infortúnio causa a baixa autoestima e interfere no desempenho do trabalhador podendo levá-lo a depressão e, conseqüentemente o seu afastamento da empresa em razão da licença para tratar de sua saúde.

A relevância do tema dá-se em razão de que dentro da relação de trabalho, a princípio, a finalidade precípua é prevenir e coibir qualquer tipo de assédio, punindo o assediador, devido às denúncias de maus-tratos, aplicados aos empregados em um ambiente de trabalho.

No desenvolvimento do trabalho será demonstrada a posição de alguns doutrinadores sobre o tema apresentado, a responsabilidade civil do empregador, bem como as indenizações por danos patrimoniais e morais.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Para analisar os aspectos do assédio moral na relação de trabalho será demonstrada, com propriedade, uma definição categórica e concludente aos termos “*assédio sexual e moral*”. A palavra assédio é utilizada para denominar condutas que causem constrangimento físico ou psicológico a alguém. O sentido técnico do termo é idêntico ao do senso comum.

O assédio moral, em doutrina, também é chamado de manipulação perversa, terrorismo psicológico, entre outros, sendo estes os termos mais comumente empregados na sua definição.

O assédio moral é verificado em todas as relações sociais e ocorre desde os primórdios da humanidade.

Verifica-se cada vez mais a ocorrência do assédio sexual e moral no ambiente do trabalho, pois são motivados pela globalização, pelo individualismo exacerbado, pelo confronto entre empregados, os quais atingem uns aos outros para a obtenção ou manutenção de uma vaga no concorrido mercado profissional, pela prevalência do lucro, sendo este o objetivo maior dos empresários, deixando-se em segundo plano a dignidade humana do trabalhador.

O combate ao assédio moral e sexual em todas as suas formas de manifestação passa pela conscientização para, depois, encontrar respaldo na responsabilização dos envolvidos.

É certo que o tema assédio, necessita de uma certa cautela ao abordá-lo, pois é razoável não o banalizar a ponto de colegas de trabalho não poderem ter uma amizade, tornando as relações humanas de amizade, respeito, consideração em um ambiente frio, de pessoas rude e grosseiras as quais não se preocupam em estar ou não se magoando.

O assédio no trabalho é ruim tanto para o trabalhador quanto para o empregador. Sendo uma estratégia plausível para evita-lo as medidas educativas promovidas pelas próprias empresas.

Um ambiente saudável faz com que o próprio trabalho renda mais, pois os trabalhadores executam suas tarefas mais felizes e com boa vontade, o que, consequentemente, gera mais lucros para os empregadores.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma breve abordagem sobre o que vem a ser assédio sexual e moral e quando ele é configurado, suas possibilidades de ocorrência das mais simples até as mais radicais e quais as possíveis soluções para questões que o tema envolve, tais como:

- o que fazer quando ocorrer o assédio?
- quais são os danos para quem sofre assédio?
- exemplos comuns de assédio.
- qual a posição da doutrina e Jurisprudência sobre o tema.
- como se defender do assédio no trabalho.
- finalmente, qual a relevância da atuação do Poder Judiciário nessa questão?

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

Ao analisarmos a Constituição Federal de 1988, nota-se que ela valorizou o trabalho humano e o valor social do trabalho, os quais passaram a constituir pré-requisitos para o crescimento econômico, dando-nos a entender que cabe ao Estado adotar medidas para garanti-los, e à sociedade promovê-los.

Em que pese os avanços na legislação trabalhista brasileira, o certo é que ainda está longe do ideal, haja vista os comumente relatos de humilhações, maus-tratos, descumprimento de contratos, crimes de assédio (moral e sexual) por motivos raciais, religiosos, contra deficientes físicos, contra doentes, em função da orientação sexual e até contra representantes dos funcionários ou dos sindicatos, os quais serão devidamente analisados e quando possível, exemplificados.

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

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

4. DESENVOLVIMENTO

4.1 Conceitos

Assédio sexual é qualquer manifestação sensual ou sexual sem o consentimento da pessoa a quem se dirige. Ocorre, geralmente, em abordagens grosseiras, com ofensas e propostas que constroem, humilham e amedrontam.

Assédio moral é a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e atéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinados, desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego².

Outra definição também pertinente quanto ao assédio moral é quando ocorre conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho no exercício de suas funções³.

2 PINTO, José Augusto Rodrigues, in “**O assédio moral nas relações de trabalho**”, texto extraído do site www.assediomoral.org. Acesso em 11.01.2017.

3 NASCIMENTO, Sonia Mascaro, in “O Assédio moral no ambiente do trabalho, in **Revista Ltr**, 68- 70/922

4.2 Princípios que norteiam o tema

A discriminação contra as mulheres se manifesta de diversas formas e acontece no mundo inteiro, a qualquer hora, em qualquer lugar, em casa, no trabalho, na rua, no ônibus. São situações de violência moral ou sexual que, se não tomadas as devidas providências a tempo, podem chegar ao extremo com a exploração sexual, o tráfico de mulheres e o feminicídio (assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. Suas motivações mais usuais são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, comuns em sociedades marcadas pela associação de papéis discriminatórios ao feminino, como é o caso brasileiro.).

A respeito do feminicídio o site g1.globo.com, em 12.01.2016, destacou:

Dados do Instituto Patrícia Galvão mostram que em 27% dos casos de feminicídio, quando a morte é resultado de violência doméstica, o assassino é conhecido da vítima.

O Brasil é o 5º país com mais assassinatos de mulheres, quase cinco em cada cem mil. Com a Lei Maria da Penha, de 2006, a taxa de crescimento anual de feminicídios caiu de 2,5% para 1,7%.

A questão em comento não tem legislação específica para julgar o crime de assédio sexual no trabalho, ficando ao alvedrio de lacunas a serem preenchidas, de modo que os princípios contribuem de maneira intensa nos conflitos trabalhistas em relação ao assédio sexual. Constata-se cinco princípios específicos que preenchem as lacunas, por falta de legislação específica, que são eles:

- Princípio da Boa-fé : onde todos terão que agir de forma correta e lícita para com seus empregados, não agindo de forma desonrosa.

- Princípio da Razoabilidade: As condutas deveram sempre ser baseadas na razão e respeitando sempre o limite do outro.

- Princípio da Primazia da Realidade: Deverá sempre se valer da verdade, respeito no ambiente de trabalho.

- Princípio da Proteção: É o princípio base do Direito do Trabalho, ou seja a proteção do empregado que se apresenta como hipossuficiente, em relação ao seu empregador, como afirma Nei Frederico Cano Martins:

O princípio protetor justifica-se pela natural desigualdade em que se encontram os participantes da relação de emprego: de um lado o trabalhador, subordinado e hipossuficiente, constatando com o empregador, normalmente de maior poder econômico e detento do mando⁴.

- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Conforme em nossa Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º inciso II, explicita que uns dos princípios fundamentais regidos por ela, será o que toda pessoa tenha dignidade como um ser humano, não atingindo assim a vida íntima de qualquer ser humano sem a sua autorização e consentimento.

4 MARTINS, Nei Frederico Cano. Os princípios do direito do trabalho e a flexibilização ou desregulamentação. In **Revista Ltr**, v. 65, p. 84.

4.3 PERSONAGENS QUE PODEM SOFREM ASSÉDIO

Existe uma pré-definição preconceituosa que somente quem pode sofrer um assédio sexual no trabalho, é a mulher, por ter seu histórico de sofrimentos e humilhações em relação ao mercado de trabalho e que somente ela, por sua fragilidade, pode ser assediada sexualmente no trabalho.

É fato que o número de assédio sexual praticado por homem contra mulher é disparadamente maior do que o da mulher contra o homem, que também pode ocorrer em razão de hoje em dia mulheres assumirem cargos maiores que os dos homens, podendo elas também figurarem no polo ativo do assédio sexual.

Ocorre, também, assédio sexual entre pessoas do mesmo sexo, neste caso seria os assediadores homossexuais, podendo assim configurar no polo ativo e passivo pessoas de ambos os sexos.

Personagens que podem sofrer assédio:

a) A principal vítima é o empregado;

b) O cliente da empresa também pode ser vítima do assédio sexual, pelo empregador ou por algum preposto seu, que negocie diretamente com ele, pelo fato do negócio jurídico ser firmado, por favores sexuais do cliente para com o empregador.

c) Empregador: No caso do empregador a hipótese é quase nula, mas também não deixa de ser vista na ocorrência de assédio sexual.

Pessoas que pode cometer o assédio sexual:

1. O empregador que possui o poder hierárquico em relação ao seu subordinado (empregado) solicita favores sexuais, para que este, permaneça em seu cargo, ou até mesmo possa subir de posição.
2. Colega de trabalho: aqui se configura o típico assédio sexual ambiental, também conhecido como assédio sexual horizontal, no qual não necessita do poder hierárquico para que haja a manifestação, que neste caso tem o intuito de insinuações vexatórias para constranger o colega de trabalho. O que se tem notado é que as empresas observam esse tipo de assédio e se mantêm inertes acreditando que esse tipo de assédio estimula a produtividade. Mas se esquecem de que a empresa também terá responsabilidade pelo ocorrido, na medida em que o assédio persiste em razão da omissão, da tolerância ou até mesmo do estímulo da empresa em busca de competitividade interna.
3. Cliente da empresa: pode-se ocorrer este caso, quando algum cliente faz com que seja realizado um contrato, e que para que seja fechado o negócio submete o empregado a uma condição sexual, ou até mesmo ameaça o empregado para que este satisfaça-o sexualmente, se não lançará acusações falsas à seus superiores.
4. Preposto do empregador: ocorre neste caso quando um preposto que detenha uma superioridade hierárquica, submete o empregador à uma condição sexual.
5. Familiares do empregador: nessa hipótese, o poder indireto do familiar, de quem detém o poder hierárquico, ameaça o empregador com uma conotação sexual, para que este permaneça no emprego, caso ao contrário, influirá para a perda do emprego.
6. Empregado contra o empregador: essa hipótese é muito rara, mas não deixa de existir, ocorre

quando o empregado possui algum segredo ou informação na qual o empregado chantageia o empregador, assediando-o sexualmente, para que este não leve a público as informações.

Quanto ao assédio moral não é diferente, pois pode ser sofrido pelo homem e pela mulher. Veja algumas situações típicas no ambiente de trabalho:

- Atribuições de tarefas complexas com prazos de cumprimento incompatíveis;
- Ocultação deliberada de informações essenciais ao bom cumprimento das tarefas;
- Críticas insistentes e públicas ao desempenho sem apuração das razões possíveis para o fato;
- Segregação de trato do empregado mediante contato por meio de terceiros;
- Humilhação pública, assim compreendida por exemplo o confinamento do ambiente de trabalho, revistas pessoais e de mesa de trabalho, inadequação do ambiente de trabalho;
- Tratamento rude ou irônico com realce de dotes individuais negativos;
- Insinuações a respeito de condutas sexual e social;
- Ociosidade deliberada, rebaixamento funcional;
- Propalação aberta ou vela de problemas pessoais ou familiares.

4.4 Formas de ocorrência de assédio sexual

Acontece com frequências nas ruas e nos espaços públicos. Os olhares invasivos, assovios, comentários e gestos agressivos são formas de assédio sexual, que podem acontecer com mais gravidade, ou seja, perseguição, toques em partes íntimas e até assassinato.

Toda mulher tem o direito de se vestir como quiser e, sendo assim, o fato de usar decote ou saia não dá o direito ao assediador de respeitá-la, devendo arcar com as responsabilidades em caso de fazê-lo.

A cantada também pode ser considerada assédio, pois qualquer investida precisa ter consentimento da outra parte. Chamar alguém desconhecido ou desconhecida de gostosa (o) ou delícia, entre outros, pode não ser recebido como um elogio e constranger quem ouve, pois, dizer coisas desagradáveis ou invasivas é crime classificado como importunação ofensiva ao pudor.

Outro caso comumente relatado é quando alguém passa a mão nas partes íntimas de outro sem o consentimento daquele, o que pode ser considerado estupro. Se o abuso sexual acontecer no interior de um ônibus é crime. Deve ser denunciado.

O assédio sexual no ambiente do trabalho ocorre quando alguém usa o seu poder para ameaçar e obter favores sexuais de um profissional de sua equipe. Ele geralmente acontece através de chantagem ou intimidação, fazendo a pessoa assediada acreditar que pode perder o emprego, promoção ou uma oportunidade que lhe interessa, caso não ceda às ameaças.

Deve-se observar que não basta só alegar o fato, este deverá ser provado para que seja tomada as devidas providências e, inclusive, caso comprovado, seja devidamente indenizado.

A respeito:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO – PRESCRIÇÃO AFASTADA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – AUSÊNCIA DE PROVAS DESCONSTITUTIVAS DO DIREITO DA AUTORA – RECURSOS IMPROVIDOS.

(...).

À inteligência do artigo 945 do Código Civil, a indenização a ser fixada deve levar em conta o grau de culpa da vítima em confronto com a do autor do dano.

Meras declarações de testemunhas informantes do juízo não têm o condão de ilidir as provas trazidas pela autora, quando isoladas no bojo processual.⁵

PROCESSO CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E TRABALHISTA – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.

ASSÉDIO SEXUAL EM AMBIENTE DE TRABALHO – EMPREGADO DOMÉSTICO.

1. Compete à Justiça Trabalhista processar e julgar ações de compensação por danos morais decorrentes de assédio sexual praticado contra empregado doméstico em seu ambiente de trabalho, ainda que por parte de familiar que nesse não residia, mas que praticou o dano somente porque a ele livre acesso possuía.

2. Na configuração do assédio, o ambiente de trabalho e a superioridade hierárquica exercem papel central, pois são fatores que desarmam a vítima, reduzindo suas possibilidades de reação.

3. Nas relações domésticas de trabalho há hierarquia e subordinação não apenas entre a pessoa que anota a Carteira de Trabalho e Previdência Social e o empregado doméstico, mas também na relação desse com os demais integrantes do núcleo familiar.

4. Conflito conhecido para o fim de declarar a competência do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Jaú - SP, juízo suscitante.⁶

O assédio sexual é um caso concreto de violação do direito de uma pessoa na mesma relação de trabalho com outra, que tem uma importância particular por sua gravidade e pela frequência com que acontece.

O assédio ocorre quando uma pessoa tenta usar o seu poder para obter favores da outra. Trata-se, portanto, de uma ação unilateral e assimétrica. O assediador deseja obter, por chantagem, o que o assediado não quer proporcionar.

As principais características do assédio sexual são: abordagem com propostas de conotação sexual; confidências de assuntos íntimos e embaraçosos sem que haja incentivo; presentes de maneira insistente e indiscreta; compra de favores com uma generosidade suspeita ou com ameaças de chantagens afetivas; prometer vantagens ou promoções condicionadas à aceitação de suas investidas.

5 Ap.Cível - 2008.019636-7/0000-00 - Aquidauana. Rel. Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini. 2ª Câmara Cível. 17.03.2009.

6 (CC 110.924/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 14/03/2011, DJe 28/03/2011)

O próprio Código Penal define o assédio sexual:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

4.5 O que caracteriza o assédio moral no trabalho

A exposição, normalmente, do trabalhador a situações humilhantes ou constrangedoras, através de palavras, gestos ou atitudes praticadas de modo repetitivo e prolongado, as quais ofendem sua dignidade e sua integridade física ou psíquica. No ambiente de trabalho é comum haver cobranças e críticas construtivas. Isso não é assédio, a não ser que seja realizado de maneira a desqualificar o profissional.

A propósito:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSÉDIO MORAL – REUNIÃO REALIZADA PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES DA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL FORA DO PAÇO MUNICIPAL – EXPOSIÇÃO DO AUTOR, SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL, A SITUAÇÃO VEXATÓRIA – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – DEVIDA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – MANTIDO – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS. O assédio moral constitui-se em clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art.º da Constituição Federal, como um dos direitos do homem que, como tal, deve ser respeitado e valorizado em qualquer tipo de relação, em especial na empregaticia. Se o comportamento da Chefe do Poder Executivo Municipal excede aos parâmetros estabelecidos pelos princípios administrativos e da normalidade, colocando o autor, servidor público a ela subordinado, em situação vexatória, configura-se o assédio moral, passível de ser indenizado. O valor da indenização deve se mostrar adequado, a fim de atender aos objetivos da compensação do dano e o caráter pedagógico, levando-se em conta, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁷

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PESSOA OFENDIDA EM SEU LOCAL DE TRABALHO NA FRENTE DE COLEGAS E CLIENTES – AGRESSÕES COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA E NÃO CONTRADITADAS PELA OFENSORA – DANOS MORAIS INQUESTIONÁVEIS – CONCESSÃO DE QUANTUM INDENIZATÓRIO – NECESSIDADE – VALOR EXACERBADO – REDUÇÃO – IMPERIOSIDADE – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tendo sido constatado que a aspirante ao quantum indenizatório foi ofendida em seu local de trabalho, perante colegas e clientes, sem que tenha neste momento motivado a conduta assumida pela agressora, se revelam inquestionáveis os danos que lhe foram infligidos.

Nos casos em que a verba indenizatória, embora arbitrada com base em uma análise pautada na experiência e no bom senso do magistrado, não se revelar subserviente ao princípio da razoabilidade, por se configurar excessiva diante das peculiaridades do caso concreto, se mostrará imperiosa a sua redução.⁸

7 Ap. Cível 0001299-39.2010.8.12.0038 – Nioaque. Rel. Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay. 3ª Câ. Cível. 23.10.2012.

8 Ap. Cível 2005.016711-6/0000-00 – Campo Grande. Rel. Exmo. Sr. Des. Rêmo Letteriello. 4ª Câmara Cível. 31.1.2006.

ADMINISTRATIVO–AÇÃO CIVIL PÚBLICA–IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ASSÉDIO MORAL – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – ENQUADRAMENTO – CONDUTA QUE EXTRAPOLA MERA IRREGULARIDADE – ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO GENÉRICO.

1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.

2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).

3. O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote -, é campanha de terror psicológico pela rejeição.

4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.

7. Recurso especial provido.⁹

O assédio moral não acontece somente entre superior e subordinado, embora seja mais comum e o que o caracteriza é a prática de situações humilhantes, repetidamente, e isso pode acontecer entre pessoas do mesmo nível hierárquico.

Segundo pesquisas, quem mais sofre assédio moral são as mulheres, principalmente negras e indígenas. Também são muito afetadas, mas em menor escala, as trabalhadoras em idade avançada, deficientes, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e obesas.

Essa situação gera danos que influenciam em várias esferas da vida da pessoa, veja:

- Psicológicos: culpa, vergonha e até depressão;
- Físicos: hipertensão, palpitação, dores de cabeça, estresse, entre outros;
- Sociais: retraimento, degradação de seus relacionamentos;
- Profissionais: redução de concentração e produtividade.

Entre os exemplos mais comuns de assédio moral podemos citar:

- Forçar a demissão do trabalhador ou transferi-lo de setor para o isolar;
- Ameaçar constantemente o trabalhador, amedrontando-o;

9 (REsp 1286466/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 18/09/2013).

- Repetir a mesma ordem centenas de vezes, até desestabilizar emocionalmente a subordinada;
- Desmoralizar publicamente; e
- Ignorar a presença do trabalhador.

O assediado poderá se defender de várias maneiras e entre elas destaca-se:

- a) Anotar detalhes das humilhações (datas, nomes, locais, situações);
- b) Não se aquietar, pedir ajuda a colegas, amigos e familiares;
- c) Procurar conseguir testemunhas;
- d) Gravar as agressões; e,
- e) Juntar todos os documentos por escrito que conseguir.

Segundo a CLT e Código Civil, o assediador pode ser responsabilizado nas esferas civil e administrativa/laboral.

A justiça do trabalho é competente para julgar a pretensão de indenização reparatória dos danos materiais e morais dirigidas contra o empregador à luz de sua responsabilidade subjetiva, devido à natureza eminentemente trabalhista, e essa competência pode ser observada na lei maior, confira:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I a V - (...);

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

Entre colegas pode ocorrer a intolerância sem, contudo, tratar-se de assédio moral, como pode ocorrer em questões de ordem subjetiva quando alguém se incomoda com o jeito mais extrovertido de um colega de equipe, ou pelo tom e timbre de sua voz. A dificuldade de relacionamento em um ambiente de trabalho, entre colegas ou mesmo entre subordinado e superior hierárquico pode, eventualmente, gerar ofensa, porém não necessariamente ensejar assédio moral.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa demonstra que o assédio no trabalho já existe há muito tempo, porém não havia punição para o assediador. Porém, diante do entendimento de que homens e mulheres são iguais e, também, com uma maior preocupação com os direitos humanos, essa realidade começou a ganhar novos rumos e o assédio tornou-se algo não aceitável na sociedade atual.

Foi observado que a diferença básica entre os dois institutos é que o assédio sexual pode ser caracterizado por uma única conduta do ofensor enquanto que, no caso do assédio moral, essa conduta precisa ocorrer repetidas vezes, de forma reiterada e duradoura.

Nota-se que existem vários dispositivos constitucionais e infralegais que regulamentam o assédio moral e sexual. Além disso, já existem várias jurisprudências sobre ambos, o que possibilita que o assediado possa pleitear ação na justiça do trabalho e ser ressarcido com a rescisão indireta do contrato de trabalho,

com a indenização por danos morais e/ou com a indenização por danos materiais.

Verifica-se que há uma certa dificuldade em acabar com este mal, pelo fato de muitos assediados sentirem-se envergonhados e até mesmo culpados e, com isso, acabam escondendo o assédio sofrido.

Ocorre que esta conduta negativa no trabalho deve ser evitada e para isso as empresas podem agir antes do assédio acontecer promovendo palestras educativas, distribuindo panfletos, usando canais de comunicação para o assediado sentir-se mais confortável ao narrar o ocorrido, entre outros.

Entretanto, é necessária cautela ao abordar o tema assédio, posto que este não pode tornar-se algo tão banal ao ponto de colegas de trabalho não poderem ter uma amizade, ou que um abraço seja considerado assédio sexual ou, ainda, uma brincadeira seja caracterizada como assédio moral. Exige-se cuidado neste aspecto para que as relações no ambiente de trabalho continuem sendo relações humanas e não apenas um ambiente hostil e frio.

É certo que as lesões injustas causadas pela prática do assédio moral constituem ataque direto à dignidade da pessoa humana. E, uma vez desprovido o homem de sua dignidade, nada mais lhe resta, tornando-se inócuas todas as demais garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico.

Aquele que sofrer danos decorrentes dos crimes aqui pesquisados deve agir e denunciar imediatamente. Tentar memorizar as principais características físicas do agressor e procurar o policial mais próximo e, caso esteja em local privado, acionar o segurança local.

Segundo a CLT e Código Civil, o assediador pode ser responsabilizado nas esferas civil e administrativa/laboral.

Dito isto, conclui-se que o assédio no trabalho é extremamente prejudicial tanto para o empregado, quanto para o empregador. Medidas educativas implementadas pela própria empresa, tornam-se uma das estratégias a serem adotadas. Assim, com um ambiente mais saudável, o próprio trabalho tende a render mais, pois os trabalhadores vão executar suas tarefas mais felizes e com boa vontade, o que acaba por gerar mais lucros para os empregadores.

6. METODOLOGIA DE PESQUISA

O presente trabalho foi desenvolvido sob a perspectiva da pesquisa qualitativa, que envolveu o trabalho de citação de juristas e entendimentos jurisprudenciais, na tentativa de melhor explicar sobre a temática, de forma a dar uma humilde contribuição para esclarecer os aspectos polêmicos que envolvem o assédio sexual e moral no âmbito laboral.

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

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica sobre o assunto, tendo como referencial teórico alguns doutrinadores brasileiros como: Maurício Godinho Delgado, Gustavo Filipe Barbosa Garcia e Thais Mendonça Aleluia, entre outros.

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

7. REFERÊNCIAS

ALELUIA, Thais Mendonça. **Direito do Trabalho**. Coleção Sinopses, v. 23. Ed. Jus Podivm, 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho** (Decreto-Lei 5.452, de 1º/05/1943). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 7. ed. Revista e Atualizada. Ed. Método, 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

TRIBUNAL REGIONAL TRABALHO DA 24ª. REGIÃO – <<http://www.trt24.gov.br>>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

AS DAMAS DO TRÁFICO

Um breve estudo sobre a realidade das mulheres envolvidas no crime de tráfico de drogas.¹

Daniela Rodrigues de Ávila²

Ricardo de Souza Pereira³

Resumo: *O presente trabalho de conclusão de curso aborda o tema das mulheres envolvidas no crime de tráfico de drogas, e tem o escopo de demonstrar como essa prática tem evoluído no Brasil, além de alertar para a urgente importância de se fomentar a tomada de consciência sobre a necessidade de investimentos em uma política criminal que corresponda às especificidades da mulher na prisão. O presente artigo visa também promover a melhor compreensão a respeito do contexto social das mulheres que estão envolvidas com o tráfico de drogas atualmente, além de demonstrar a interligação da traficância feminina com a vulnerabilidade da mulher pela condição de gênero. Objetiva-se comprovar o diferenciado peso que a sentença penal condenatória significa na vida destas mulheres, a ponto de representar uma “sentença de tripla dimensão”. Por fim, busca-se demonstrar que, apesar do crescimento alarmante das mulheres encarceradas, o sistema penitenciário brasileiro não acompanhou tal evolução, de modo que mostra-se inadequado e insensível às necessidades específicas do Universo Feminino.*

Palavras-chave: *1.Tráfico de Drogas. 2.Mulheres. 4.Vulnerabilidade. 5.Tripla Dimensão da Sentença.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda o tema das mulheres envolvidas no crime de tráfico de drogas e tem o escopo de demonstrar como essa prática tem evoluído no Brasil, além de alertar para a urgente importância de se fomentar a tomada de consciência sobre a necessidade de investimentos em uma política criminal que corresponda às especificidades da mulher na prisão.

Registra-se que a escassez de informações e estudos voltados exclusivamente à condição feminina no que tange ao crime de tráfico de drogas, encontrou nos Relatórios do INFOPEN e INFOPEN Mulheres-junho/2014, um alento com os primeiros dados específicos da mulher aprisionada no Brasil. E ainda, por ser tema ausente na doutrina Pátria, buscou-se amparo nos artigos e monografias que começam a surgir em nosso País, como um reflexo da relevante importância do tema.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça, através do Relatório do Sistema Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN 2014)⁴, o crime de tráfico de

1 Trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB/Marcato. Campo Grande, 2016.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB de Campo Grande/MS., 2002. Advogada. Pós-graduada em Direito do Estado e das Relações Sociais, pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul/UCDB, 2003. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela UCDB/Marcato (*LatoSensu*). E-mail: Dani_avila3@hotmail.com.

3 Advogado. Professor de Graduação/UCDB. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Penal/UCDB. Especialista/UCDB. Mestre em Direito Penal/PUC-SP. Orientador do Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da UCDB/ Penal Marcato. E-mail: ricardosouzapereira@yahoo.com.br

4 INFOPEN 2014 - Sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, figura 46, pg. 69.

drogas é o crime de maior incidência no Brasil, correspondendo a 27% (vinte e sete por cento) do total de crimes informados. Deste total, registra-se que o encarceramento feminino pelo crime de tráfico de drogas é bastante superior ao masculino, sendo que, enquanto 25% (vinte e cinco por cento) dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres esta proporção alcança a ordem de 63% (sessenta e três por cento).

No Estado de Mato Grosso do sul, 51,3% (cinquenta e um vírgula três por cento) foram condenados pelo crime de tráfico de drogas. Neste mesmo Relatório, demonstrou-se ainda que, no Estado de Mato Grosso do Sul, mais da metade das pessoas presas aguardam julgamento ou foram condenadas por tráfico de drogas. Já na Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, junto à Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado - SEJUSP, foram colhidos dados do mapa carcerário feminino, que demonstram o alto índice de mulheres presas pela traficância.

Como se vê, na atualidade, a criminalidade feminina não está mais relacionada apenas a delitos tidos anteriormente como “*crimes femininos*”, quais sejam: prostituição, aborto, adultério, ou ainda, os chamados crimes passionais.

Contudo, busca-se demonstrar que, apesar do crescimento alarmante das mulheres encarceradas, o sistema penitenciário brasileiro não acompanhou tal evolução, de modo que mostra-se inadequado e insensível às necessidades específicas do Universo Feminino.

1. As mulheres na linha de frente do crime de tráfico de drogas.

As estatísticas atuais apontam que as mulheres, cada vez mais, entram no mundo do tráfico de drogas.

A alta representatividade de mulheres no crime de tráfico tem chamado a atenção das autoridades que passaram a tratar o assunto de forma mais específica e particularizada.

Prova disso é que, em junho de 2014, foi divulgado pela primeira vez o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN 2014, relativo à população penitenciária feminina, o INFOPEN MULHERES⁵ como política de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade e egressas do sistema penitenciário.

O relatório aponta que, segundo os últimos dados, datados de junho de 2014, o Brasil conta com uma população de 579.781 (quinhentas e setenta e nove mil e setecentas e oitenta e uma) pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, sendo 37.380 (trinta e sete mil e trezentos e oitenta) mulheres e 542.401 (quinhentos e quarenta e dois mil, e quatrocentos e um) homens.

O que significa dizer que o número da população carcerária feminina cresceu quase que o dobro da masculina entre os anos de 2000 e 2012.

No período de 2000 a 2014 o aumento da população feminina foi de 567,4% (quinhentos e sessenta e sete vírgula quatro por cento), enquanto a média de crescimento masculino, no mesmo período, foi de 220,20% (duzentos e vinte vírgula vinte por cento), refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres.

Em geral, as mulheres em submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento.

⁵ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES – JUNHO DE 2014

Esse aumento de mulheres presas por causa do tráfico teria por causa a maioria das mulheres desempenhar funções subalternas na escala hierárquica, sendo, assim, mais facilmente presas, em ordem decrescente de frequência e importância da função feminina associada ao tráfico: “*bucha*” (pessoa que é presa por estar presente na cena em que são efetuadas outras prisões), consumidoras, “*mula*” ou negocia pequenas quantidades no varejo, “*cúmplice*” ou “*assistente/fogueteira*”. Além do evidente aumento da violência por causa do tráfico de drogas em ambos os sexos, haveria uma baixa condescendência por parte do sistema de Justiça em relação à condenação das mulheres.⁶

1.1 A menor importância do papel da mulher no crime de tráfico de drogas.

No Brasil, com o advento da Lei de Drogas, a Lei n.º 11.343/06 seguiu a lógica do endurecimento das penas para o tráfico. A pena mínima passou de 03 (três) para 05 (cinco) anos, conforme dispõe o referido dispositivo:

As condutas que indicam a configuração do crime de tráfico, descritas no tipo penal supracitado são bastante amplas e incluem condutas passivas, como: ter em depósito, trazer consigo e guardar.

Das mulheres encarceradas no período de 2000 a 2014, torno de 68% (sessenta e oito por cento) possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas. Deste número, extrai-se ainda que o tráfico feminino, em sua maioria, não está relacionado às redes de organizações criminosas. Isto porque, a maioria das mulheres presas ocupa uma posição coadjuvante na traficância, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio; muitas são usuárias, sendo poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico.⁷

Como se pode concluir, evidente que a realidade da mulher traficante difere daquela relacionada aos homens, isto porque, na grande maioria dos casos, a mulher não relaciona-se às organizações criminosas, *a contrario sensu*, são meras coadjuvantes neste tipo de crime. Na grande maioria dos casos, são usuárias, ou realizam serviços de transporte de drogas - mormente para levar a substância ilícita aos parceiros que encontram-se presos - momento em que muitas destas acabam sendo presas também. Raros, portanto, são os casos em que a mulher exerce atividade de gerência do tráfico.

Tais mulheres, exatamente por estarem diretamente ligadas ao objeto final do crime, ou seja, na frente mais arriscada do negócio, são as primeiras a serem presas, enquanto muitos homens passam inteiros à prisão e impunes. A ocupação de posições mais baixas e mais expostas e o recebimento de menos dinheiro, tal qual ocorre no mercado formal de trabalho deixa-as mais vulneráveis à prisionização.⁸

1.2 O papel de “mula”.

A realidade cotidiana nas ruas, no quando das prisões em flagrante e ainda delegacias de polícia demonstram que a conduta da Lei n.º 11.343/06 mais praticada pelas mulheres é aquela prevista no art. 33, c/c art. 40, III, vejamos:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...) III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis,

⁶ SOARES e ILGENFRITZ, 2009

⁷ Infopen Mulheres – Junho 2014, pg. 05

⁸ MOURA, 2005:59

sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos (...). (grifo nosso)

Em geral, as mulheres atuam como coadjuvante, enquanto os protagonistas continuam sendo os homens. Dificilmente alguma delas é chefe do tráfico, mantendo sua histórica posição subalterna e circunscrevendo-se quase sempre às funções de vapor, que é o encarregado do preparo e embalagem, produto para consumo; mula, indivíduos que geralmente não possuem passagens pela polícia e que se aventuram a realizar o transporte da droga; e olheiro, como são chamadas as pessoas que se posicionam em locais estratégicos para vigiar as vias de acesso.⁹

É farta a jurisprudência dos Tribunais no sentido de que as mulheres são utilizadas como “mulas” pelos companheiros para levar a droga até o local onde encontram-se presos.

Há registros de que existem quadrilhas especializadas em recrutar mulheres para levar drogas até os presídios e unidades policiais. Como, por exemplo, o caso ocorrido na cidade do Rio de Janeiro - RJ em que mulheres agiam no Complexo de Bangu. No organograma do grupo, duas mulheres tinham papéis-chave no esquema, elas eram as chamadas “tias”, e recrutavam mulheres nas portas das cadeias para entrar com maconha e cocaína na vagina. Para servirem de “mulas”, elas ganhavam entre R\$ 400,00 (quatrocentos reais) e R\$ 800,00 (oitocentos reais). O dinheiro pago dependia da “capacidade de transporte” de cada mulher recrutada.¹⁰

Destarte, é possível afirmar que, embora a subordinação feminina tenha diminuído, ela permanece existindo também na criminalidade. Grupos encabeçados por homens se valem de mulheres para “pôr a mão na massa”. Exemplo disso é a crescente participação delas no transporte de drogas, conforme mencionado acima.¹¹

1.1. Retrato das ocorrências do tráfico feminino.

1.1.1 No Brasil:

Dados do DEPEN demonstram o alarmante aumento do encarceramento feminino no Brasil.

Registrou-se que no ano de 2000 o número de mulheres presas era de 10.112 (dez mil, cento e doze), sendo que, dez anos após, em 2012, haviam 35.036 (trinta e cinco mil e trinta e seis) mulheres presas, significando um crescimento de 246 % (duzentos e quarenta e seis por cento).

Na mesma ocasião, o Relatório do DEPEN concluiu que, em 2012, as prisões por drogas no Brasil representavam 22,6 % (vinte e dois vírgula seis por cento) de homens, e 64,7 % (sessenta e quatro vírgula sete por cento) de mulheres. Tal estudo demonstrou ainda que, apenas no Estado de São Paulo, entre os anos de 2006 e 2012, o número de mulheres presas por tráfico de drogas aumentou quase 05 (cinco) vezes.¹²

O INFOPEN Mulheres afirma que a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário nacional cresceu 567% (quinhentos e sessenta e sete por cento) entre os anos 2000 e 2014, chegando ao patamar de 37.380 (trinta e sete mil, trezentos e oitenta) mulheres.¹³

⁹ BASTOS, 2011

¹⁰ Fonte: jornal O dia, Rio de Janeiro, Pub.: 23/12/2014

¹¹ BIANCHINI, Alice, Jus Brasil

¹² Fonte: Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN

¹³ Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005, dados do Infopen/MJ, p. 10

1.1.2 No Estado de Mato Grosso do Sul.

Mato Grosso do Sul tem figurado o mapa do tráfico internacional, como sendo um dos países que configuram o corredor do tráfico.

Tal colocação, certamente, se dá por tratar-se de região fronteiriça com o Paraguai e a Bolívia, colocando o estado de Mato Grosso do Sul na rota do tráfico internacional.

Sabe-se que em muitos casos, por exemplo, uma carga de drogas que sai do Paraguai, mais precisamente de Capitán Bado (fronteira com Coronel Sapucaia-MS), ou Pedro Juan Caballero (fronteira com Ponta Porã), encontra facilidade para atravessar todo o Estado de Mato Grosso do Sul, até entrar em São Paulo, Minas Gerais, Paraná ou Goiás, de onde poderá seguir a destinos internacionais.

Talvez por isso, a Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes - JIFE, ligada à Organização das Nações Unidas - ONU, venha cobrando providências do governo do Brasil para apertar a fiscalização na faixa de fronteira e, com isto, evitar que a cocaína produzida por Peru, Colômbia, Paraguai e Bolívia, atravesse o território brasileiros antes de ser enviada para os Estados Unidos, Europa e Ásia. O itinerário do tráfico é conhecido: começa nos países vizinhos, passa pelo Brasil e chega aos países do oeste da África, como Guiné Bissau e Cabo Verde. De lá, a droga é levada para a Europa, mas também abastece os Estados Unidos, o Canadá e o México. Infelizmente, o Mato Grosso do Sul está cada vez mais presente, e em posição de destaque, no mapa internacional do narcotráfico.¹⁴

Mais precisamente, quanto ao tráfico exclusivamente feminino, registrou-se que o estado de Mato Grosso do Sul destaca-se pela maior participação das mulheres na população prisional total, configurando com 8% (oito por cento) em relação à distribuição percentual por gênero nas diferentes Unidades Federativas, juntamente com o Estado do Rio de Janeiro (10% - dez por cento), e Roraima (8% - oito por cento).

A evolução da população encarcerada segundo gênero no Estado de Mato Grosso do Sul, no período compreendido entre 2007 e 2014, deu-se da forma a seguir¹⁵:

Ano	Número de Mulheres Presas
2007	985
2008	1.011
2009	976
2010	909
2011	1.061
2012	1.082
2013	1.178
2014	1.242

¹⁴ Fonte: Progresso/Editorial – Corredor do tráfico

¹⁵ INFOPEN Mulheres 2014, Figura 05, pg. 12

1.1.3 Em Campo Grande-MS:

Ao longo da presente pesquisa, foram colhidos dados junto à Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado¹⁶, para que se pudesse demonstrar a realidade do tráfico feminino em números locais e em registros bem atuais.

Registrou-se, na Cidade de Campo Grande-MS, o que segue na tabela:

<u>Autos de Prisão em Flagrante – Feminino¹</u>	
APF por tráfico (adulto)	
% Variação = 17,7 (dezesete vírgula sete por cento)	
2014 – 130	
2015 - 153	

<u>Autos de Apreensões em Flagrante – Feminino²</u>	
AAF por tráfico (Menores)	
% Variação = - 14,3 (menos catorze vírgula três por cento)	
2014 – 07	
2015 - 06	

Campo Grande possui 02 (dois) estabelecimentos penais femininos, quais sejam: Estabelecimento Penal Feminino de Regime Fechado “*Irmã Irma Zorzi*”, e o Estabelecimento Penal Feminino de Regime Semiaberto.

Segundo o Mapa Carcerário Feminino desta Capital, registrou-se que naquele de regime fechado, existem 352 (trezentas e cinquenta e duas) mulheres encarceradas, destas, 270 (duzentas e setenta) foram presas pelo crime do tráfico de drogas, o que significa um percentual de 76,7 % (setenta e seis vírgula sete por cento). Já no estabelecimento de regime semiaberto, de um total de 145 (cento e quarenta e cinco) detentas, 97 (noventa e sete) foram presas pela traficância, registrando um percentual de 66,9 % (sessenta e seis vírgula nove por cento).¹⁷

Logo, conclui-se que a Capital de Mato Grosso do Sul não foge à regra do crescente envolvimento das mulheres no crime de tráfico de drogas, seguindo a realidade das demais capitais.

Esse aumento de mulheres presas por causa do tráfico, seja em nível nacional, estadual ou municipal, teria por causa a maioria das mulheres desempenhar funções subalternas na escala hierárquica, sendo, assim, mais facilmente presas, em ordem decrescente de frequência e importância da função feminina associada ao tráfico: “*bucha*” (pessoa que é presa por estar presente na cena em que são efetuadas outras prisões), consumidoras, “*mula*” ou negocia pequenas quantidades no varejo, “*cúmplice*” ou “*assistente/fogueteira*”.

16 Fonte: Secretaria de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul – Superintendência de Inteligência

17 Fonte: AGEPEN/Abril 2016

Além do evidente aumento da violência por causa do tráfico de drogas em ambos os sexos, haveria uma baixa condescendência por parte do sistema de justiça em relação à condenação das mulheres.¹⁸

2. A interligação entre a traficância praticada por mulheres com a vulnerabilidade da mulher pela condição de gênero.

Pode-se afirmar que não é exclusivamente a motivação econômica que motiva as mulheres a ingressarem no submundo do tráfico de drogas.

É cediço que as mulheres tornam-se traficantes por múltiplos fatores: em razão de relações íntimo-afetivas, para dar alguma prova de amor ao companheiro, ao pai, aos filhos, ou, ainda, envolvem-se com os traficantes como meras usuárias, a fim de obter drogas, e acabam em um relacionamento afetivo que as conduz ao tráfico.¹⁹

A forma e os vínculos com que as mulheres estabelecem suas relações familiares, assim como o próprio envolvimento com o crime, apresentam-se, em geral, de maneira diferenciada quando comparado este quadro com a realidade dos homens privados de liberdade.

Como visto até aqui, não muito raro, as presidiárias afirmam ter sua incursão no mundo do tráfico pela influência dos maridos ou companheiros, o que demonstra maior vulnerabilidade da mulher ante à condição de hipossuficiência na relação com o companheiro.

Um flagrante típico que ocorre com as mulheres é aquele em que a polícia entra na casa atrás dos seus parceiros, que abandonam a residência, deixando a droga para trás - ainda que isso signifique a criminalização das suas mulheres e, por vezes, até mesmo dos seus filhos.

Em que pese seja, de certa forma, reconhecido que a mulher desenvolve papel de menor importância no crime de tráfico, a Lei de Drogas não tem norma alguma que promova a igualdade substancial entre homem e mulher, com o fim de conferir a esta um tratamento diferenciado, quando agir em situação de vulnerabilidade.

Interessante a proposta de Ronio Neves da Cunha Junior:

É o caso da condenação pelo art. 33, caput, c/c o art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, os quais, em seus preceitos primários, não prevêm as circunstâncias históricas, socioeconômicas e culturais que levam a mulher – esposa, companheira, namorada avó, mãe, filha, tia, sobrinha, prima, ou mesmo, em alguns casos, sem vínculo com o preso – a praticar a conduta de tráfico ilícito de drogas, com a qualificadora de transporte no interior de estabelecimento prisional. Não bastasse a ausência da perspectiva de gênero na Lei n.º 11.343/06, a demonstrar que a Lei de Drogas não está em conformidade (a) com a Constituição Federal (arts. 1º, III, 3º, I e 5º, I), (b) com as Convenções e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e (c) com o cenário histórico, socioeconômico e cultural brasileiro; tem-se que, também, que os atores judiciais da segunda e da terceira fases do processo de criminalização (Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública) cegam-se, no processo penal, quanto à presença da vulnerabilidade da mulher.

Vislumbra-se, contudo, que a peculiar situação de mulheres em precedente situação de vulnerabilidade, primárias, com bons antecedentes, não dedicadas à

18 SOARES e ILGENFRITZ, 2009

19 COSTA, 2008; SALMASSO, 2004; BARCINSK, 2009

*atividades criminosas e não integrantes de organização criminosa, quando, pela primeira vez praticarem o crime do art. 33, caput, c/c o art. 40, III, da Lei n.º 11.343/06, possam obter o direito ao exame – na denúncia e na sentença, expressamente declarados (CF, art. 93, IX) – de todas as circunstâncias que estão em seu entorno, para, se o caso: (a) afastar-se a culpabilidade (CPP, art. 386, VI), (b) reconhecer-se a coação irresistível (CPP, art. 386, VI c/c CP, art. 22), ou, em último caso, (c) serem condenadas.*²⁰

No mesmo sentido é a lição de Luiz Flávio Gomes:

*Muitas vezes o criminoso não chega a ser detido, como demonstram os alarmantes dados apresentados. Já que as razões da impunidade passam, geralmente, pelas relações de poder, sem detê-lo, as mulheres serão presas mais facilmente que os homens. Essa privação de poder, então, resulta, também, em dificuldades para se defender em processos penais, bem como para sair da prisão (seja por que os homens possuem mais recursos para fuga, seja por terem maiores condições de defesa pelas vias próprias do sistema jurídico-penal). Percebe-se, assim, que a exclusão social da mulher reproduz-se no universo da criminalidade, tornando-a mais vulnerável à prisionização.*²¹

Muitos, portanto, são os fatores que influem na criminalidade feminina. Grande parte das mulheres que se encontram inseridas no sistema prisional pelos fatores a seguir: Influência masculina; Problemas de ordem familiar, quase sempre fundados em violência intrafamiliar, maus tratos e/ou abuso de drogas e situação socioeconômica (baixo grau de escolaridade e desemprego).

Além destes, até mesmo ante à necessidade de sustentar os filhos sozinha, e até mesmo em busca do *status* social através da suposta alta lucratividade com a traficância. Evidente que há também aquelas mulheres que visam a auferição de renda, o lucro fácil.

Não se busca através deste estudo, sobremaneira, a vitimização da mulher a qualquer custo. Contudo, acredita-se ser recomendável que todo o contexto ao qual a mulher está inserida, bem como a análise dos vetores acima elencados sejam valorados pelos operadores do direito, no quando de sua condenação, com o objetivo de se poder reconhecer a vulnerabilidade feminina no crime de tráfico, pois, só assim, se poderá alcançar a igualdade constitucional entre homens e mulheres, no âmbito da Lei de Drogas.

3. O peso da sentença penal condenatória para a mulher – sentença de tripla dimensão.

Há motivos suficientes para se afirmar que, na prisão, outro crime é ser mulher.

Como o exposto até aqui, a discriminação contra a mulher acusada de tráfico de drogas existe ao longo da trajetória que envolve o crime, antes mesmo do encontro formal com o sistema de justiça, quando, então, a prisão é feita, os martírios são outros a agravar a situação da mulher – agora, condenada.

O contexto prisional existente no Brasil atualmente é predominantemente masculino. Os serviços penais são direcionados aos homens, deixando em segundo plano as diversidades que compõem o Universo Feminino, que está intimamente relacionado a questões diversas como: raça e etnia, idade, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras.

Mulheres em situação de prisão têm demandas, necessidades e peculiaridades que são específicas, contudo, em geral, não são atendidas pelo Poder Público.

²⁰ Artigo: Encarceramento: cegueira e indiferença da vulnerabilidade e da desigualdade de gênero na Lei de Drogas

²¹ GOMES, 2011

Em 2012, durante a Revisão Periódica Universal do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Brasil foi repreendido por desrespeitar os direitos humanos em seu sistema carcerário, especialmente por ignorar questões de gênero. Ou seja, é internacionalmente reconhecido que o sistema penitenciário feminino brasileiro é inadequado. O poder público parece ignorar que está lidando com mulheres e oferece um “*pacote padrão*” bastante similar ao masculino, nos quais são ignoradas a menstruação, a maternidade, os cuidados específicos de saúde, entre outras especificidades femininas.²²

A doutora Corina Giacomello, estudiosa do tema e engajada na causa do tráfico feminino entende haver uma tripla dimensão na sentença penal condenatória da mulher:

Os sistemas penitenciários da América Latina possuem uma série de problemas gerais que afetam toda a população carcerária, tais como: superlotação, condições de reclusão deficientes, violência, tortura, uso excessivo de prisão preventiva, corrupção e falta de programas de trabalho e educativos, entre outros. Por sua vez, a discriminação e a violência afetam a todas as pessoas provadas de liberdade, enquanto os outros afetam especificamente a certos grupos. As mulheres são um dos grupos afetados. Outros grupos vítimas de discriminação são as pessoas da 3ª idade, os incapazes, aqueles que sofrem com problemas de saúde (como HIV/AIDS), os dependentes químicos, os estrangeiros, ou de grupos étnicos e raciais distintos dos grupos dominantes, e as lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu Relatório sobre o acesso à justiça das mulheres vítimas de violência, registrou que nas sociedades americanas, a violência contra as mulheres é aceita. A perpetuação de padrões culturais discriminatórios contra as mulheres agrava a situação de vulnerabilidade deste grupo, ficando sem defesa frente aos grupos do crime organizado, mas, também frente ao Estado, com a reprodução de padrões violentos por parte das instâncias da Justiça e nas repartições de Justiça, e nos presídios.

As mulheres presas pelo tráfico de drogas são afetadas por 3 níveis de exclusão, que se traduzem na prisão, em uma tripla condenação. Primeiro, os fatores de discriminação que começam fora dos muros da prisão e que estão vinculados a permanência de práticas discriminatórias e de relações de poder desigual entre homens e mulheres, em ambientes públicos ou privados. Segundo, assim como os homens presos pelo tráfico de drogas, são submetidas a penas desproporcionais. Terceiro, sofrem de formas de discriminação específicas, dentro da penitenciária. (tradução nossa)²³

22 Artigo: Presos que menstruam. QUEIROZ, Nana

23 Los sistemas penitenciarios de América Latina tienen una serie de problemas generales que afectan a toda la población: hacinamiento, deficientes condiciones de reclusión, violencia, uso de la tortura, uso excesivo de la prisión preventiva, corrupción y falta de programas laborales y educativos, entre otros. A su vez, la discriminación y la violencia que afectan a todas las personas privadas de la libertad se añaden otras que afectan específicamente a ciertos grupos. Las mujeres son uno de los grupos afectados. Otros grupos víctimas de discriminación son las personas de la tercera edad o discapacitadas, las que sufren de determinadas condiciones de salud (como el VIH/SIDA), las personas con uso dependiente sustancias psicoactivas, las personas extranjeras o de grupos étnicos o raciales distintos al grupo dominantes y la población lésbico, gay, bisexual, transexual, travesti, transgénero e intersexual. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia, ha señalado que en la región “la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas”. La perpetuación de patrones culturales discriminatorios contra las mujeres agrava la situación de vulnerabilidad de este grupo y su indefensión frente a los grupos del crimen organizado pero también frente al estado, así como la reproducción de patrones violentos por parte de las instancias de procuración e impartición de justicia y adentro de las cárceles. Las mujeres en prisión por delitos de drogas se ven afectadas por tres niveles de exclusión que se traducen, en la prisión, en una triple condena. Primero, aquellos factores de discriminación que empiezan fuera de los muros de la prisión y que están vinculados a la permanencia de prácticas discriminatorias y de relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres en el espacio público y privado. Segundo, al igual que los varones que participan en delitos de drogas, son sometidas a penas desproporcionales. Tercero, sufren de formas de discriminación específica dentro del espacio penitenciario (GIACOMELLO, Corine)

Louvável o entendimento da renomada jurista, contudo, numa realidade mais brasileira, ousar dizer que, à terminologia de “*tripla dimensão da sentença*” pode se dar conotação um pouco distinta daquela contida nos estudos de Giacomello.

Pode-se dizer que a “*tripla dimensão brasileira*” da problemática acerca da sentença penal condenatória da mulher corresponde a três pilares:

1 - Processual, que compreende:

1.1 Assédio sexual nas prisões em flagrante e visita íntima dificultada para as mulheres nos presídios femininos.

Registra-se que, já no flagrante, ao serem abordadas pela polícia, é fato que os relatos de violência policial física são menos frequentes do que comparado aos homens. No entanto, quando maus tratos acontecem com as mulheres, eles são quase sempre uma violência de gênero. As mulheres relatam que quando o agente que as prendeu era homem, elas apanhavam menos, mas havia muitas ofensas à sua sexualidade e ao seu corpo, inclusive com propostas de propina sexual, que consiste em relaxar a prisão em troca de favores sexuais. A violência física geralmente se apresenta aliada ao abuso sexual, como no caso do policiais masculinos que passam a mão no corpo da mulher presa.²⁴

A violência contra a mulher no flagrante tem um componente de gênero e os magistrados devem estar atentos à dimensão psicológica e sexual dessa violência.

Visita íntima dificultada para as mulheres nos presídios femininos.

Outro ponto importante, e que demonstra a desigualdade entre os encarcerados homens e mulheres, bem como o preconceito contra as mulheres é a questão da visita íntima.

Nas cadeias masculinas a visita íntima é reconhecida como fator importante até mesmo para contribuir com a paz e harmonia nos estabelecimentos, isto porque, há a cultura enraizada de que “*o homem precisa de sexo*” para manter-se bem.

De outro vértice, nos estabelecimentos prisionais femininos, sabe-se que a visita íntima é dificultada e até mesmo motivo de vergonha para as detentas, quando apontam tal necessidade.

Isso é reflexo do machismo da sociedade brasileira. No sistema carcerário masculino, reina a visão de que o sexo “*aplaça a violência do homem*” e que nenhum homem é capaz de viver sem essa “*necessidade básica*”. No sistema feminino, ao contrário, a relação da mulher com o sexo é tabu. Mais: mulheres que sentem essa necessidade são, silenciosamente, consideradas menos dignas.²⁵

1.2 Maior tempo de espera para a audiência de instrução.

Há dados que demonstram que o prazo entre a prisão em flagrante e a primeira audiência de instrução - que, em geral, também consiste no primeiro encontro com o defensor - é maior para as mulheres. Enquanto que para os homens o tempo de espera é de 109 (cento e nove) dias de espera, para a mulher, são 136 (cento e trinta e seis), ou seja, uma média de quase 01 (um) mês a mais de espera para as mulheres.²⁶

2 - Saúde feminina (ginecologia) e higiene pessoal.

24 Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – Parte II.

25 Diário do Centro do Mundo. Como é a vida nas prisões femininas no Brasil. Pub. 17/08/2013.

26 Fonte: Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV)

A Lei n.º 7.2010/84 (Lei de Execução Penal) prevê em seu art. 14:

A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

(...) § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)” (grifo nosso)

A Lei de Execução Penal prevê, portanto, em seu art. 14, que a assistência à saúde da pessoa privada de liberdade compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Ainda, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

Contudo, em que pese a previsão legal, a realidade mostra-se bem distinta do que determinou o legislador.

Apesar de ser um direito constitucional de todos os brasileiros, as mulheres presas quase não têm acesso a saúde e tratamento médicos, principalmente acompanhamento ginecológico.

Dos dados contidos no INFOPEN Mulheres, quanto ao tratamento de saúde feminina (ginecologia), na parte que cuida da gestão de recursos humanos, infere-se que existem, ao todo, 67.176 (sessenta e sete mil, cento e setenta e seis) profissionais em atividade no sistema prisional brasileiro, entre várias áreas de atuação, como por exemplo: cargos administrativos, policiais, servidores de custódia, psicólogos, assistentes sociais, entre outros.

Da área médica, dentre todas as especialidades, registrou-se:

- a) Clínicos-gerais – 449 (quatrocentos e quarenta e nove);
- b) Ginecologistas – 37 (trinta e sete);
- c) Psiquiatras – 187 (cento e oitenta e sete);
- d) Outras especialidades – 33 (trinta e três).

Como se vê, dentre todas as áreas da medicina, registrou-se somente a existência de 37 (trinta e sete) médicos ginecologistas, perdendo somente para a categoria “*outras especialidades*”, ou seja, envolvendo todas as demais especialidades médicas.

Os dados acima demonstram, claramente, o desleixo com que a saúde feminina é tratada pelo Estado, de modo que inexiste preocupação maior do Estado com a condição da mulher aprisionada.

Quanto à higiene pessoal, é comum ouvir relatos das detentas no sentido de que não são distribuídos os itens de higiene suficientes.

Se considerarmos o fato de que a maioria destas mulheres são abandonadas pela família, fica difícil imaginar como elas se viram para lidar com a questão da higiene.

Nestes casos, elas procuram substituir os absorventes por papel higiênico, jornal, ou até mesmo, miolo de pão enrolado, que serve como um O.B. (absorvente interno) improvisado. Logo itens de higiene se tornam moeda de troca dentro dos presídios, tão valiosos quanto cigarros, serviços de manicure e cabeleireiro, entre outros.²⁷

27 Diário do Centro do Mundo. Como é a vida nas prisões femininas no Brasil. Pub. 17/08/2013.

3 - A maternidade

Aqui, talvez, o tema mais sensível quando se lida com mulheres encarceradas. Ademais, importante a compreensão de que, neste ponto, não trata-se somente dos direitos da mãe presa, e sim, dos direitos da criança.

Ab initio, válido o registro de que algumas presas alegam nunca ter visto um ginecologista ou obstetra durante a gestação. Outras contam que dormem no chão já com gravidez avançada ou com o bebê recém-nascido. Ainda, há registros de que policiais e carcereiros resistiram até o último minuto para levar mulheres em trabalho de parto ao hospital, motivo pelo qual, algumas delas deram à luz na própria cela.²⁸

Para melhor elucidação da *quaestio*, o caso a seguir demonstra a importância e a gravidade do tema:

Telma foi presa com o seu filho nos braços. Após permanecerem juntos em uma cela por algumas horas, ela foi levada para uma Penitenciária e o filho para um abrigo. Os dois nunca mais se encontraram.

Érica está presa há quase 1 ano por uma tentativa de roubo de um celular. Foi presa quando estava grávida, teve seu filho na prisão e vive agora a angústia de saber que dentro de 1 mês terá que se separar dele e que o destino da criança será um abrigo.

*Estes dois casos retratam, de forma muito singela, uma das mais perversas facetas do encarceramento na vida das mulheres: o cruel impacto da prisão nas relações entre mães e filhos. A falta de políticas públicas que considerem a prisão sob a perspectiva de gênero acaba por gerar uma verdadeira “sobrepena” para as mulheres. Para além da privação de liberdade, essas mulheres vêm-se alijadas do convívio com seus filhos, por vezes de forma definitiva, não sendo raros os casos de destituição do poder familiar da mãe presa, que sequer participa ou é ouvida no processo.*²⁹

O artigo 5º da Constituição Federal assegura às presidiárias “condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

A Lei de Execução Penal (LEP) exige que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres” sejam dotados de “berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”, além de “seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos”. A LEP também estabelece preferência para “penas não privativas de liberdade” para mulheres grávidas e com filhos dependentes.

A lei prevê que sejam disponibilizados berçários para as detentas com filhos menores de seis meses, porém, na prática, para atender a legislação vigente, alguns presídios desativam celas e as transformam em berçários improvisados, de modo que nem a mãe e nem o bebê recebam o tratamento adequado.

3.1. As “Regras de Bangkok”.

A 65ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, ocorrida em outubro de 2010, aprovou as “Regras de Bangkok”, que foram editadas em razão do recrudescimento das percentagens de mulheres reclusas e da consideração de que as mulheres presas são um grupo vulnerável que tem necessidades especiais.

²⁸ QUEIROZ, Nana.

²⁹ A delicada relação entre os direitos da criança e a lei

Tais regras visam complementar as regras mínimas para tratamento de pessoas presas e as regras de tóquio, que tratam de medidas não privativas de liberdade, e são endereçadas às autoridades penitenciárias, órgãos e agentes atuantes no sistema de justiça penal.

Dentre os diversos dispositivos que as Regras de Bangkok trazem e que tratam especificamente da temática das mães no cárcere, destacamos, inicialmente, o direito da mulher, no momento da prisão, de poder definir como dispor sobre seus filhos e de ter acesso e reunir-se com seus familiares, possibilitando-se, inclusive, a suspensão da reclusão por um período razoável em função do melhor interesse da criança (Regra 2).

Trata-se de garantia inicial fundamental para evitar que crianças fiquem desamparadas após a prisão da mãe e sejam inseridas de forma desnecessária em programas de acolhimento institucional. Para tanto, a autoridade policial deve questionar a mulher sobre a existência de filhos e os possíveis familiares que possam assumir os cuidados da criança (Regra 3). Não havendo familiares que possam cuidar da criança ou residindo estes em outras localidades, deve-se colocar a mãe em liberdade por um tempo razoável para que ela possa providenciar os arranjos que julgar necessários aos cuidados do filho.

As Regras de Bangkok preocupam-se também com a manutenção dos vínculos entre a mãe presa e seus filhos, prevendo que o local de detenção deve ser sempre aquele mais próximo à sua residência (Regra 4). Há também disposições específicas sobre as visitas e sua importância (Regras 26 a 28).³⁰

Convém assinalar que as “Regras de Bangkok” estão em plena consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, eis que partem da necessidade de não estender os efeitos da condenação aos filhos e familiares, necessidade positivada na Constituição como direito fundamental (artigo 5º, XLV), e, ainda, possibilitam que a condição de mãe seja considerada como atenuante, o que é totalmente passível de conformação a partir do disposto no artigo 66 do Código Penal (a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei). As “Regras de Bangkok” foram consideradas um verdadeiro marco normativo internacional, contudo, como se viu no apresentado até aqui, tais regras não estão sendo honradas e devidamente cumpridas pelo sistema penitenciário nacional brasileiro.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, chega-se à conclusão de que o tráfico de drogas é o grande responsável pelo crescimento do número de mulheres encarceradas no Brasil. Conclui-se, ainda, que o sistema penitenciário nacional não está preparado para lidar com tal crescimento, tampouco, está atento para identificar as necessidades que compreendem o universo feminino, significando, a sentença condenatória penal para a mulher, uma “tripla condenação”.

O contexto prisional existente no Brasil atualmente é predominantemente masculino. Os serviços penais são direcionados aos homens, deixando em segundo plano as diversidades que compõem o universo feminino, que está intimamente relacionado a questões diversas como: raça e etnia, idade, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade, entre tantas outras. Ressalta-se que, dentro do sistema prisional brasileiro, a mulher sofre de um abandono progressivo.

³⁰ Maternidade na Prisão, a delicada relação entre os direitos da criança e a Lei.

Alguns caminhos podem ser traçados para que a igualdade substancial entre homem e mulher seja promovida, especialmente no âmbito das condenações pelos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06. Antes de tudo, é necessária a geração de informações precisas para que sejam apontadas as falhas e tudo aquilo que precisa ser melhorado, para, então, a partir disso, sejam desenvolvidos sistemas de prevenção, uma política de drogas voltadas à mulher, e, por fim, a reforma do sistema prisional, com atenção às causas femininas.

O crescimento alarmante do número de mulheres presas, especialmente pelo crime de tráfico de drogas, demonstra que, talvez seja o momento de que os magistrados tenham uma nova visão quanto à aplicação da culpabilidade e/ou a aplicação do determinado nas “*Regras de Bangkok*” acerca da circunstância atenuante, em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (art. 66, do Código Penal), quando estiverem a decidir os casos em que as mulheres - pela primeira vez e em precedente situação de vulnerabilidade, primárias, com bons antecedentes, não dedicadas às atividades criminosas e não integrantes de organização criminosa - praticarem o crime do art. 33, *caput*, c/c o art. 40, III, da Lei de Drogas.

É necessário que a perspectiva de gênero da mulher acusada por tráfico de drogas, especialmente pela agravante de no tocante ao transporte a estabelecimentos prisionais possa constituir-se como fator relevante ao decretar a sentença, em consideração às circunstâncias que permeiam todo o crime. Seja de origem história, socioeconômica e /ou cultural, que *per si* tornam a mulher vulnerável.

Válida é a discussão a cerca do tema, eis que, somente através disso será despertada a importância do reconhecimento da desigualdade abissal existente entre o homem e a mulher encarcerados.

Por fim, o trabalho apresentado revelou a necessidade de se pensar em alternativas para a problemática feminina, além da implantação pelo poder público de políticas sociais voltadas à realidade da mulher presa, eis que a mulher é parte de um sistema familiar e os efeitos da sentença repercutem diretamente sobre seus filhos e familiares. Estes efeitos colaterais precisam e devem ser considerados na individualização da pena e no regime prisional, mormente, em atenção ao interesse superior da criança.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Lúcia de Oliveira. **Vozes de Dentro... de Mulheres... e de Muralhas**. Um Estudo sobre Jovens Presidiárias em Salvador, Bahia. Salvador: UFBA, Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, 2006.

BRASIL. **Código Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição** (1988). 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei de Drogas. **Portal do Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – **INFOPEN** – Junho, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – **INFOPEN MULHERES** – Junho, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>.

CHESNEY-LIND, M. Imprisoning Women: The Unintended Victims of Mass Imprisonment. In: CHESNEY-LIND, M.; MAUER, M. (orgs.). **Invisible Punishment, The Collateral Consequences Mass Imprisonment**, New Press. p. 84, 2003.

ConJur. Maternidade na prisão, a delicada relação entre os direitos da criança e a lei. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-18/maternidade-prisao-delicada-relacao-entre-direitos-crianca-lei>. Postado em: 18/09/2011. Acesso em: 24/05/16.

Conjur. Diário do Centro do Mundo. Como é a vida nas prisões femininas no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-18/maternidade-prisao-delicada-relacao-entre-direitos-crianca-lei>. Postado em: 17/08/2013. Acesso em: 23/05/16.

CUNHAJUNIOR, Ronio Neves da. **Portal Jusnavigandi**. Lei de Drogas e desigualdades de gênero. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31986/encarceramento-cegueira-e-indiferenca-da-vulnerabilidade-e-da-desigualdade-de-genero-na-lei-de-drogas>. Postado em: 09/2014. Acesso em: 30/09/2015.

DA SILVA, Thalita Sobrinho. **Perfil da Criminalidade Feminina num Estado de Fronteira**. Aquidauana: UFMS, Dissertação de Graduação em História, 2013. Disponível em: <http://docplayer.com.br/357972-Perfil-da-criminalidade-feminina-num-estado-de-fronteira-1.html>. Acesso em 19/05/2016.

ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Secretaria de Justiça e Segurança Pública – Superintendência de Inteligência – Coordenadoria de Fiscalização e Controle (Núcleo de Estatísticas e Análise Criminal).

GIACOMELLO, Corina. **Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios em América Latina**. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf. Postado em: 10/2013.

O Dia Rio. Mulheres eram usadas como ‘mulas’ para transportar drogas para presídios. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2014-12-23/mulheres-eram-usadas-como-mulas-para-transportar-drogas-para-a-prisao.html>. Postado em: 23/12/2014. Acesso em: 13/11/2015.

Portal Justificando. Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – Parte II. Disponível: <http://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/219369104/mulheres-e-trafico-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-ii>. Postado em 13/08/15. Acesso em: 19/05/16.

(Footnotes)

1 Dados da Polícia Civil /Núcleo de Estatísticas e Análise Criminal em: 20/05/2016

2 Dados da Polícia Civil /Núcleo de Estatísticas e Análise Criminal em: 20/05/2016

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



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 autocomposição (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 autocomposição 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 autocomposição, sob pena de 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 autocomposição, 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 autocomposição 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 autocomposição 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.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0000752-73.2007.8.12.0015 – Miranda
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECLARAÇÃO E CONSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE TOMBAMENTO DE BEM HISTÓRICO E CULTURAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE CULPA DE ENTE MUNICIPAL AO CONCEDER ALVARÁ DE REFORMA DE IMÓVEL NÃO REGISTRADO COMO DE VALOR HISTÓRICO E CULTURAL – AFASTADO POR PRECLUSÃO LÓGICA – MINORAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO – VALOR MANTIDO POR SE MOSTRAR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

A impossibilidade jurídica do pedido é proibição expressa no ordenamento jurídico do pedido trazido para apreciação. Partindo desta premissa, não há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que nenhuma lei e em nenhum artigo da Constituição Federal anota a competência de tombamento de exclusividade ou como monopólio do executivo e do legislativo, ou seja, não há norma jurídica que expressamente proíba o Judiciário de declarar o tombamento de um bem. Muito menos se fala em ato discricionário da administração em tomar de acordo com sua conveniência e oportunidade, uma vez que há “obrigação” de preservação do patrimônio histórico e cultural pelo inciso III do art. 23 da CF/88 e, portanto, se esta regra de conduta não é cumprida pelo poder público, age com ilegalidade (omissão – não fazer o que deveria fazer), o que legitima a atuação do Judiciário, sem que se fale em violação ao princípio da Separação de Poderes do art. 2º da CF/88.

Se o município condenado por ter concedido alvará de reforma em imóvel posteriormente declarado pelo judiciário como de valor histórico e cultural suscita, expressamente, no próprio recurso de apelação, que sabia sobre o fato notório da qualidade histórica e cultural do referido imóvel, apesar de ausência de lei neste sentido, há preclusão lógica sobre o pedido recursal de não indenização por ausência de culpa (desconhecimento do fato).

Por interpretação *a fortiori* (quem pode o mais pode o menos), se a simples negatificação, por si só, por entendimento do STJ pode gerar indenização em até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o valor de R\$ 50.000,00 por dano moral coletivo por reformas em prédio notoriamente conhecido como de valor histórico e cultural, não pode ser considerado como desproporcional.

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, 30 de janeiro de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposto pelo Município de Miranda em face da sentença de f. 399/408, que julgou procedente o pedido trazido na ação civil pública para declarar o valor cultural do imóvel *sub judice* e para condenar na obrigação de fazer, consistente na restauração integral do imóvel, observando todas as suas características originais no prazo de seis meses e no pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de forma solidária pelo requeridos e, por fim, a concessão da obrigação de não fazer, consistente em não destruir, demolir ou mutilar o imóvel sem prévia autorização do IPHAN e da Fundação de Cultura de Mato Grosso do Sul.

Município de Miranda suscita em seu recurso de apelação de f. 417/427, em apertada síntese: I – preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido; II – para julgar improcedente os pedidos trazidos na petição inicial da ação civil pública; III – fiscalização da reforma a ser feita as expensas do proprietário, bem como, a conservação do imóvel; IV – reduzir o valor do dano moral coletivo para o mínimo economicamente possível.

O recorrido, devidamente intimado às f. 430, apresentou contrarrazões pelo improvimento do recurso às f. 431/441.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Município de Miranda em face da sentença de f. 399/408, que julgou procedente o pedido trazido na ação civil pública para declarar o valor cultural do imóvel *sub judice* e para condenar na obrigação de fazer, consistente na restauração integral do imóvel, observando todas as suas características originais no prazo de seis meses e no pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de forma solidária pelo requeridos e, por fim, a concessão da obrigação de não fazer, consistente em não destruir, demolir ou mutilar o imóvel sem prévia autorização do IPHAN e da Fundação de Cultura de Mato Grosso do Sul.

Município de Miranda suscita em seu recurso de apelação de f. 417/427, em apertada síntese: preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido; para julgar improcedente os pedidos trazidos na petição inicial da ação civil pública; fiscalização da reforma a ser feita às expensas do proprietário, bem como, obrigação de conservação do imóvel; reduzir o valor do dano moral coletivo para o mínimo economicamente possível.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Passo à preliminar de carência de ação

O apelante pede a preliminar de extinção do processo sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a conduta de proteção ao patrimônio público e cultural estão afetas a instrumento legal, ou seja, à lei no âmbito municipal, de atribuição específica do poder executivo e legislativo, diante da atribuição da autonomia republicana do art. 18 da Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, não teria como o judiciário decidir com efeitos normativos em declarando e constituindo um tombamento sobre bem como de valor histórico e cultural.

Certo que a impossibilidade jurídica do pedido não vem mais como condições da ação, nos termos da redação do art. 17 e art. 485, VI do CPC de 2016, contudo, o pedido será apreciado como tal, um vez que suscitado antes da entrada em vigor do novo CPC (14 de março de 2017).

Pois bem, a impossibilidade jurídica do pedido implica na proibição expressa no ordenamento jurídico a respeito do pedido trazido para apreciação pela tutela jurisdicional – heterocomposição.

No dizer de Arruda Alvim:

“Por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou a que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material” (Manual de direito processual civil. Vol. 1. Parte Geral. 11ª ed. Revista, aplicada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 417).

Igualmente por Nelton do Santos:

“Segundo Liebman, a possibilidade consiste na admissibilidade em abstrato do provimento pedido, isto é, no fato de incluir-se este entre aqueles que a autoridade pode emitir, não sendo expressamente proibido. De fato, às vezes determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto” (Código de processo civil interpretado. Coordenação de Antônio Carlos Marcato. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 808).

Este é o entendimento do STJ:

“Ausente vedação expressa, no ordenamento jurídico, ao pleito formulado pelos autores, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido” (REsp 813.678/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

“O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposita” (REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008).

Partindo desta premissa que firmo entendimento de que não há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que nenhuma lei e em nenhum artigo da Constituição Federal anota a competência de tombamento de exclusividade ou como monopólio do executivo e do legislativo. Em outros termos: não há norma jurídica que expressamente proíba o Judiciário de declarar o tombamento de um bem.

Inclusive, a competência para a defesa do patrimônio histórico e cultural é comum (poder público como um todo), como se infere do inciso III do art. 23 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Muito menos se fala em ato discricionário da administração em tomar de acordo com sua conveniência e oportunidade, uma vez que há “obrigação” de preservação do patrimônio histórico e cultural pelo inciso III do art. 23 da CF/88 e, portanto, se esta regra de conduta não é cumprida pelo Poder Público, age com ilegalidade (omissão – não fazer o que deveria fazer), o que legitima a atuação do judiciário, sem que se fale em violação ao princípio da Separação de Poderes do art. 2º da CF/88.

Por fim, anota-se que a impossibilidade de atuação normativa pelo Judiciário não é absurda, como quer fazer crer o apelante, uma vez que a separação de poderes do próprio art. 2º da CF/88 lhe dá competência para esta função excepcional e atípica, assim como tem feito no pedido em ação de mandado de injunção

(Lei n. 13.300/2016 e artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal), onde o Judiciário cria e constitui o direito diante do estado de hibernação do legislativo em face de norma de eficácia limitada.

“Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (...) Edição de lei complementar. 5. Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT” (ADO 25, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2016, Processo Eletrônico DJe-182 DIVULG 17-08-2017 PUBLIC 18-08-2017).

Assim, afasto a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Passo ao pedido de improcedência dos pedidos

Pede a improcedência do pedido trazido na ação civil pública de indenização, uma vez que há ausência de conduta culposa por parte do Município de Miranda diante da inexistência de lei municipal atinente ao acervo histórico e cultural no âmbito municipal e, também, que a reforma deve ser feita exclusivamente pelo proprietário (quem agiu com culpa).

Pois bem, certo que o pedido de indenização em face do Poder Público tem seu extrato de fundamento na teoria do ato ilícito, que além do assento constitucional do art. 37 da CF/88, também, no art. 186 e art. 927, ambos do Código Civil, o qual traz seus requisitos legais para tanto.

Veja-se:

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.

Pois bem, em relação à ausência de lei sobre o tombamento e, portanto, do desconhecimento de que o bem era de valor histórico e cultural há preclusão lógica quanto a esta tese de ausência de culpa (desconhecimento).

Isso porque, é fato notório a respeito do valor histórico e cultural do bem perante o Município, tanto que ocorreu negativa de reforma por este motivo e que o alvará foi concedido posteriormente, ainda que conhecedor deste fato, tanto que expressamente assim se fez constar no próprio recurso de apelação (f. 423 – sexto parágrafo):

“Não há como deixar de reconhecer o valor histórico e cultural do imóvel, objeto da presente ação. Entretanto, o prédio necessitava de reformas urgentes”.

Consta também no recurso de apelação, que recebeu várias recomendações do Ministério Público Estadual para que fosse tombado o bem alvo de indevido alvará de bem tombado pelo Judiciário. Portanto, inúmeros elementos nos autos onde reconhece conhecer a qualidade e natureza do imóvel reformado.

Então e por via de consequência, se expressamente reconhece o fato histórico do bem, não pode negá-lo ao suscitar ausência de culpa, ao desconhecer a natureza histórica do imóvel, por preclusão lógica, ou seja, sequer abre possibilidade de rediscussão deste tema neste processo, uma vez que a verdade já está posta pela própria parte e este ponto se coloca uma pá de cal, a fim de que não haja movimentação da

máquina judiciária de forma inútil e, portanto, afronta à duração razoável do processo do art. 4º, art. 129, II, ambos do CPC e art. 5º, LXXVIII da CF/88.

Veja-se por parte da doutrina a respeito da preclusão lógica:

“A razão de ser do instituto está lastreada na boa organização do processo e no impulsionamento do processo rumo a seu fim. Não está, pois, assentada no valor justiça, mas sim no valor efetividade, sendo importante ferramenta destinada à eliminação dos conflitos e, consequentemente, à pacificação social. Trata-se de um imperativo da ordem e da disciplina processuais” (Maurício Giannico. A preclusão no direito processual civil brasileiro. Coleção Theothônio Negrão. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 80).

“As preclusões constituem expedientes técnicos jurídicos empregados em prol da abreviação dos processos e com o fito de impedir a sua duração indeterminada. Com isso, favorecem aos escopos sociais de pacificação e de educação” (Cândido Rangel Dinamarco. A instrumentalidade do processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 287).

“Finalidade da preclusão é, pois, tornar certo e ordenado o caminho do processo, isto é, assegurar-lhe um desenvolvimento expedido e livre de contradições ou de retorno e garantir, outrossim, a certeza das situações jurídicas processuais” (Manoel Caetano Ferreira Filho. A preclusão no direito processual civil. Curitiba: Juruá, p. 28).

Assim, afasto a pretensão de ausência de culpa por parte do Município de Miranda e do pedido de responsabilização exclusiva do proprietário do imóvel, uma vez que ambas pretensões estão calcadas na preclusão lógica.

Passo ao pedido de minoração de danos morais coletivos

Pede para reduzir o valor do dano moral coletivo fixado em cinquenta mil reais, para o mínimo economicamente possível.

A regra geral é que o valor do dano se mede pela sua extensão conforme regra do art. 927 do Código Civil.

A extensão do dano para dano moral coletivo não se faz de forma axiológica e objetiva como o dano material (art. 402 do Código Civil – efetivamente perdeu ou deixou de ganhar), contudo, podemos chegar ao valor proporcional e razoável utilizando como parâmetro os valores de condenação encontrados na jurisprudência.

Levando em conta esta premissa, é tema pacificado pelos tribunais que a cobrança indevida e a anotação nos órgãos de proteção de crédito constitui fato gerador para o dever de indenizar e, o STJ firmou entendimento que o valor até 50 salários mínimo (aproximadamente R\$ 50.000,00) não se mostra excessivo e desproporcional.

Eis jurisprudência do STJ a respeito:

“No presente caso a quantia fixada pelo Tribunal de origem a título de indenização por dano moral, qual seja, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), escapa à razoabilidade e se distancia dos parâmetros adotados por este Tribunal Superior, que preleciona ser razoável a condenação em até ao equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito” (AgRg no AREsp 160.172/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 28/05/2012).

Por interpretação *a fortiori* (quem pode o mais pode o menos), se a simples negatificação, por si só, por entendimento do STJ pode gerar indenização *em até* R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o valor de R\$ 50.000,00 por dano moral coletivo por reformas em prédio notoriamente conhecido como de valor histórico e cultural, não pode ser considerado como desproporcional.

Assim, mantenho o valor da condenação.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço e nego provimento ao recurso interposto pelo Município de Miranda. Condeno o apelante na sucumbência recursal do §11 do art. 85 do CPC, no valor correspondente a 10% 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. 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, 30 de janeiro de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0801482-28.2015.8.12.0029 – Naviraí
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AFASTADA – MÉRITO – RUAS COM NUMERAÇÃO DESORDENADA – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OCORRÊNCIA – PEDIDO DE DILAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO – LIMITE TEMPORAL MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura da ação coletiva de consumo visando à defesa de direitos individuais homogêneos, assim como direitos difusos dos consumidores.

O caso versa sobre ação civil pública que trata da violação de direitos individuais homogêneos e, conforme doutrina, a atuação do Ministério Público sempre é cabível quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ainda que potencial; seja acentuada a relevância social do bem jurídico a ser defendido; esteja em questão a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, cuja preservação aproveita à coletividade como um todo, o que ocorre na hipótese.

A ausência de numeração ou numeração irregular dos imóveis dificulta o trabalho de entrega de correspondências feita pelos correios, prejudicando a eficiência do atendimento da população.

A alegação de limitação orçamentária e cláusula da reserva do possível, não justifica a resistência e omissão do poder público, que intenta com essa premissa como uma salvação para situações que envolvem pecúnia, sem demonstração real de sua impossibilidade.

O poder judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas destinadas à efetivação de direitos e garantias, sem que disso resulte, necessariamente, ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Não há que se falar em dilação de prazo, tendo em vista que o poder público municipal já teve prazo suficiente para o cumprimento da decisão judicial.

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, 30 de janeiro de 2018.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Naviraí em face da sentença de f. 105/108, que rejeitou a preliminar e julgou procedente a presente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Em suas razões (f. 113/125), o município apelante alega, preliminarmente, pela carência da ação face a ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual. No mérito, argumenta que a regularização de numeração das ruas está contida dentro da programação administrativa, bem como necessita de maior prazo, pois há outros serviços que demandam a atenção da gerência de obras. Pondera, ainda, que devem ser respeitados os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível.

Ao final, requer o acolhimento da preliminar arguida e, em não sendo acolhida, que o recurso seja julgado totalmente procedente. Alternativamente, no caso de manutenção da sentença, pede que seja concedido o prazo mínimo de 06 (seis) meses para regularização da numeração das ruas apontadas na inicial.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 134/139).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Naviraí em face da sentença de f. 105/108, que rejeitou a preliminar e julgou procedente a presente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual.

Considerações sobre a aplicação sobre da lei processual

Primeiramente anoto que com o advento do NCPC, é necessário examinar os efeitos do direito intertemporal que incidem no caso concreto, a teor do que consta no art. 14, do CPC, assim redigido:

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

Assim, considerando que a sentença ora recorrida foi proferida e publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (02.02.2016), o presente julgamento deve observar aquelas disposições legais e não as novas.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual

O Município de Naviraí em seu arrazoado alega, preliminarmente, pela ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual.

Não assiste razão ao recorrente.

A Constituição Federal, nos termos do art. 127, conceitua a função do Ministério Público como essencial à justiça, incumbindo-lhe, inclusive, à defesa dos interesses individuais indisponíveis, *in verbis*:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Outrossim, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), em seu art. 25, prescreve suas funções da seguinte forma:

“Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

(...)

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;” (...).

Segundo o artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, os direitos individuais homogêneos são aqueles cujo objeto pode ser dividido e cujos titulares são perfeitamente identificáveis. Não importa se existe relação jurídica anterior ou vínculo que una os titulares entre si ou com a parte contrária, como ocorre com os direitos coletivos em sentido estrito. Aqui, o que caracteriza o direito como individual homogêneo é a origem comum.

A esse respeito, o processualista, José Carlos dos Santos Bedaque¹, preleciona que:

“(...) Não se pode pensar na possibilidade de o Ministério Público provocar a atividade jurisdicional, deduzindo direito individual de uma pessoa, ainda que ele possa ser classificado como individual homogêneo. Na verdade, o que o Ministério Público em tese poderia fazer é propor demanda coletiva, tendo por objeto interesse individual homogêneo, visando à obtenção da tutela coletiva.

Para a correta compreensão do problema, não se pode perder de vista a função institucional atribuída ao Ministério Público pela Constituição: defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

No exame dos textos infraconstitucionais, deve-se levar em conta, primeiramente, o art. 82 do CDC, que, após a definição de cada uma das categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos feita no art. 81, estabelece o rol dos legitimados para a defesa desses interesses. No item I desse dispositivo encontra-se o Ministério Público.

A partir dessas regras, nós detectamos na jurisprudência uma corrente segundo a qual o Ministério Público tem indiscutivelmente legitimidade para defesa de interesses coletivos e difusos. Qualquer direito difuso ou coletivo, tal como estabelecido na Constituição Federal (art. 129, III). Com relação aos individuais homogêneos, só teria legitimidade para defesa dos pertinentes à relação de consumo, tendo em vista a previsão de encontrar-se no Código de Defesa do Consumidor. Não poderia atuar na defesa de outros interesses individuais homogêneos, na medida em que não regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Essa legitimidade seria exclusiva, pois, para as hipóteses de relação de consumo.

Acontece que o art. 90 do CDC alterou a redação do art. 21 da LACP, estendendo a todos os direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, o regime processual

¹ In Legitimidade Processual e Legitimidade Política, publicado (em colaboração) na obra organizada por Carlos Alberto de Salles, Processo Civil e Interesse Público: o processo civil como instrumento de defesa social RT, 2003, pp. 107/109•h.

coletivo previsto no Título III da Lei 8.078, de 11.09.1990. É evidente que a expressão individuais deve ser entendida à luz da função institucional do Ministério Público.

Em suma, este Título III não se limita mais a regular o processo coletivo relativo a interesses decorrentes de relação de consumo. Aplica-se a todos os interesses individuais homogêneos.”

Ora, a homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da presente ação e, portanto, entendo que o Ministério Público é parte legítima para ajuizar a ação coletiva de consumo que vise tutelar direitos dos consumidores, quando esses direitos apresentarem nítido e relevante interesse social e público, como no caso vertente.

Assim, afasto a aludida preliminar.

Mérito

Em suas razões (f. 113/125), o município argumenta que a regularização de numeração das ruas está contida dentro da programação administrativa, bem como necessita de maior prazo, pois há outros serviços que demandam a atenção da gerência de obras. Pondera, ainda, que devem ser respeitados os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível.

Pois bem.

Da análise do caderno processual, restou notório que os imóveis localizados nos logradouros públicos mencionados na exordial possuem numeração desordenada, o que acaba por prejudicar o serviço público de entrega de correspondências, fato este reconhecido pelo recorrente.

Desse modo, restou incontroverso o fato quanto a obrigação do poder público municipal com relação ao cumprimento de sua obrigação de manter a regularidade numérica das residências (art. 334, III/ CPC/73).

No tocante ao argumento de violação aos princípios da separação de poderes e reserva do possível, tenho também que não merece prosperar. Explico.

Com relação a alegada ausência de condições financeiras de cumprir o que fora determinado na sentença, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação do ente público de garantir o mínimo existencial, devendo ser realizada uma ponderação entre os valores em conflito. Vejamos:

ADMINISTRATIVO – PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – REDE DE ESGOTO – VIOLAÇÃO AO ART. 45 DA LEI N. 11.445/2007 – OCORRÊNCIA – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO – RESERVA DO POSSÍVEL – MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul objetivando o cumprimento de obrigação de fazer consistente na instalação de rede de tratamento de esgoto, mediante prévio projeto técnico, e de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e à saúde pública. 2. Caso em que o Poder Executivo local manifestou anteriormente o escopo de regularizar o sistema de encanamento da cidade. A câmara municipal, entretanto, rejeitou a proposta. 3. O juízo de primeiro grau, cujo entendimento foi confirmado pelo Tribunal de origem, deu parcial procedência à ação civil pública - limitando a condenação à canalização em poucos pontos da cidade e limpeza dos esgotos a céu aberto. A medida é insuficiente e paliativa, poluindo o meio ambiente. 4. O recorrente defende que é necessária elaboração de projeto técnico de encanamento de esgotos que abarque outras áreas carentes da cidade. 5. O acórdão recorrido deu interpretação equivocada ao art. 45 da Lei n. 11.445/2007. No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras

de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. 6. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexecutabilidade dos pedidos da ação civil pública. 7. Utilizando-se da técnica hermenêutica da ponderação de valores, nota-se que, no caso em comento, a tutela do mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível. Só não prevaleceria, ressalta-se, no caso de o ente público provar a absoluta inexecutabilidade do direito social pleiteado por insuficiência de caixa - o que não se verifica nos autos. Recurso especial provido. (REsp 1366331/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014)

Ademais, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que, embora a sentença tenha definido tempo para as providências necessárias, a situação exposta nos autos diz respeito aos direitos que não podem esperar, sobretudo por anos, como na hipótese.

Portanto, diante do não atendimento da renumeração ordenada dos imóveis localizados nos logradouros constantes na inicial, inafastável o controle jurisdicional, não podendo o poder público municipal se eximir de suas obrigações, pois deve preponderar o entendimento de que é possível o controle jurisdicional de políticas públicas quando estiverem em risco direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, não há que se falar em violação aos princípios da reserva do possível e da separação dos poderes, uma vez que o poder judiciário atua na violação de direitos, como é o caso em tela.

Postula ainda, a ampliação do prazo de 60 (sessenta) dias para, no mínimo, de 06 (seis) meses para a regularização das ruas apontadas na inicial.

Considerando que a sentença foi proferida em fevereiro de 2016 e até a presente data não há notícias do efetivo cumprimento da sentença, tendo sido somente juntados documentos que consistem em ofícios que foram encaminhados pelo apelante aos órgãos responsáveis pela distribuição de água e esgoto, energia elétrica e correios (f. 140/147), nota-se o flagrante descaso do Município de Naviraí quanto ao cumprimento do *decisum* e, portanto, este ponto também não merece reforma.

Dispositivo

Isto posto e demais que dos autos consta, conheço do recurso interposto pelo Município de Naviraí, contudo nego-lhe provimento, mantendo a sentença conforme prolatada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

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

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

Campo Grande, 30 de janeiro de 2018.

4ª Câmara Cível**Conflito de Competência nº 0831937-94.2014.8.12.0001 - Campo Grande****Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL PARA MUDANÇA DE NOME E SEXO – ALTERAÇÃO NO REGISTRO CIVIL – AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO À QUESTÃO RELATIVA AO ESTADO PESSOAL – IDENTIDADE DO GÊNERO JÁ DEFINIDA PELO INDIVÍDUO (TRANSEXUAL) – PEDIDO DE SIMPLES RETIFICAÇÃO – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA RETIFICAÇÃO – COMPETÊNCIA DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA E DE REGISTRO PÚBLICOS – CONFLITO PROCEDENTE.

Não existindo controvérsia quanto à questão relativa ao estado da pessoa (identidade do gênero), a competência para processar e julgar a ação de retificação é da Vara de Fazenda Pública e de Registro Públicos.

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, julgar procedente o conflito de competência, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de conflito negativo de competência, tendo como suscitante o Juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande em face do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, em razão da Ação de Retificação de Registro Público interposto por Péricles Anderson de Souza que pretende ter seu nome adequado à sua identidade psicológica, passando a se chamar Amanda Anderson de Souza.

O Juiz (a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande declinou da competência e determinou a distribuição para uma das Varas de Família desta Capital (fls. 57/59).

O Juiz (a) de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande argumenta que a presente demanda não traz conflito familiar e, sim matéria atinente ao direito de personalidade do indivíduo, já que o autor da ação pretende a alteração do nome e a retificação quanto ao gênero. Além disso, afirma que a Resolução nº 221/94 prevê a competência das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos

para processar e julgar os feitos relativos aos registros públicos, portanto, a competência é das Varas de Fazenda Pública e de Registros Públicos (fls. 68/72).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito negativo de competência, declarando competente o Juiz (a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande (fls. 87/91).

VOTO

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

Trata-se de conflito negativo de competência, tendo como suscitante o Juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande em face do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, em razão da ação de retificação de registro público interposto por Péricles Anderson de Souza que pretende ter seu nome adequado à sua identidade psicológica, passando a se chamar Amanda Anderson de Souza.

O Juiz (a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande declinou da competência e determinou a distribuição para uma das Varas de Família desta Capital (fls. 57/59).

O Juiz (a) de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Campo Grande argumenta que a presente demanda não traz conflito familiar e, sim matéria atinente ao direito de personalidade do indivíduo, já que o autor da ação pretende a alteração do nome e a retificação quanto ao gênero. Além disso, afirma que a Resolução nº 221/94 prevê a competência das Varas de Fazenda Pública e Registros Públicos para processar e julgar os feitos relativos aos registros públicos, portanto, a competência é das Varas de Fazenda Pública e de Registros Públicos (fls. 68/72).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento do conflito negativo de competência, declarando competente o Juiz (a) de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande (fls. 87/91).

É o relatório. Decido.

O conflito está caracterizado pela discordância entre os juízos envolvidos quanto à competência para processar e julgar ação visando alteração de registro de nascimento da parte requerente, quanto ao nome e o gênero uma vez que se identifica como transexual (fls. 01/14).

A matéria em exame é regida pelo Código de Processo Civil (artigo 951 e seg.) e, em especial, pela Lei n. 1.511/94, que Institui o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Mato Grosso do Sul, a qual estabelece, em seu artigo 2º, alínea 'a' (a competência das Varas de Família e Sucessões) e alínea 'b' (a competência das Varas de Fazenda Pública e Registro Públicos), *in verbis*:

Art. 2º Fica assim definida a competência em razão da matéria dos Juízes de Direito na Comarca de Campo Grande:

a) aos das Varas de Família e Sucessões, processar e julgar as ações e incidentes relativos à família em geral, ao casamento, divórcio e separação, à capacidade das pessoas,

aos alimentos, as relativas à convivência comum, decorrentes do companheirismo, aos inventários, aos arrolamentos, às sobrepartilhas de bens, às habilitações de créditos, a testamento, à anulação de partilha e, em geral, a todo e qualquer feito relativo a sucessões e seus respectivos incidentes;

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 Individuais Homogêneos;

2. os mandados de segurança, habeas data e mandado de injunção;

3. os feitos relativos a registros públicos, inclusive os procedimentos de dívida e de averiguação oficiosa de que trata o art. 2º da Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992;

Considerando a situação exposta nos autos, verifica-se que a parte requerente pleiteia apenas a retificação do seu nome e do seu gênero constante no registro de nascimento, não existindo pleito referente ao status civil, senão a simples persecução retificadora do assento registral.

Assim, considerando que o pedido inicial é de mera retificação de dados em seu registro de nascimento, sem que haja pedido voltado especificamente a alterar o estado pessoal para disto extrair reflexo no registro, não há que se falar em competência às Varas de Família e Sucessões.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.275 - DF, rel .Min. Marco Aurélio, julgado em 28.02.2018, cuja conclusão do julgamento foi a parcial procedência do pedido para:

“Assentar, como interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 compatível com a Constituição Federal, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando-se a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: (i) idade mínima de 21 anos; e (ii) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do artigo 3º da Resolução nº 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Tenho como inconstitucional interpretação do artigo que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo”.

Diante do exposto acima, tenho que a competência para o exame da causa é do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, pois preenchidos os requisitos supracitados é perfeitamente possível a alteração do nome e gênero. Portanto, trata-se de procedimento meramente administrativo para retificação de registro público.

Ante o exposto, com o parecer, conheço e julgo procedente o conflito negativo de competência para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, o qual deverá conhecer e julgar o presente feito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram procedente o conflito de competência, 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 março de 2018.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1401213-22.2018.8.12.0000 - Chapadão do Sul****Relator designado Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO – EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO PARA CIÊNCIA DE PROVENTOS – CRÉDITO DE CARÁTER ALIMENTAR – PRETENSÃO DE PENHORA DE PROVENTOS – POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO QUE FOR INFORMADO, A SER SOPESADO PELO JUÍZO – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 833, § 2º, DO CPC – DIGNIDADE HUMANA A SER OBSERVADA NÃO SÓ DO DEVEDOR, MAS TAMBÉM DO CREDOR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas, preservando-se também a dignidade humana do credor, tendo em vista a recalcitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato do pedido de expedição de ofício ainda se restringir à obtenção de informações acerca dos ganhos, de maneira que, se cabível os descontos, o percentual será sopesado pelo juízo *a quo* de maneira a não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família.

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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto 1º Vogal, vencido o Relator.

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Leonildo José da Cunha interpõe agravo de instrumento contra a decisão de f. 331, proferida pelo juiz da 1ª Vara de Chapadão do Sul, Dr. Silvio C. Prado, que, no cumprimento de sentença que move em face de Adalberto Fanelli Fernandes e Eva Terezinha Guirado Fernandes, indeferiu a expedição de ofício ao INSS e a retenção dos vencimentos do executado ante a vedação de penhora de tais valores contida no art. 833, inciso IV, do CPC.

Defende, em suma, a possibilidade de penhorar os vencimentos do devedor, eis que já lançou mão de todas as demais alternativas para receber seu crédito; que, ademais, persegue o recebimento de verba alimentar (honorários advocatícios).

Requer o provimento do recurso.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo à f. 335.

Sem contraminuta.

VOTO (EM 11/04/2018)

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

Leonildo José da Cunha interpõe agravo de instrumento contra a decisão de f. 331, proferida pelo juiz da 1ª Vara de Chapadão do Sul, Dr. Silvio C. Prado, que, no cumprimento de sentença que move em face de Adalberto Fanelli Fernandes e Eva Terezinha Guirado Fernandes, indeferiu a expedição de ofício ao INSS e a retenção dos vencimentos do executado ante a vedação de penhora de tais valores contida no art. 833, inciso IV, do CPC.

No cumprimento de sentença que o agravante move contra o agravado foi proferida a seguinte decisão:

“Decisão. Quebra de Sigilo Fiscal. Busca de Bens.

I. A) Porque não satisfeita a obrigação, não encontrados e nem apresentados bens penhoráveis, num primeiro momento, quebra-se o sigilo fiscal do componente do pólo passivo.

II. Consulte-se, portanto, no portal da Receita Federal do Brasil informações fiscais tendentes a provar bens ou movimentação de bens, conforme pedido pelo(a,s) credor(e,s).

III. Isso porque presente o interesse público, eis que a partir da monopolização da prestação jurisdicional, apenas em Juízo é possível se determinar medidas deste teor, o que acabe sendo em última análise necessárias à satisfação do crédito e ou cumprimento das obrigações contratuais ou extra-contratuais.

IV. B) Em um segundo momento, eis que os autos não saíram do gabinete onde houve o cumprimento da quebra, procede-se a juntada dos dados pesquisados no InfoJud apenas quando positiva a resposta, hipótese em que desde já decreta-se o segredo de justiça do processo para preservar o sigilo fiscal quanto a terceiros, o que deve ser anotado no SAJ. Eventual ausência de juntada de declarações de IR/DOI deve-se ao fato de que não foram entregues nos exercícios pedidos pela parte ou não há informações relevantes no sistema INFOJUD.

V. Indefero a expedição de ofício ao INSS e a retenção dos vencimentos do executado, ante a vedação de penhora de tais valores contida no art. 833, IV, do CPC.

VI. Observando-se esta e o que consta dos autos, dê-se andamento, pena de extinção.

Publique-se. Intimem-se.”, grifei.

Contra o item V (penhora de salário) da decisão é que se insurge o agravante.

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

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

É verdade que o C. Superior Tribunal de Justiça confere interpretação restritiva ao indigitado inciso IV do art. 833, no sentido de que a remuneração a que se refere o dispositivo é a última percebida, perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte. Ou seja, na hipótese de qualquer quantia salarial se mostrar, ao final do período (isto é, até o recebimento de novo provento de igual natureza), superior ao custo necessário ao sustento do titular e de seus familiares, essa sobra perde o caráter alimentício e passa a ser uma reserva ou economia, tornando-se penhorável (STJ. REsp nº. 1.230.060-PR. Informativo 547)¹.

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

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

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

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

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

*“O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis. Não se trata de excluir da responsabilidade executiva os próprios direitos da personalidade, porque estas nada têm de patrimonial e, por si próprios, não são suscetíveis de qualquer constrição jurisdicional executiva; são declarados impenhoráveis certos bens sem os quais o obrigado não teria como satisfazer as necessidades vitais de habilitação, alimentação, saúde, educação, transporte e mesmo lazer, nos limites do razoável e proporcional - esses, sim, direitos da personalidade. A execução visa à satisfação de um credor, mas não pode ser levada ao extremo de arrasar a vida de um devedor. As normas que estabelecem as impenhorabilidades constituem limitações políticas à execução forçada; integram-se no quadro do devido processo legal, que é um sistema democrático de limitações ao exercício do poder estatal, na medida em que proíbem o juiz de exercer atos de constrição sobre esses bens impenhoráveis.”*²

¹ <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2014/12/info-547-stj.pdf>

² Op. cit. p. 340

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

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

Posto isso, conheço do presente agravo de instrumento de Leonildo José da Cunha e lhe nego provimento.

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

VOTO (EM 18/04/2018)

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

Leonildo José da Cunha interpõe Agravo de Instrumento contra decisão que indeferiu seu pedido para que fosse expedido ofício ao INSS para informar os valores percebidos a qualquer título pelo executado e, posteriormente, para que fosse retido 30% dos proventos.

Peço vênia para divergir do voto do relator.

Nota-se que, em primeiro lugar, o exequente pede somente a expedição de ofício para tomar conhecimento dos valores percebidos, e posteriormente, sendo o caso (embora isso não tenho dito), fosse retido trinta por cento de tais valores.

É certo que o art. 833, IV, do CPC/2015, ressalva as dívidas alimentícias, remetendo-se ao seu § 2º:

*§ 2º-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. – destacamos.*

É justamente o caso dos autos, cujo exequente busca receber valores fruto do seu trabalho, portanto, de caráter alimentar.

Ademais, o próprio executado firmou acordo em audiência, em 05/08/2014 (fl. 195), comprometendo-se em efetuar o pagamento do valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em duas vezes de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), e embora não o tenha honrado, caçoando da própria justiça, a busca pela satisfação do credor, em se tratando de dívida de caráter alimentar, deve ser melhor enfrentada pelo Poder Judiciário, até porque, os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos, pensões, pecúlios e montepios, além de servirem para o sustento, também servem para o pagamento de dívidas.

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes admitindo a penhora do salário quando essa constrição não caracterizar ofensa à dignidade do devedor, o que sequer foi averiguado pelo juízo. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE VALORES EM CONTA SALÁRIO. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE. QUESTÃO A SER SOPESADA COM BASE NA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Controvérsia em torno da

possibilidade de serem penhorados valores depositados na conta salário do executado, que percebe remuneração mensal de elevado montante. 2. A regra geral da impenhorabilidade dos valores depositados na conta bancária em que o executado recebe a sua remuneração, situação abarcada pelo art. 649, IV, do CPC/73, pode ser excepcionada quando o montante do bloqueio se revele razoável em relação à remuneração por ele percebida, não afrontando a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. 3. Caso concreto em que a penhora revelou-se razoável ao ser cotejada com o valor dos vencimentos do executado. 4. Doutrina e jurisprudência acerca da questão. 5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1514931/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 06/12/2016, grifou-se)

Aliás, na data de 12/05/2016 foi publicada decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio Bellizze, no REsp nº 1575919, na qual ele admitiu a penhora de salário do devedor, ainda que em percentual reduzido, justamente por entender que a impenhorabilidade prevista no artigo 833, IV, do Novo CPC, deve ser interpretada com razoabilidade e não de forma literal. Por aí se extrai o caráter persuasivo da jurisprudência daquela Corte sobre o tema, e não a sua obrigatoriedade. Confira-se:

(...) O cenário fático trazido à baila recomenda que se aplique os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, desapegando-se à literalidade da lei, tendo em vista que tal proceder, em verdade, será capaz de promover o efetivo escopo da jurisdição, qual seja, entregar o bem da vida a quem de direito.

Não soa justo e nem razoável que o devedor não veja comprometido 10% (dez por cento) sobre a quantia encontrada em sua conta corrente para o pagamento de uma obrigação que sequer foi questionada pelos embargos do devedor; quando a Lei n. 10.820/03, alterada pela Lei n. 10.953/04, autoriza o desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo não excedente a 30% (trinta por cento) dos rendimentos do mutuário. Deve-se aplicar essa legislação, por analogia, ao caso concreto.

Assim, em razão de entender pelo cabimento do bloqueio de valores da conta-corrente, sob o fundamento de que os valores bloqueados não comprometem a subsistência da parte executada, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte, atraindo a incidência da Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se. Brasília (DF), 25 de abril de 2016. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator (Ministro Marco Aurélio Bellizze, 12/05/2016)

Em vista disso, deve ser parcialmente provido o Agravo para que, em um primeiro momento seja oficiado ao INSS para obtenção da informação de quais são os valores percebidos pelo executado, para que, em um segundo momento seja analisada a possibilidade, ou não, de retenção e descontos mensais, de trinta por cento, ou menos, dos valores auferidos pelo executado, a depender de quanto é esse valor e do bom senso e razoabilidade do julgador, por ser plenamente possível que as dívidas do devedor sejam pagas com seus proventos, pois também pra isso é que eles servem, mormente em se tratando de dívida de caráter alimentar.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto 1º vogal, vencido o relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1413448-55.2017.8.12.0000 - Nioaque****Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO – CONTRATO PARTICULAR DE PARCERIA PECUÁRIA – AVAL SEM AUTORIZAÇÃO MARITAL – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO CONTRA O CÔNJUGE ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO ANULATÓRIA – POSSIBILIDADE – PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 332 DO STJ – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Anísio Mendes Domingos interpõe o presente Recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória proferida na Ação Anulatória de Negócio Jurídico, em razão de aval prestado por cônjuge sem autorização do outro, de nº 0800434-36.2017.8.12.0038, pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Nioaque/MS, que indeferiu o pedido de concessão de liminar para suspender o cumprimento de sentença n. 0800265-25.2012.8.12.0038, ajuizado por Espólio de Jonas da Silva Ferraz, e atos de constrição somente contra Ilca Corral Mendes Domingos.

Alega o agravante que é casado com Ilca Corral Mendes Domingos, desde 18/10/1975, sob o regime de comunhão universal de bens, sendo que ela prestou aval em contrato particular de parceria pecuária, firmado em agosto de 2004, entre Jonas da Silva Ferraz (parceiro proprietário) e Amarildo Ribeiro Soares e s/m Orlene Brandão da Silva Soares (parceiros criadores), figurando Ilca ao lado de Enésio Pimenta dos Reis, como avalistas.

Informa que o aval foi prestado sem o seu consentimento, e que somente veio a ter ciência do negócio em 10/05/2017, sendo que no próprio contrato de parceria pecuária constou no instrumento que a avalista era casada, de maneira que o negócio nunca poderia ter sido celebrado sem a sua aquiescência.

Sustenta a invalidade do aval prestado sem a outorga marital, no caso, com fundamento nos artigos 1.647 e 1.650 do Código Civil, e Súmula 332 do STJ (por analogia), citando ainda julgado entendendo que

o aval prestado sem a devida outorga uxória/marital não possui validade, e sua anulação não tem como consequência preservar somente a meação, mas torna insubsistente toda a garantia.

Defende estar equivocada a decisão *a quo* ao entender não estar presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo “*primeiro porque claramente não estamos perante um típico título de crédito para que pudesse ser invocado o informativo n. 604 do STJ, segundo porque não estamos perante uma típica figura de aval, terceiro porque não necessita dilação probatória para se constatar ambas as situações, e quarto porque a probabilidade do direito está cabalmente demonstrada na inicial proposta (...)*”.

Requer o provimento do recurso para que a execução seja suspensa somente em relação à executada Ilca Corral Mendes Domingos, esposa do agravante, até o julgamento da ação anulatória da fiança.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 58/60).

Em contraminuta (fls. 66/73), o agravado pugna pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Anísio Mendes Domingos contra a decisão interlocutória que negou o pedido de concessão de liminar para suspender o cumprimento de sentença n. 0800265-25.2012.8.12.0038, ajuizado por Espólio de Jonas da Silva Ferraz, e atos de constrição somente contra Ilca Corral Mendes Domingos, em razão do ajuizamento da Ação Anulatória de Negócio Jurídico por ausência de autorização de Aval prestado por cônjuge.

Alega o agravante que é casado com Ilca Corral Mendes Domingos, desde 18/10/1975, sob o regime de comunhão universal de bens, sendo que ela prestou aval em contrato particular de parceria pecuária, firmado em agosto de 2004, entre Jonas da Silva Ferraz (parceiro proprietário) e Amarildo Ribeiro Soares e s/m Orlene Brandão da Silva Soares (parceiros criadores), figurando Ilca ao lado de Enésio Pimenta dos Reis, como avalistas.

Informa que o aval foi prestado sem o seu consentimento, e que somente veio a ter ciência do negócio em 10/05/2017, sendo que no próprio contrato de parceria pecuária constou no instrumento que a avalista era casada, de maneira que o negócio nunca poderia ter sido celebrado sem a sua aquiescência.

Sustenta a invalidade do aval prestado sem a outorga marital, no caso, com fundamento nos artigos 1.647 e 1.650 do Código Civil, e Súmula 332 do STJ (por analogia), citando ainda julgado entendendo que o aval prestado sem a devida outorga uxória/marital não possui validade, e sua anulação não tem como consequência preservar somente a meação, mas torna insubsistente toda a garantia.

Defende estar equivocada a decisão *a quo* ao entender não estar presentes os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo “*primeiro porque claramente não estamos perante um típico título de crédito para que pudesse ser invocado o informativo n. 604 do STJ, segundo porque não estamos perante uma típica figura de aval, terceiro porque não necessita dilação probatória para se constatar ambas as situações, e quarto porque a probabilidade do direito está cabalmente demonstrada na inicial proposta...*”.

Requer o provimento do recurso para que a execução seja suspensa somente em relação à executada Ilca Corral Mendes Domingos, esposa do agravante até o julgamento da ação anulatória da fiança.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (fls. 58/60).

Em contraminuta (fls. 66/73), o agravado pugna pelo desprovimento do Recurso.

Insurge-se o agravante contra a decisão que negou a suspensão do cumprimento de sentença e consequentes atos de constrição dele decorrentes.

O efeito suspensivo foi concedido, observando-se que:

“(...) em detida leitura aos autos de origem e documentos que os instruem, tenho que o efeito almejado deve ser concedido. Diferente seria, se no contrato, a avalista não tivesse se declarado casada, situação em que a cautela demandaria ser resguardada a insegurança jurídica que existiria quando o credor desconhecesse que o avalista é casado, o que não ocorreu nos autos”.

De fato, a fiança sem a outorga uxória ou marital pode ser mantida se houver a emissão de falta declaração ou ocultação do estado civil, como se infere dos seguintes precedentes:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – CONTRATO DE LOCAÇÃO – FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA – VALIDADE – QUALIFICAÇÃO DO CÔNJUGE COMO SOLTEIRO – AUSÊNCIA DE BOA-FÉ – ACÓRDÃO MANTIDO – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento desta Corte pacificou-se no sentido de que a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia (Sumula 332/STJ), salvo se o fiador emitir declaração falsa, ocultando seu estado civil de casado. 2. No caso dos autos, a Corte de origem, mediante análise do contexto fático-probatório dos autos, concluiu que a fiança prestada no contrato de locação em análise foi prestada mediante declaração falsa do fiador acerca de seu estado civil, não sendo possível reconhecer a nulidade integral da garantia, sob pena de o fiador ser beneficiado por sua própria torpeza. Incidência da Sumula 83/STJ. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.345.901/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 25/4/2017, DJe 12/5/2017)

Nota-se que no presente caso, a executada declarou-se casada no contrato particular de parceria pecuária firmado sem a anuência do marido/agravante.

No mais, gize-se que quando o Código Civil de 2002 acrescentou o instituto do aval no inciso III do artigo 1.647 (antigo art. 235, III, do CC/1916), ao lado da fiança, causou grande polêmica, pois o aval é instituto do direito cambiário, e não do direito civil, e por isso a exigência de autorização de cônjuge para outorga de aval por força do regime de bens é afronta à Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto por impor obstáculo à celeridade indispensável para a circulação dos títulos de créditos, daí a justificativa para o nascimento do Enunciado 114 do Conselho da Justiça Federal: *“O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.”*

Por isso, o próprio Superior Tribunal de Justiça vem estabelecendo a distinção na aplicação do dispositivo, apreciando a questão segundo o título objeto de análise:

RECURSO ESPECIAL – DIREITO CAMBIÁRIO – AVAL – OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL – INTERPRETAÇÃO DO ART. 1647, INCISO III, DO CCB, À LUZ DO ART. 903 DO MESMO ÉDITO E, AINDA, EM FACE DA NATUREZA SECULAR DO INSTITUTO CAMBIÁRIO DO AVAL – REVISÃO DO ENTENDIMENTO DESTES RELATORES. 1. O Código Civil de 2002 estatuiu, em seu art. 1647, inciso III, como requisito de validade da fiança e do aval, institutos bastante diversos, em que pese ontologicamente

constituam garantias pessoais, o consentimento por parte do cônjuge do garantidor. 2. Essa norma exige uma interpretação razoável sob pena de descaracterização do aval como típico instituto cambiário. 3. A interpretação mais adequada com o referido instituto cambiário, voltado a fomentar a garantia do pagamento dos títulos de crédito, à segurança do comércio jurídico e, assim, ao fomento da circulação de riquezas, é no sentido de limitar a incidência da regra do art. 1.647, inciso III, do CCB aos avais prestados aos títulos inominados regrados pelo Código Civil, excluindo-se os títulos nominados regidos por leis especiais. 4. Precedente específico da Colenda 4ª Turma. 5. Alteração do entendimento deste relator e desta Terceira Turma. 6. Recurso Especial Desprovido. (STJ, REsp 1526560 / MG, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgamento 16/03/2017, DJe 16/05/2017)

Por isso, em que pese as partes não se terem atentado ao instituto próprio aplicável à espécie (contrato), têm-se que o termo aval, utilizado na formalização do contrato, na realidade, foi empregado de forma errônea, na medida em que, na realidade, o compromisso assumido foi de fiança, uma vez que serve para garantir créditos oriundos de contratos em geral (como é caso dos referidos autos – contrato particular de parceria pecuária), enquanto o aval serve para garantir créditos cuja origem advém de títulos de crédito, como a nota promissória, cheque ou letra de câmbio.

Nessa senda, é perfeitamente aplicável, por analogia, as disposições aplicáveis à fiança, considerando que o artigo 1.647, III, do Código Civil/2002 estabelece:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta:

(..)

III - prestar fiança ou aval;

Nesse sentido, veja-se a Súmula 332 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia”.

Igualmente, é que se verifica da jurisprudência do STJ:

RECLAMAÇÃO – ACÓRDÃO PROLATADO POR TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL – RESOLUÇÃO N. 12/2009 – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO – FIANÇA – GARANTIA PRESTADA SEM A OUTORGA UXÓRIA – INEFICÁCIA TOTAL – SÚMULA N. 332/STJ. (...) 3. “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia” (Súmula n. 332/STJ). 4. Reclamação julgada procedente. (Rcl 13.507/SC, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 14/08/2014, DJe 19/08/2014)

Diante da ausência da assinatura do agravante no contrato de parceria pecuária (fls. 52/53, dos autos de origem), constata-se que o aval (ou fiança) fora prestado sem o seu consentimento, o que, a princípio, diante da probabilidade do direito e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (perigo de constrição de bens ou valores decorrentes de uma execução que poderá não ser cabível), sem prejuízo do que vier a ser decidido no mérito da ação anulatória.

Assim, tenho que o recurso comporta provimento.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso para confirmar a tutela recursal concedida para que seja mantida a suspensão do cumprimento de sentença n. 0800265-25.2012.8.12.0038, em relação a Ilca Corral Mendes Domingos, até a sentença de mérito a ser proferida nos autos de origem n. 0800434-36.2017.8.12.0038.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1413550-77.2017.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

MANDADO DE SEGURANÇA – CÍVEL – AÇÃO RESCISÓRIA – LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO JUDICIAL – TERCEIRO INTERESSADO QUE PARTICIPOU DO PROCESSO – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 202, DO STJ – *MANDAMUS* COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

Em se tratando de segurança contra decisão judicial exige-se da parte a prévia interposição do recurso adequado, a fim de se evitar a preclusão da matéria.

Nos casos em que o terceiro interessado participou do processo de origem, tendo plenas condições de manejar o recurso adequado para impugnar a decisão judicial, não há que se falar na aplicação da Súmula nº 202, do Superior Tribunal de Justiça.

Mandado de segurança que se extingue sem julgamento do mérito, ante a inadequação da via eleita.

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, julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do Relator. Declarou-se impedido o Des. Sérgio Fernandes Martins, para esse julgamento. Ausente, justificadamente, Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 4 de abril de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pelo advogado Dalvio Tschinkel, na qualidade de terceiro prejudicado, contra ato do Desembargador Sérgio Fernandes Martins, relator da Ação Rescisória nº 1406162-94.2015.8.12.0000, que tramita na 1ª Seção Cível deste Tribunal, que autorizou a transferência do valor do depósito previsto no art. 968, II, do Código de Processo Civil, e, consequentemente, indeferiu o pedido de suspensão do levantamento do referido montante.

Ressalta a discussão existente sobre quem possui o direito ao valor na condenação imposta na sentença que é objeto da ação rescisória, motivo pelo qual alega a imprescindibilidade da suspensão do levantamento do valor em questão.

A liminar foi indeferida (f. 196/198), bem como o pedido de reconsideração (f. 212/216), e foram prestadas informações (f. 218/219).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela não concessão (f. 223/233).

VOTO

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

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pelo advogado Dalvio Tschinkel, na qualidade de terceiro prejudicado, contra ato do Des. Sérgio Fernandes Martins, relator da Ação Rescisória nº 1406162-94.2015.8.12.0000, que tramita na 1ª Seção Cível deste Tribunal, que autorizou a transferência do valor do depósito previsto no art. 968, II, do Código de Processo Civil, e, conseqüentemente, indeferiu o pedido de suspensão do levantamento do referido montante.

Ressalta a discussão existente sobre quem possui o direito ao valor na condenação imposta na sentença que é objeto da ação rescisória, motivo pelo qual alega a imprescindibilidade da suspensão do levantamento do valor em questão.

Pugna pela concessão da ordem (f. 01/15).

Ao prestar informações, a autoridade apontada como coatora aduziu o seguinte (f. 218/219):

“Dalvio Tschinkel impetrou Mandado de Segurança atacando decisão que proferi nos autos do Mandado de Segurança [SIC – Ação Rescisória] n. 1406162-94.2015.8.12.0000, consistente no indeferimento do pedido do impetrante de suspender o levantamento do valor do depósito previsto no art. 968, II, do Código de Processo Civil.

Na referida decisão, consignei que:

“Trata-se de ação rescisória proposta pelo Banco do Brasil S/A contra o acórdão proferido nos autos do Recurso de Apelação Cível n. 2006.008068-0, originado da Ação Revisional n. 0118548-98.2005.8.12.0001, promovida por Giordani Costa Hotéis e Turismo Ltda. e outros.

A presente ação foi julgada inadmissível pela 1ª Seção Cível deste Sodalício, preconizando a parte dispositiva do acórdão que o valor do depósito de 5% (cinco por cento) do valor da causa será levantado em favor da parte requerida, com fulcro no art. 488, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Às f. 1153/1156, os réus Luiz Carlos Giordani Costa e Maria Regina Rampazzo Giordani Costa pleitearam o levantamento do valor referente ao depósito supracitado.

Em despacho de f. 1177/1178, restou determinado que se aguardasse o julgamento dos Embargos de Declaração n. 1406162-94.2015.8.12.0000/50000 antes de falar-se em levantamento do montante do depósito em questão.

Ato contínuo, após o julgamento dos aludidos declaratórios, restou aclarado que o depósito de 5% (cinco por cento) do valor da causa é devido aos réus da rescisória, em epígrafe, quais sejam, Luiz Carlos Giordani Costa, Maria Regina Rampazzo Giordani Costa e Giordani Costa Hotéis e Turismo Ltda, na proporção de 1/3 (um terço) para cada.

Ante o exposto, defiro o pedido de f. 1183 para determinar a transferência de 2/3 (dois terços) do valor do depósito supracitado para a conta informada na petição de f. 1183, de titularidade da advogada subscritora, sendo que 1/3 (um terço) é devido a Luiz Carlos Giordani Costa (...) e 1/3 (um terço) devido a Maria Regina Rampazzo Giordani Costa (...). Determino, ainda, a expedição de alvará, no importe de 1/3 (um terço) do valor do depósito em comento em favor de Giordani Costa Hotéis e Turismo Ltda (...).

Indefiro o pedido de suspensão de levantamento de valores de f. 1186.

Pois bem. Como visto na decisão supracitada, a Ação Rescisória foi julgada inadmissível pela 1ª Seção Cível desta Corte de Justiça.

O parágrafo único do art. 974 do Código de Processo Civil estabelece que “considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82”.

“O levantamento do valor depósito em questão foi deferido em favor dos réus assim qualificados na ação rescisória n. 1406162-94.2015.8.12.0000, não havendo falar em suspensão do levantamento do referido valor, eis que inexistente previsão legal para agir”.

Em caráter preliminar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça sustenta a inadmissibilidade da impetração do presente *writ*, sob o argumento de que, nos termos do art. 1.021, do Código de Processo Civil, decisões proferidas pelo relator do processo são impugnáveis por agravo interno para o respectivo órgão colegiado.

A preliminar merece ser acolhida.

É pacífico o entendimento de que, em se tratando de segurança contra decisão judicial, exige-se da parte a prévia interposição do recurso adequado, a fim de evitar-se a preclusão da matéria.

Ainda sobre o tema, o Superior Tribunal De Justiça editou a Súmula nº 202, afirmando que “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição do recurso”.

No entanto, é imprescindível frisar que tal súmula aplica-se a terceiros que não participaram do processo de origem, como se pode observar dos seguintes julgados, que embasaram a edição do referido dispositivo:

“O terceiro que não integrou anterior processo pode investir, pela via do mandado de segurança, contra a decisão decorrente de sentença transitada em julgado, para impedir violação a seu direito líquido e certo¹.

Em se tratando de segurança contra decisão judicial, o impetrante deve, no prazo legal, manifestar o recurso adequado, para evitar preclusão da matéria. In casu, em se tratando de impetração manejada por terceiro estranho ao processo, qualquer decisão proferida neste, em relação ao impetrante, e inutiliter datur, não se configurando a preclusão. [...]”²

No caso em tela, embora o impetrante se intitule “terceiro interessado”, é patente que não se pode considerá-lo alheio ao processo. Isso porque a decisão ora impugnada foi resposta jurisdicional ao pleito do próprio impetrante, que, aliás, peticionou posteriormente um pedido de reconsideração, também indeferido.

1 STJ, RMS n.º 7087/MA, Quarta Turma, rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, j. 24/03/1997.

2 STJ, RMS n.º 4822/RJ, Primeira Turma, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 05/12/1994.

Diante disso, resta claro que o impetrante teve a oportunidade de interpor, à época, recurso cabível para impugnar tal decisão, qual seja, agravo interno, via apta a objetar decisão do relato, remetendo-se os autos ao colegiado pertinente.

Tenho que o remédio constitucional deve ser extinto sem resolução do mérito, em face da ausência de interesse processual (inadequação da via eleita).

Resta claro que o *writ* não preenche uma das condições da ação, haja vista não se tratar do instrumento processual cabível à situação dos autos. Tratando-se de ação constitucional não deve ser analisada de acordo com as hipóteses de admissibilidade recursal, pois de recurso não se trata a hipótese vertente.

Como bem é sabido, o art. 7º, II, da Lei nº 12.016/09, *verbis*:

“Art. 7º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.”

Ao discorrer sobre o indigitado dispositivo Cassio Scarpinella Bueno³, traz as seguintes ponderações:

*“O mesmo critério do **interesse de agir** para o mandado de segurança deve presidir a interpretação do inciso II do art. 5º da Lei n. 1.533/51.*

(...)

Cabíveis os recursos indicados no sistema recursal e desde que a ilegalidade ou a abusividade que fundamente sua interposição não tenha aptidão para produzir qualquer efeito imediato em prejuízo do recorrente, não cabe o mandado de segurança. Não há necessidade – interesse jurídico – na impetração, na exata medida em que o recurso descrito e sistematicamente cabível tiver condições de tutelar eficaz e prontamente o direito do recorrente. É esse o sentido e o alcance que devem ser dados à Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.” (Destques não originais)

“1. O Mandado de Segurança não é sucedâneo de recurso, sendo imprópria a sua impetração contra decisão judicial passível de impugnação prevista em lei, consoante a ratio essendi da Súmula 267/STF.

2. Sob esse enfoque, sobreleva notar, o Pretório Excelso coíbe o uso promiscuo do writ contra ato judicial suscetível de recurso próprio, ante o óbice erigido pela Súmula 267, segundo a qual “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Precedentes do STJ: RMS 19086/SP, desta Relatoria, DJ de 13.03.2006; RMS 19086/SP, desta Relatoria, DJ de 13.03.2006 e AgRg no MS 10744/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 27.03.2006.”⁴ (Destques não originais)

Destarte, aplica-se ao caso a Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal, já que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso.

Ante o exposto, em razão da manifesta inviabilidade do remédio heroico, aplico de maneira analógica art. 267, VI, do Código de Processo Civil, como permite o art. 3º, do Código de Processo Penal, e extingo o feito sem resolução do mérito, ante a inadequação da via escolhida.

3 **Mandado de Segurança**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59/61.

4 RMS 20.306/MT, 1ª T., rel. Min. LUIZ FUX, DJ 08/11/2007, p. 163.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram prejudicado o recurso, nos termos do voto do relator. Declarou-se impedido o Des. Sérgio Fernandes Martins, para esse julgamento. Ausente, justificadamente, Des.^a Tânia Garcia de Freitas Borges.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. João Maria Lós, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des.^a Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 04 de abril de 2018.

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1401082-47.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO DO IMPETRADO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, EFICIÊNCIA E LEGALIDADE – PRAZO LEGAL – DEVER DE DECIDIR DA ADMINISTRAÇÃO – CONCESSÃO.

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A administração pública deve realizar suas atribuições com presteza bem como zelando pela eficácia e celeridade no desenvolvimento de suas atribuições.

A Constituição Federal e a Lei nº 9.784/99 asseguram ao administrado o direito líquido e certo em ver sua pretensão apreciada no prazo de 30 (trinta) dias, sem conferir margem ao ente público para omissão, tampouco para excesso de prazo na apreciação do pedido.

Mandado de Segurança que se concede ante flagrante violação a direito líquido e certo do impetrante de ver apreciado procedimento administrativo no prazo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitar a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 25 de abril de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Nelson Andrade Quelho impetra mandado de segurança, com pleito liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretário(a) de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul e Diretor-Presidente da Agência Estadual de Previdência Social de Mato Grosso do Sul (Ageprev).

Relata que é médico tendo ingressado nos quadros do Estado de Mato Grosso do Sul como servidor público, aos 12 de maio de 1989, lotado na Secretaria de Saúde sob o regime estatutário.

Esclarece que foi cedido ao quadro da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul (Agepen/MS) onde permanece exercendo suas funções até os dias atuais.

Ressalta que há mais de 28 (vinte oito) anos tem incorporando em seu salário o adicional de insalubridade e gratificação de risco de vida.

Aos 02 de outubro de 2017 protocolou requerimento administrativo pleiteando o fornecimento do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) e Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), bem como formulou pedido de aposentadoria especial na matrícula nº 24246021.

Informa que decorreram mais de 04 (quatro) meses sem que o processo administrativo com pedido de aposentadoria tenha sido decidido, estando o impetrante submetido a atividade de caráter perigoso e insalubre violando seu direito de se aposentar.

Argumenta que a demora na apreciação no pleito do impetrante afronta a duração razoável do processo e viola o disposto no artigo 481, da Lei nº 9.784/1999, que dispõe sobre o dever da Administração se pronunciar e emitir decisão em processos administrativos.

Outrossim, o art. 1.062, parágrafo único, da Lei n. 8.112/1990, firma posição no sentido de que os requerimentos administrativos devem ser despachados no prazo de 05 (cinco) dias e decididos em 30 (trinta) dias.

Por fim, lembra que o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, garante a todos, tanto no âmbito judicial como no administrativo, a duração razoável do processo, produzindo meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Pugna pela concessão da segurança a fim de que seja determinado que o impetrado decida o procedimentos administrativo nº 27/000003609/2017, em que o Impetrante postula a entrega dos Laudos (PPP e LTCAT) e a consequente aposentadoria especial, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, publicando-se referida decisão no Diário Oficial de Mato Grosso do Sul.

A liminar foi indeferida (f. 38/43) e a autoridade impetrada prestou informações (f. 54/70 e 102/125).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento por inadequação da via eleita e, no mérito, pela não concessão (f. 130/137).

VOTO

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

Nelson Andrade Quelho impetra mandado de segurança, com pleito liminar, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretário(a) de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul e Diretor-Presidente da Agência Estadual De Previdência Social de Mato Grosso do Sul (Ageprev).

O impetrante ingressou no serviço público, aos 12 de maio de 1989, estando lotado na Secretaria de Saúde sendo cedido ao quadro da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – Agepen (MS) em razão de que adquiriu direito à aposentadoria especial em decorrência do exercício de suas atribuições laborais dentro da unidade prisional.

Esclareceu que, aos 02 de outubro de 2017, protocolou requerimento administrativo solicitando o fornecimento dos Laudos Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) e Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), eis que exerce há mais de 25 (vinte e cinco) anos a atividade de médico no ambiente prisional o que consiste em atividade perigosa e que ameaça a sua integridade física.

Destacou que formulou o requerimento de laudos periciais eis que os mesmos são necessários para embasar pedido de aposentadoria especial conforme previsto no art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal e Súmula Vinculante nº 33, do Supremo Tribunal Federal.

Inobstante sua cautela em instruir o procedimento administrativo é certo que até a presente data o impetrado não apreciou o processo referente ao pedido de aposentadoria especial (matrícula nº 2426021), sendo certo que o mesmo vem tramitando há mais de 04 (quatro) meses sem apreciação.

Assevera que é de conhecimento notório que as atividades que desempenha são – por sua própria natureza – de caráter perigoso e insalubre e, ainda assim, o impetrado cria empecilhos para analisar o pedido de aposentadoria especial do impetrante.

Ressalta, outrossim, que há mais de 28 (vinte e oito) anos tem incorporado em seu salário o adicional de insalubridade e gratificação de risco de vida.

Alega que está sendo prejudicado pela omissão da administração que não emite decisão acerca do direito do servidor de se aposentar.

Por questão de prejudicialidade analisa-se a preliminar de inadequação da via eleita suscita pelo impetrado.

Aduz o Estado de Mato Grosso do Sul que a matéria não poderia ser discutida em Mandado de Segurança visto que exige dilação probatória, pois para a concessão de aposentadoria especial o servidor deve comprovar o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela lei.

Preceitua a Constituição Federal, no art. 5º, LV, que aos litigantes em processo administrativo – tal qual no processo judicial – deverá ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

A partir do referido princípio extrai-se que decorrem diversos deveres à Administração Pública e, igualmente, várias garantias ao administrado no procedimento administrativo, em especial, conferir transparência e objetividade à atividade administrativa e assegurar o respeito aos direitos dos administrados afetados pela atuação do poder público.

A Lei Federal nº 9.784/99, no art. 2º, explicitou princípios que incidem sobre o processo administrativo, quais sejam, legalidade, finalidade, motivação, moralidade, razoabilidade, ampla defesa, segurança jurídica, eficiência, proporcionalidade, interesse público.

Todos denotam suma importância para que Administração Pública encontre respaldo em sua atuação dentro dos limites da lei e para que Administrado igualmente sinta-se amparado dada sua posição de inferioridade perante o Poder Público.

No caso em apreço busca o impetrante no *mandamus* ver assegurado o seu direito líquido e certo em ver analisado seu processo administrativo referente ao pleito de aposentadoria e não ver a implantação do citado benefício previdenciário por esta Corte de Justiça como quer fazer crer o Estado-impetrado.

Trata-se apenas de ver garantida na impetração a aplicação do princípio da eficiência, ou seja, o dever da Administração Pública de conduzir o processo com vistas ao atingimento de seus fins. Portanto, conforme o princípio da eficiência a Administração Pública tem dever de impulsionar o processo para que ele chegue a uma decisão e que esta seja proferida no menor tempo possível.

Logo, o pedido formulado na presente impetração é legítimo e merece ser conhecido, especialmente considerando que caberá a Administração Pública verificar a presença – ou não – dos requisitos exigidos para concessão da aposentadoria requerida quando da análise do procedimento administrativo visto que não cabe ao Poder Judiciário perquirir o mérito desta questão.

Assim, rejeita-se a preliminar.

No mérito, busca o impetrante a concessão da segurança a fim de ver assegurado o seu direito líquido e certo a apreciação de procedimento administrativo onde formulou pedido de aposentadoria especial.

Estabelece a Constituição Federal, *in verbis*:

“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.”

O legislador constituinte conferiu ao cidadão a garantia fundamental à prestação jurisdicional rápida e efetiva, além de expressar que o referido postulado alcança também a Administração Pública e os processos que ali tramitam.

Assim, atento a bipolaridade existente entre interesses especialmente protegidos pela Constituição Federal, quais sejam, liberdade do indivíduo e autoridade da administração, em capítulo especialmente dirigido a Administração Pública o constituinte estabeleceu princípios que devem nortear o agir de todo ente público, *in verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)”

A Carta Magna estabeleceu à administração pública o dever de observância do princípio da eficiência, o qual se harmoniza com a razoável duração do processo e mais que isso se caracteriza como instrumento de efetivação desta garantia.

Assim, leciona a doutrina acerca do princípio da eficiência:

“Hely Lopes Meirelles (2003:102) fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como ‘o que impõe a todo agente público dever realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros’.”¹

Assim, resta evidente que cabe a Administração Pública zelar pela eficácia e celeridade no desenvolvimento de suas atribuições.

A legislação ordinária não destoa da pretensão constitucional e estabelece disposições que dão cumprimento aos referidos postulados.

1 Citado por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 20 ed., São Paulo : Atlas, 2007, p. 75

Inicialmente, a Lei nº 8.112/90, ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos, determinou prazo para que a administração pública se pronunciar quando formulado pedido de reconsideração em direito de petição exercido pelo administrado. Veja-se:

“Art. 104. É assegurado ao servidor o direito de requerer aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou interesse legítimo.

Art. 105. O requerimento será dirigido à autoridade competente para decidilo e encaminhado por intermédio daquela a que estiver imediatamente subordinado o requerente.

Art. 106. Cabe pedido de reconsideração à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.

Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de 5 (cinco) dias e decididos dentro de 30 (trinta) dias.

Art. 107. Caberá recurso:

I - do indeferimento do pedido de reconsideração;

II - das decisões sobre os recursos sucessivamente interpostos.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade imediatamente superior à que tiver expedido o ato ou proferido a decisão, e, sucessivamente, em escala ascendente, às demais autoridades.

§ 2º O recurso será encaminhado por intermédio da autoridade a que estiver imediatamente subordinado o requerente.

Art. 108. O prazo para interposição de pedido de reconsideração ou de recurso é de 30 (trinta) dias, a contar da publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida.

(...)”

(Destaques não originais)

O mencionado diploma legal culmina fixando norma que impede a dilação dos referidos prazos, o que evidencia o *munus* público de observar fielmente os lapsos ali estabelecidos, *in verbis*:

“Art. 115. São fatais e improrrogáveis os prazos estabelecidos neste Capítulo, salvo motivo de força maior.”

Posteriormente, o processo administrativo foi regulamentado pela Lei nº 9.784/99, o qual, além de reafirmar o dever do ente administrativo em observar os princípios constitucionais dentre eles a eficiência (art. 2º), estabeleceu em maior gradação – por assim dizer – no âmbito infraconstitucional o dever de decidir para o administrador.

Assim, em capítulo intitulado “Do dever de decidir” determinou:

“Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

*Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo **de até trinta dias para decidir**, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”* (Destques não originais)

E seguiu determinando:

“Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.

§ 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 67. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.” (Destques não originais)

Não pairam dúvidas, portanto, que a Administração Pública não pode se omitir quando provocada e que além do dever de decidir tem dever de se pronunciar rapidamente e conforme os prazos estabelecidos em lei.

Um dos princípios basilares do direito administrativo é o da legalidade implicando, em linhas gerais e simplistas, que ao administrador é apenas permitido fazer o que está autorizado por lei.

Logo, a análise ora apresentada é igualmente simples: o particular formula requerimento de aposentadoria perante a administração e por que a Constituição Federal e a Legislação Ordinária acima colacionada lhe asseguram e determinam ao administrador o mesmo possui direito em ver sua pretensão apreciada no prazo legal. Não há margem, portanto, para omissão tampouco para excesso de prazo na apreciação do pedido.

O impetrante formulou requerimento - e protocolou perante o impetrado - aos 02 de outubro de 2017, o qual deu origem ao Procedimento Administrativo nº 27/000003609/2017, em que postula a entrega dos Laudos (PPP e LTCAT) e a consequente aposentadoria especial (f. 18/21).

Verifica-se que, inobstante o protocolo aos 02 de outubro de 2017 (f. 20), foi realizada abertura do processo administrativo somente aos 26 de outubro de 2017, às 10 h 03 min (dados do processo administrativo – f. 22), portanto, quase 30 (trinta) dias após o protocolo o requerimento foi efetivamente autuado.

Sustenta o impetrado que para concessão do benefício requerido pelo impetrante faz-se necessária a realização de diversas providências o que justificaria a dilação de prazo.

Não se descarta que a análise meritória a ser procedida pelo ente estatal é minuciosa e demanda revolvimento de condições específicas ao caso concreto, contudo, a questão posta é a evidente paralisação do processo administrativo e nesse sentido a autoridade coatora não trouxe qualquer elemento a desconstituir tal alegação.

Em sendo assim, cumpre lembrar que processos administrativos são impulsionadas pela autoridade competente e que naturalmente esta pode requer diligências, esclarecimentos, dentre outras providências

que podem alongar a instrução, contudo, é certo que tal procedimento como frisado não autoriza, por primeiro, paralisação ou inércia, tampouco que o ente estatal não se comunique com o interessado acerca das medidas que este também deva adotar para ver seu interesse atendido.

Assim, é evidente a violação ao direito líquido e certo do impetrante em ver sua pretensão posta administrativamente apreciada.

Ante o exposto, concedo a segurança no mandado de segurança impetrado por Nelson Andrade Quelho com fundamento no art. 316, do Código de Processo Civil de 2015, c/c art. 1º, da Lei nº 12.016/09, para determinar que o impetrado decida o Procedimentos Administrativo nº 27/000003609/2017 no prazo máximo de 30 (trinta) dias, publicando-se referida decisão no Diário Oficial de Mato Grosso do Sul, extinguindo o feito com resolução do mérito.

Por fim, por ocasião da intimação do impetrado conste-se no mandado que em caso de descumprimento dos termos e prazos estabelecidos neste acórdão o mesmo será penalizado com o disposto no art. 26, da Lei nº 12.016/2009².

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, em parte com o parecer, rejeitaram a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, concederam a segurança, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 25 de abril de 2018.

2 Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

4ª Câmara Cível**Apelação nº 0802917-04.2014.8.12.0019 - Ponta Porã****Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ISSQN – CONSTRUÇÃO CIVIL – BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS UTILIZADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO VOLTADO PARA A CONSTRUÇÃO CIVIL – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA/MS – SENTENÇA MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.497, submetido ao rito da repercussão geral, assentou o entendimento de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor referente aos materiais empregados na construção civil, razão por que a sentença que julga em conformidade com esse paradigma deve ser mantida, nesse ponto.

Por outro lado, tem direito ao recolhimento de ISS, com o devido desconto dos materiais empregados na prestação dos serviços, se o contribuinte demonstrar que houve a retenção dos valores respectivos pela tomadora de serviço.

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, 27 de março de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

O Município de Ponta Porã MS interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (f. 148-153) proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, na ação anulatória de débito fiscal movida por Rosa Acorsi Engenharia Ltda., que julgou procedente o pedido inicial, “*para o fim de declarar nulo o crédito tributário referente ao ISSQN, no valor de R\$ 12.522,58 (doze mil, quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e oito centavos), constituído pelo auto de infração e termo de intimação nº 013/2013, do processo administrativo fiscal nº 044/2013.*”

O apelante, em suas razões recursais (f. 157-167), alega, em síntese, que “*Os serviços de construção civil objetos destas breves considerações são os serviços de empreitada descritos no item 7.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n.º 116/2003, e o serviço de reforma descrito no item 7.05 da mesma lista de serviços.*”, e que “*apenas em casos ressaltados na lista de serviços, não incidirá o ISSQN sobre*

o valor total dos serviços. Caso fossem procedentes os fundamentos apresentados na fundamentação da sentença, o ISSQN não incidiria sobre serviço, mas sim, sobre mão-de-obra, o que evidentemente não é o caso” (f. 161)

Afirma, também, que “(...) no caso em apreço, nos documentos fiscais apresentados pela apelada, em sede de processo administrativo fiscal, há apenas a descrição de prestação de serviços, restando evidente, a incidência do ISSQN, devendo a alíquota do referido imposto incidir sobre a sua base de cálculo, qual seja, o preço total do serviço descrito no documento fiscal.” (f. 166).

Requer o provimento do recurso, com a devida distinção entre a situação fática e os entendimentos do STF e do STJ, mencionados na sentença recorrida.

A apelada, nas contrarrazões (f. 169-176), requer o improvimento do apelo.

VOTO

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

O Município de Ponta Porã MS interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (f. 148-153) proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, na ação anulatória de débito fiscal movida por Rosa Acorsi Engenharia Ltda., que julgou procedente o pedido inicial, “*para o fim de declarar nulo o crédito tributário referente ao ISSQN, no valor de R\$ 12.522,58 (doze mil, quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e oito centavos), constituído pelo auto de infração e termo de intimação nº 013/2013, do processo administrativo fiscal nº 044/2013.*”

O apelante, em suas razões recursais (f. 157-167), alega, em síntese, que “*Os serviços de construção civil objetos destas breves considerações são os serviços de empreitada descritos no item 7.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar n.º 116/2003, e o serviço de reforma descrito no item 7.05 da mesma lista de serviços.*”, e que “*apenas em casos ressalvados na lista de serviços, não incidirá o ISSQN sobre o valor total dos serviços. Caso fossem procedentes os fundamentos apresentados na fundamentação da sentença, o ISSQN não incidiria sobre serviço, mas sim, sobre mão-de-obra, o que evidentemente não é o caso*” (f. 161)

Afirma, também, que “(...) no caso em apreço, nos documentos fiscais apresentados pela apelada, em sede de processo administrativo fiscal, há apenas a descrição de prestação de serviços, restando evidente, a incidência do ISSQN, devendo a alíquota do referido imposto incidir sobre a sua base de cálculo, qual seja, o preço total do serviço descrito no documento fiscal.” (f. 166).

Requer o provimento do recurso, com a devida distinção entre a situação fática e os entendimentos do STF e do STJ, mencionados na sentença recorrida.

A apelada, nas contrarrazões (f. 169-176), requer o improvimento do apelo.

Consta dos autos que Rosa Arcosi Engenharia Ltda ingressou com a presente demanda em desfavor do Município de Ponta Porã, alegando que, após ser contratada para a execução referente à ampliação da Escola Estadual Nova Itamaraty, e, ao recolher o ISSQN incidente sobre essa atividade, não incluiu, na base de cálculo, os materiais empregados na obra, mas esse fato levou o Município de Ponta Porã a autuá-la para cobrança adicional do tributo.

O pedido inicial foi julgado improcedente, nos seguintes termos:

“O feito comporta julgamento no estado em que se encontra, uma vez que desnecessária a produção de provas outras, nos termos do art. 355, I do CPC. Registro que, constatada tal possibilidade, é dever do magistrado, e não sua faculdade, passar à prolação de sentença.

Não há preliminares a serem dirimidas, de forma que passo ao mérito.

Com efeito, o cerne da questão cinge-se na apreciação de legalidade da cobrança perpetrada pelo município réu referente ao ISSQN sem deduzir de sua base de cálculo o valor do material empregado na obra contratada.

Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles:

“A base de cálculo do ISS é, nos estritos termos do art. 7º da Lei Complementar 116/2003, o preço do serviço, vale dizer, do serviço prestado, pois seu fato gerador é a prestação do serviço. O preço, como se viu acima, é a quantificação monetária do valor do serviço, e só surge com sua prestação ou melhor, com sua venda. É irrelevante o nome que se lhe dê (honorários, retirada, etc.) ou que o prestador tenha lucrado com a operação (o lucro é objeto do imposto federal sobre a renda). O essencial é que resulte de atividade exercida com finalidade econômica” (Direito Municipal Brasileiro, 15ª ed., Malheiros Editores: 2006, p. 225-226).

A possibilidade de dedução dos materiais utilizados na prestação de serviços de construção civil da base de cálculo do ISSQN encontra previsão na Lei Complementar n. 116/2003, art. 7º, § 2º, inciso I:

“Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

[...]

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto sobre Serviço de

Qualquer Natureza:

I o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar.”

Por sua vez, os itens 7.02 e 7.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 descrevem os seguintes serviços:

“7.02 Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

[...]

7.05 Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).”

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 603.497, submetido ao rito da repercussão geral, assentou o entendimento de que é possível deduzir da base de cálculo do ISSQN o valor referente aos materiais empregados na construção civil. Senão, vejamos:

“TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS – DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL – RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE – EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE nº 603.497 RG, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04/02/2010).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, considerando a eficácia vinculativa da jurisprudência do STF sobre o tema, passou a adotar o mesmo entendimento:

“TRIBUTÁRIO – ISSQN – CONSTRUÇÃO CIVIL – CONCRETAGEM – DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp nº 409.812/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 01/04/2014).

No mesmo sentido, também, é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

“EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – COBRANÇA DE ISSQN – CONSTRUÇÃO CIVIL – BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO DE VALORES REFERENTES AOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA – POSSIBILIDADE – SENTENÇA RATIFICADA – NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS OBRIGATÓRIO E VOLUNTÁRIO. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, reconheceu a repercussão geral sobre o tema epígrafado, nos termos do artigo 543-B, do Código de Processo Civil, e firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.” (Apelação/Reexame Necessário nº 0802149-91.2012.8.12.0005, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, 1ª Câmara Cível, julgado em 12/05/2015).

“EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ISSQN – DEDUÇÃO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA DA BASE DE CÁLCULO DO ISSQN – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A possibilidade da dedução na base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na obra é tema assentado na jurisprudência, representado por julgamento do recurso extraordinário em sede de repercussão geral RE n. 603.497/MG.” (Agravo de Instrumento nº 1403110- 90.2015.8.12.0000, Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgado em 05/05/2015).

Assim, por expressa previsão legal e em consonância com a jurisprudência, devem ser excluídos da base de cálculo do tributo os valores referentes aos materiais fornecidos e utilizados na prestação dos serviços objeto do contrato OC nº 104/2011.

Outrossim, apenas a título de argumentação, convém esclarecer que, ao contrário do quanto defendido pelo requerido, o fato de o material empregado na obra haver sido adquirido perante terceiro pelo prestador do serviço não é causa bastante a autorizar a incidência do imposto combatido (ISSQN), uma vez que o que deve ser analisado, exclusivamente, é o emprego do material na obra objeto do contrato, pouco importando sua procedência, devendo ser deduzido da base de cálculo do ISSQN.

O Superior Tribunal de Justiça, a propósito, já teve a oportunidade de assim decidir:

“TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ISSQN – BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL – DESINFLUÊNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRÓPRIO PRESTADOR DO SERVIÇO E MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A dedução do valor dos materiais, utilizados na construção civil, da base de cálculo do ISSQN, conforme previsão do Decreto-lei 406/68 e da Lei Complementar 116/2003, abrange tanto os materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço, como aqueles adquiridos de terceiros. O que importa, segundo o entendimento pretoriano atual, é que os materiais sejam empregados na construção civil. II. Na forma da jurisprudência, ‘Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido’ (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/04/2014). Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2013” (STJ, AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 13/08/2014). III. Agravo Regimental improvido”. (AgRg no AREsp 664.012/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016).

Ante ao exposto, julgo procedente o pedido inicial, confirmando a liminar deferida, para o fim de declarar nulo o crédito tributário referente ao ISSQN, no valor de R\$ 12.522,58 (doze mil, quinhentos e vinte e dois reais e cinquenta e oito centavos), constituído pelo auto de infração e termo de intimação nº 013/2013, do processo administrativo fiscal nº 044/2013 (fls. 22-108)

Condeno o requerido ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios em favor da parte autora, os quais fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, atenta ao disposto no art. 85, § 2º e § 3º, I do CPC.” (f. 148-153)

Segundo a argumentação exposta pelo apelante, a sentença está equivocada, pois o entendimento adotado pelo STF e pelo STJ, resulta apenas na possibilidade de exclusão dos materiais utilizados na obra, em relação à base de cálculo do ISSQN, a qual depende da demonstração de que a origem da mercadoria empregada na obra não seja de terceiros.

Sem razão o apelante, especialmente no que tange à pretensão de que a situação fática versada nestes autos seja diversa daquela examinada pelo STF e pelo STJ, conforme referido na sentença.

Isso porque a questão atinente à dedução da base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na construção civil encontra-se pacificada nas Cortes Superiores e também neste Tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconheceu a repercussão geral da matéria tratada nos presentes autos e pacificou entendimento, através do julgamento do RE 603.497/MG no sentido de ser admitida a dedução, da base de cálculo do ISSQN, dos valores concernentes aos gastos com material para realização das obras. Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM “AGRAVO – ISS – POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL – RECEPÇÃO DO ART. 9º DO DECRETO-LEI Nº 406/68 PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.497, submetido ao rito da repercussão geral, assentou o entendimento de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor referente aos materiais empregados na construção civil. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 728060 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-101 Divulg 27-05-2014 Public 28-05-2014) (grifei)

No mesmo sentido é o entendimento do STJ, a exemplo da jurisprudência abaixo colacionada:

“TRIBUTÁRIO – ISSQN – CONSTRUÇÃO CIVIL – BASE DE CÁLCULO – ABATIMENTO DO VALOR DOS MATERIAIS UTILIZADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO VOLTADO PARA A CONSTRUÇÃO CIVIL – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES – SOBRESTAMENTO DO FEITO – DESNECESSIDADE.

1. “Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/04/2014) (...)” (AgRg no AREsp 634.871/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015) (grifei)

“TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL – ISS – SERVIÇOS DE CONCRETAGEM – MATERIAIS EMPREGADOS – DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO EMBARGADO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/STJ.

1. Acórdão embargado que admitiu a possibilidade de dedução, da base de cálculo do ISS, do valor do serviço de concretagem prestado na construção civil, com fundamento no que foi decidido pelo Pretório Excelso, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, de relatoria da Ministra Elen Gracie.

2. Estando o acórdão embargado em conformidade com a orientação jurisprudencial da Primeira Seção, incide, na espécie, o óbice de conhecimento estampado na Súmula 168/STJ.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EREsp 1360375/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 16/12/2014) (grifei)

Este Tribunal também já se manifestou acerca da matéria:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO C/C NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO – PRELIMINAR – AGRAVO RETIDO – TUTELA ANTECIPADA CONFIRMADA CONFUNDE-SE COM O MÉRITO – ISQN – DEDUÇÃO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA DA BASE DE CÁLCULO DO ISQN – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS POR EQUIDADE – VALOR RAZOÁVEL – REMUNERAÇÃO JUSTA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Os fundamentos que justificam a tutela antecipada concedida pelo juízo de primeiro grau e confirmada em sentença são

os mesmos, estando compreendidos no mérito. A possibilidade da dedução na base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na obra é tema assentado na jurisprudência, representado por julgamento do recurso extraordinário em sede de repercussão geral RE n. 603.497/MG. (...). (Apelação -Nº 080279-72.2012.8.12.008 Corumbá. Relator Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. 2ª Câmara Cível. Data do julgamento: 08.10.2013)

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA EM DECISÃO MONOCRÁTICA – CONSTRUÇÃO CIVIL – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS – MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA – DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ISS – POSSIBILIDADE – EXCEÇÃO LEGAL – ENTENDIMENTO DO STJ E STF – APLICAÇÃO DO 557 § 1º-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.” (Agravado Regimental nº 1413448-60.2014.8.12.0000/50000. (Relator(a): Des. Amaury da Silva Kuklinski; Comarca: Bataguassu; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 03/02/2015; Data de registro: 05/02/2015).

Assim, o fato de os julgados acima, assentados no RE 603.497/MG, mencionarem que é possível a dedução de materiais utilizados na obra, é o suficiente para que o contribuinte de ISSQN (prestador de serviços), comprovando que os bens foram realmente usados na consecução do objetivo do contrato, como ocorreu na hipótese dos autos, consoante se verifica pelo teor das Notas Fiscais dos Serviços, correspondentes aos recibos de retenção fornecidos pela Agesul (contratante dos serviços), nos quais há confirmação de que as deduções correspondem ao fornecimento de materiais para a obra (f. 66-79).

Diante das razões acima enumeradas, a sentença deve ser mantida, na sua integralidade.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Município de Ponta Porã, e majoro os honorários advocatícios em 2%, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, tendo em vista a reduzida complexidade do feito e a desnecessidade de instrução processual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 27 de março de 2018.

Órgão Especial**Mandado de Segurança nº 1411052-08.2017.8.12.0000 – Tribunal de Justiça****Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – ERRO DA ADMINISTRAÇÃO QUE, APÓS DEVIDO PROCESSO INTERNO, CONCEDE À IMPETRANTE, DE FORMA INDEVIDA, APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO – AUTORIDADE COATORA QUE DETERMINA O RETORNO AO TRABALHO E A DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO DAS QUANTIAS INDEVIDAMENTE PAGAS – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ NO RECEBIMENTO DOS VALORES AUFERIDOS – PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ – VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR – SEGURANÇA CONCEDIDA PARA QUE A IMPETRANTE SE ABSTENHA DE DEVOLVER AS VERBAS PAGAS EQUIVOCADAMENTE.

É certo que a Administração tem o poder-dever de rever seus atos reputados ilegais ou inconvenientes, com o fim de corrigir equívocos no pagamento de seus servidores, sendo neste sentido a inteligência contida no enunciado contido da Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, não se justifica o ato administrativo que visa à reposição ao erário da aposentadoria por tempo de serviço indevidamente paga ao servidor, máxime quando o pagamento foi determinado pela própria Administração Pública, após processo interno, hipótese em que deve ser presumida a boa-fé do servidor no recebimento da verba de natureza alimentar.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente o Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 28 de março de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Tânia Maria Andrade Pessato contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em determinar à impetrante o ressarcimento ao erário dos valores indevidamente recebidos como proventos de aposentadoria, cuja Portaria n. 202, de 1º.03.2016, foi anulada pelo Conselho Superior da Magistratura, em virtude da incorreção na contagem do tempo de contribuição da requerente (f. 108).

Alega, em suma, que: pleiteou junto à autoridade coatora a aposentadoria por tempo de contribuição, o que foi deferido com base em informações prestadas pela própria Secretaria de Recursos Humanos deste egrégio Tribunal; quando já estava usufruindo do seu direito à aposentadoria, a autoridade coatora notificou-lhe para retornar ao seu posto de trabalho, objetivando a complementação das contribuições necessárias à

sua aposentadoria; não obstante o atendimento da r. determinação da autoridade coatora, após o retorno ao exercício de suas funções, a impetrante foi surpreendida pelo ato ora impugnado, que, afrontando direito líquido e certo, determinou a devolução dos proventos por ela recebidos de boa-fé; a própria autoridade coatora reconhece que o erro ocorreu por culpa exclusiva da Administração Pública na contagem da contribuição, e, mesmo assim, o ato impugnado, ao arrepio da legislação e do entendimento jurisprudencial, penalizou a impetrante pelo equívoco da Administração Pública; a decisão impugnada foi prolatada sem a intimação da impetrada, a fim de que esta pudesse exercer o contraditório e a ampla defesa.

Reportando-se a inúmeros precedentes jurisprudenciais, culmina por requerer o deferimento de liminar, inaudita altera parte, com determinação para que a autoridade coatora se abstenha de realizar descontos em seus subsídios para possível restituição ao erário, com a concessão posterior, em definitivo, da segurança.

Requer, por fim, a concessão dos benefícios da gratuidade processual, por não ter condições financeiras de arcar com o ônus das custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio e da família (f. 11).

Anexou os documentos de f. 10/109, atribuindo à causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

O pedido de liminar foi concedido por este relator por meio da decisão exarada à f. 113-115.

Devidamente notificado, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações à f. 120/122, pugnando pela denegação da segurança, alegando que a decisão administrativa que determinou a restituição ao erário dos valores percebidos durante a aposentadoria indevida da servidora encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico vigente, inexistindo ilegalidade ou abuso de poder a serem sanados por meio de mandado de segurança.

Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por meio do parecer emitido pelo ínclito Procurador Humberto de Matos Brittes (f. 138-147), opinou pela concessão da segurança e consequente extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

VOTO

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

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Tânia Maria Andrade Pessato contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente em determinar à impetrante o ressarcimento ao erário dos valores indevidamente recebidos como proventos de aposentadoria, cuja Portaria n. 202, de 1º.03.2016, foi anulada pelo Conselho Superior da Magistratura, em virtude da incorreção na contagem do tempo de contribuição da requerente (f. 108).

Alega, em suma, que: pleiteou junto à autoridade coatora a aposentadoria por tempo de contribuição, o que foi deferido com base em informações prestadas pela própria Secretaria de Recursos Humanos deste egrégio Tribunal; quando já estava usufruindo do seu direito à aposentadoria, a autoridade coatora notificou-lhe para retornar ao seu posto de trabalho, objetivando a complementação das contribuições necessárias à sua aposentadoria; não obstante o atendimento da r. determinação da autoridade coatora, após o retorno ao exercício de suas funções, a impetrante foi surpreendida pelo ato ora impugnado, que, afrontando direito líquido e certo, determinou a devolução dos proventos por ela recebidos de boa-fé; a própria autoridade coatora reconhece que o erro ocorreu por culpa exclusiva da Administração Pública na contagem da

contribuição, e, mesmo assim, o ato impugnado, ao arrepio da legislação e do entendimento jurisprudencial, penalizou a impetrante pelo equívoco da Administração Pública; a decisão impugnada foi prolatada sem a intimação da impetrada, a fim de que esta pudesse exercer o contraditório e a ampla defesa.

Reportando-se a inúmeros precedentes jurisprudenciais, culmina por requerer o deferimento de liminar, *inaudita altera parte*, com determinação para que a autoridade coatora se abstenha de realizar descontos em seus subsídios para possível restituição ao erário, com a concessão posterior, em definitivo, da segurança.

O pedido de liminar foi concedido por este relator por meio da decisão exarada às f. 113-115.

Devidamente notificado, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações às f. 120/122, pugnando pela denegação da segurança, alegando que a decisão administrativa que determinou a restituição ao erário dos valores percebidos durante a aposentadoria indevida da servidora encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico vigente, razão pela qual inexistiria ilegalidade ou abuso de poder a serem sanados por meio de mandado de segurança.

Após, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, que, por meio do parecer emitido pelo nobre Procurador de Justiça, Dr. Humberto de Matos Brittes (f. 138-147), opinou pela concessão da segurança e consequente extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Do direito

Feita essa digressão, vê-se que a matéria a ser dirimida por este colegiado consiste em saber se a impetrante possui ou não o direito líquido e certo em se abster de realizar a devolução dos proventos recebidos em decorrência de sua aposentadoria, posteriormente cancelada.

Compulsando os autos, infere-se que o Processo Administrativo nº 161.212.0011/2016 tramitou regularmente, sendo ao final concedida à impetrante a aposentadoria voluntária por tempo de contribuição, com proventos integrais e com paridade (f. 62/68).

Sucedendo que, decorridos 05 (cinco) meses da concessão da aposentadoria, a Ageprev – Agência de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul contatou a servidora, ora impetrante, informando-lhe que o ato de concessão de aposentadoria foi anulado, o que ocorreu por ter sido verificado que mencionado benefício fora erroneamente concedido, haja vista que não se observou que a servidora obteve uma licença não remunerada de 364 (trezentos e sessenta e quatro) dias, período em que não houve contribuição, e, portanto, não pode ser contabilizado para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

Em razão disso, o ato de concessão de aposentadoria foi anulado, sendo a servidora convocada para retornar ao cargo de Analista Judiciário na Comarca de São Gabriel do Oeste e, cumulativamente, foi-lhe determinada a restituição dos valores percebidos indevidamente, a título de aposentadoria.

Pois bem, é certo que Administração Pública, no exercício de sua autotutela, pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, sendo neste sentido o enunciado contido na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe, *in verbis*:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Todavia, se é certo que agiu com acerto a Administração, quando determinou o retorno da impetrante ao trabalho em razão da nulidade do ato administrativo de concessão da aposentadoria por tempo de serviço, tenho, a meu juízo, que não se houve com exatidão a autoridade impetrada, quando determinou que a impetrante restituísse ao erário os valores recebidos, isto porque não demonstrou que a servidora os tenha recebido de má-fé. A propósito, os valores recebidos a esse título possuem natureza alimentar, sendo presumida a boa-fé.

Deveras, em tais casos, o Tribunal de Contas da União, consagrou o entendimento no sentido de que o servidor não tem a obrigação de devolver as verbas alimentares recebidas de boa-fé. Confirmam-se os seguintes enunciados:

Súmula TCU 106: O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente.

Súmula TCU 249: É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Reitere-se que, em casos tais, a boa-fé se presume, competindo à autoridade que decreta a nulidade do ato demonstrar a má-fé do servidor que auferiu de forma indevida a aposentadoria por invalidez, a qual reveste-se de caráter alimentar.

Nesse sentido é o entendimento já pacificado no Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICADA – VPNI – DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO – VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS POR SERVIDOR DE BOA-FÉ – RESTITUIÇÃO – DESNECESSIDADE.

1. O STJ firmou entendimento no sentido de que é incabível a devolução de valores pagos, por erro da Administração, ao servidor, diante da sua natureza alimentar e da presunção de boa-fé.

2. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

3. Recurso Especial não provido. (REsp 1701590/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO – ERRO OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO – RECEBIMENTO DE BOA-FÉ – DESCABIMENTO DA PRETENSÃO ADMINISTRATIVA DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES – AGRAVO INTERNO DA UNIÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. De início, importa salientar que os valores recebidos pelos Servidores não decorreram do cumprimento de decisão precária posteriormente reformada, uma vez que após o trânsito em julgado do acórdão que reformou a sentença que lhes garantia o

recebimento do percentual de 26,05%, os valores continuaram a ser pagos pelo erário, embora não houvesse qualquer determinação judicial que lhe compelisse ao pagamento dos valores, de modo que não há que se falar na incidência da tese firmada no Recurso Especial 1.401.560/MT, de relatoria do Min. Ari Pargendler, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC/73.

2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte Superior quanto à impossibilidade de restituição de valores pagos a Servidor Público de boa-fé, por conta de erro operacional da Administração Pública, em virtude do caráter alimentar da verba, como na hipótese dos autos. Precedentes: AgInt no AREsp. 418.220/DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 8.3.2017; AgRg no AREsp. 558.587/SE, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 14.8.2015. 3. Agravo Interno da UNIÃO a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1514343/RN, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017).

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES – ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR – AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS – UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90) – MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA – DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS – INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO.

1 A compatibilidade de horários é requisito indispensável para o reconhecimento da licitude da acumulação de cargos públicos. É ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva.

2. O § 2º do art. 193 da Lei n. 8.112/1990 veda a utilização cumulativa do tempo de exercício de função ou cargo comissionado para assegurar a incorporação de quintos nos proventos do servidor (art. 62 da Lei n. 8.112/1990) e para viabilizar a percepção da gratificação de função em sua aposentadoria (art. 193, caput, da Lei n. 8.112/1990). É inadmissível a incorporação de vantagens sob o mesmo fundamento, ainda que em cargos públicos diversos.

3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado no sentido de que, no exercício da competência que lhe foi atribuída pelo art. 71, inc. III, da Constituição da República, o Tribunal de Contas da União cumpre os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal quando garante ao interessado – como se deu na espécie – os recursos inerentes à sua defesa plena.

5. Ato administrativo complexo, a aposentadoria do servidor, somente se torna ato perfeito e acabado após seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União. 6. Segurança parcialmente concedida. (MS 26085, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2008, DJe-107 Divulg 12-06-2008 Public 13-06-2008 Ement Vol-02323-02 Pp-00269 RTJ Vol-00204-03 Pp-01165).

Desta feita, não tendo a autoridade impetrada demonstrado a existência de indícios que poderiam gerar a convicção de que a servidora impetrante tenha recebido de má-fé os valores de aposentadoria por tempo de serviço, a concessão do presente mandado de segurança é medida que se impõe.

Dispositivo

Posto isso, em sintonia com o parecer ministerial, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedo o mandado de segurança impetrado por Tânia Maria Andrade Pessato para o fim de determinar que a autoridade coatora se abstenha de realizar descontos em folha de pagamento da impetrante, referente à devolução parcelada dos proventos de aposentadoria por tempo de serviço recebidos indevidamente.

Sem custas, por ser sucumbente a Fazenda Pública, isenta nos termos do art. 24, I, da Lei estadual n. 3.779, de 11 de novembro de 2009 (Regimento de Custas).

Sem honorários advocatícios, a teor do art. 25 da Lei n. 12.016, de 7.8.2009, da Súmula n. 512 do STF e da Súmula n. 105 do STJ.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente o Des. Dorival Renato Pavan.

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^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, 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, 28 de março de 2018.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1411344-90.2017.8.12.0000 - Sidrolândia****Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – RECONHECIMENTO – SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO COMPROVADAS DE PLANO – ATO DE IMPROBIDADE INEXISTENTE – RECURSO PROVIDO.

A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação é admissível (artigos 25, II e 13, V, da Lei 8.666/93).

Desde que comprovado, de plano, o preenchimento dos requisitos legais (singularidade dos serviços e notória especialização), não há se falar em ato de improbidade, podendo a ação civil pública ser rejeitada, liminarmente, nos termos do que dispõe o art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa (incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001), para evitar uma lide temerária.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de maio de 2018.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Jean Cesar França de Nazareth interpõe recurso de agravo inconformado com a decisão (f. 417-20, dos autos de origem), proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia, nos autos da ação civil pública, processo n. 0801414-59.2017.8.12.0045, manejada pelo agravado Ministério Público Estadual que, recebeu a petição inicial e determinou a citação do agravante.

O agravante, em razões recursais (f. 1-34), aduz o equívoco da decisão recorrida, pois a petição inicial é desprovida de provas e, ainda, o contrato impugnado pelo agravado - contratação de escritório jurídico, consubstancia ato legal e que prescinde de licitação, porquanto refere-se a competência técnica do referido escritório, sem possibilidade de licitação, como permite a própria Lei de Licitação, Lei n. 8.666/93, sendo absolutamente inviável a competição, pela singularidade do serviço e notória especialização do referido escritório jurídico. Ademais, os fatos noticiados não constituem atos de improbidade administrativa, e dano ao erário, pois o serviço foi adequadamente prestado.

Ponderou que os serviços foram contratados pelo valor de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), enquanto o valor com o corpo jurídico permanente da Câmara Municipal é de mais de R\$ 12.345,51 (doze mil e trezentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), mensais, decorrendo à modicidade do preço praticado.

Alinhavou, em conclusão, inexistir dano ao erário, dolo do agente público e/ou culpa na conduta noticiada, pois o ato foi praticado conforme os rigores legais, razão pela qual, a petição inicial não deveria ser recebida, impondo-se, assim, o provimento do recurso.

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso para, reformando a decisão, rejeitar a petição inicial.

O agravado, em contrarrazões, f. 42-50, pautou pelo desprovimento do recurso.

O i. membro do MPE, Procurador de Justiça, Dr. Aroldo José de Lima, no parecer de f. 133-38, opinou pelo desprovimento do presente recurso.

VOTO

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

Jean Cesar França de Nazareth interpõe recurso de agravo inconformado com a decisão (f. 417-20, dos autos de origem), proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia, nos autos da ação civil pública, processo n. 0801414-59.2017.8.12.0045, manejada pelo agravado Ministério Público Estadual que, recebeu a petição inicial e determinou a citação do agravante.

O agravante, em razões recursais (f. 1-34), aduz o equívoco da decisão recorrida, pois a petição inicial é desprovida de provas e, ainda, o contrato impugnado pelo agravado - contratação de escritório jurídico, consubstancia ato legal e que prescinde de licitação, porquanto refere-se a competência técnica do referido escritório, sem possibilidade de licitação, como permite a própria Lei de Licitação, Lei n. 8.666/93, sendo absolutamente inviável a competição, pela singularidade do serviço e notória especialização do referido escritório jurídico. Ademais, os fatos noticiados não constituem atos de improbidade administrativa, e dano ao erário, pois o serviço foi adequadamente prestado.

Ponderou que os serviços foram contratados pelo valor de R\$ 10.200,00 (dez mil e duzentos reais), enquanto o valor com o corpo jurídico permanente da Câmara Municipal é de mais de R\$ 12.345,51 (doze mil e trezentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e um centavos), mensais, decorrendo à modicidade do preço praticado.

Alinhavou, em conclusão, inexistir dano ao erário, dolo do agente público e/ou culpa na conduta noticiada, pois o ato foi praticado conforme os rigores legais, razão pela qual, a petição inicial não deveria ser recebida, impondo-se, assim, o provimento do recurso.

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso para, reformando a decisão, rejeitar a petição inicial.

O agravado, em contrarrazões, f. 42-50, pautou pelo desprovimento do recurso.

O i. membro do MPE, Procurador de Justiça, Dr. Aroldo José de Lima, no parecer de f. 133-38, opinou pelo desprovimento do presente recurso.

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face do agravante, então Presidente da Câmara Municipal de Sidrolândia, e do Escritório Bastos, Claro e Duailibi Advogados Associados, em razão da contratação de serviços de advocacia, com base na hipótese de inexigibilidade de licitação (notória especialização e complexidade dos serviços a serem prestados), supostamente sem o preenchimento dos requisitos legais pertinentes ao caso.

O agravante, inconformado com o recebimento da ação, se insurge por intermédio do presente recurso, por entender que o aludido escritório possui notória especialização e o serviço é complexo, singular, restando evidente que a contratação, com inexigibilidade de licitação, não caracteriza ato de improbidade.

De fato, o juízo prévio previsto no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92 (que possui natureza de julgamento antecipado da lide) pode ser favorável ao requerido, quando estiver cabalmente demonstrada a inexistência do fato ou a não concorrência para o dano.

Nesse sentido, ensina a doutrina:

“Ao aludir o § 8º à “rejeição da ação” pelo juiz quando convencido da “inexistência do ato de improbidade”, instituiu-se hipótese de julgamento antecipado da lide (julgamento de mérito), o que, a nosso juízo, até pelas razões acima expostas, só deve ocorrer quando cabalmente demonstrada, pela resposta do notificado, a inexistência do fato ou a sua não concorrência para o dano ao patrimônio público. Do contrário, se terá por ferido o direito à prova do alegado no curso do processo (art. 5º, LV), esvaziando-se, no plano fático, o direito constitucional d ação (art. 5º, XXXV) e impondo-se absolvição liminar sem processo. Relembre-se, mais uma vez, que no momento preambular, antecedente a recebimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da causa petendi exposta pelo autor em sua vestibular, servindo precipuamente, como já dito, como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias. Poderíamos afirmar, sem medo, que, tal como se verifica na seara processual penal, deve o Magistrado, neste momento, servir-se do princípio in dubio pro societate, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial. Também será possível o julgamento antecipado da lide, com a “rejeição da ação”, nas hipóteses de indubitosa ocorrência de prescrição (art. 23 da LIA).

Tal decisão negativa, na linha de interpretação aqui exposta, porque fulcrada em sólidos elementos, e não numa mera “insuficiência probatória”, inviabilizará o ajuizamento de uma segunda ação pelo mesmo fundamento, mesmo que surjam provas novas (art. 16 da Lei da Ação Civil Pública).

Já ao tratar da “rejeição da ação” em razão de sua “improcedência”, o mesmo § 8º alude à hipótese de rejeição da inicial por falta de um dos pressupostos processuais ou de uma das condições da ação, o que seria até desnecessário em razão da regra do art. 295 do CPC. Aqui sim, a “insuficiência de provas” poderá ser thema decidendum, uma vez que a justa causa participa do conceito de interesse processual, condição ao legítimo exercício do direito de ação. Assim, por se tratar de decisão meramente terminativa, nada impede, a princípio, a renovação da demanda pelo mesmo fundamento (art. 268 do CPC).”

Como visto, o juízo de admissibilidade previsto no art. 17, § 8º, da Lei da Improbidade Administrativa, cumpre a função de filtro das lides temerárias, evitando-se o desgaste do Poder Judiciário com demandas que não tenham a menor aptidão para serem objeto e apreciação, circunstância que deve estar demonstrada, de plano, na hipótese de rejeição, e, no caso de não comprovação dessa inaptidão, a ação deve ser admitida e prosseguir até o julgamento final.

A decisão agravada, ao justificar o recebimento da ação, apresentou os seguintes fundamentos:

“Trata-se de ação civil pública com pedido liminar de suspensão de contrato por atos de improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público Estadual em face Alexandre Bastos Advogados Associados, Camara Municipal de Sidrolândia, Escritório Bastos, Claro & Dualibi Advogados, Jean Cesar França de Nazareth e Município de Sidrolândia, aduzindo, em síntese, que como se verifica dos autos de Procedimento Preparatório n. 015/2017, oriundo da 1ª.

Promotoria da Comarca de Sidrolândia, em 31/03/2016, a Câmara Municipal de Sidrolândia, na pessoa de seu Presidente Jean Cesar França de Nazareth, firmou contrato absolutamente ilegal com o Escritório Bastos, Claro & Dualibi Advogados Associados, sem licitação, aduzindo a sua inexigibilidade, nos termos do art. 25 da Lei Federal n. 8.666/93 para a contratação direta, contudo sem motivação concreta por parte do representante do Poder Legislativo para tanto; nada foi dito acerca dos requisitos que justificariam a inexigibilidade de licitação, quais sejam: inviabilidade de competição, natureza singular do serviço e notória especialização.

Assim, requer a concessão de tutela de urgência para determinar a suspensão do contrato efetivado entre a Câmara Municipal de Sidrolândia e o Escritório Bastos, Claro & Dualibi Advogados Associados, ordenando à Câmara Municipal que se abstenha de efetuar qualquer pagamento à pessoa jurídica referida em razão do contrato em foco; ou, alternativamente, sejam suspensos os pagamentos diretamente à contratada e determinado o depósito em juízo do quantum devido mensalmente.

Em manifestação acerca do pedido de liminar, o Município de Sidrolândia arguiu as preliminares de ilegitimidade ativa, a necessidade de sobrestamento do feito em decorrência de demandas repetitivas no STF; inadequação da via eleita, pugnando ao final pelo indeferimento do pedido liminar ao argumento de que não foram preenchidos os requisitos da tutela de urgência.

É o relatório. Decido.

A) Do Sobrestamento do Feito.

Inicialmente, afasto a tese de sobrestamento do feito, uma vez que além da questão acerca da repercussão geral do Recurso Extraordinário 656.558, ainda depender de julgamento, ao contrário do que alega o requerido, como decidiu o relator Ministro Dias Toffoli “o reconhecimento da repercussão geral não implica, necessariamente, em paralisação instantânea e inevitável de todas as ações a versarem sobre a mesma temática do processo piloto”.

B) Da ilegitimidade passiva do município sustenta o município que foi o principal lesado dos atos praticados.

Nessa condição, seu nome não deve constar no pólo passivo da ação.

Descabida é tal tese, eis que o contrato foi efetivamente pactuado entre o órgão da administração e algumas das pessoas aqui denunciadas, devendo ele concorrer com os atos praticados e fazer parte do banco de réus.

Nesse mesmo sentido, o magistério Hugo Nigro Mazzilli explica:

“União, Estados, Municípios ou Distrito Federal podem ser legitimados passivos para a ação civil pública, pois que, quando não parta deles o ato lesivo, muitas vezes para ele concorrem quando licenciam ou permitem a atividade nociva, ou então deixam

de coibi-la quando obrigados a tanto.” (MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo. 13ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2001. p 256)

C) Da inadequação da via eleita

Da mesma forma, a preliminar de inadequação da via eleita não procede, visto que as condutas aparentemente típicas de improbidade atribuídas a cada um dos requeridos estão suficientemente descritas.

Com efeito, nota-se que o procedimento preparatório, alicerce da presente ação, traz à baila uma série informações que, aliadas à coerente argumentação constante da peça vestibular, demonstram os atos caracterizadores de improbidade administrativa e a responsabilidade dos réus.

Ademais, a petição inicial preenche os requisitos para sua admissibilidade e processamento, nos termos do art. 319, do Código de Processo Civil, conjugado com os preceitos da Lei nº 8.429/92.

D) Da tutela de urgência

Para ser concedida a tutela antecipada em caráter de urgência, hão de estar presentes dois requisitos: juízo de probabilidade e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do CPC.

No que tange à tutela de urgência pleiteada na inicial, entendo pelo sua impossibilidade, uma vez que a documentação colacionada aos autos, por ora, é insuficiente para a concessão da medida, em especial, considerando que é possível a contratação precedida de inexigibilidade de licitação, desde que atendidos os requisitos do art. 25, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

Ainda se não bastasse, verifico que a liminar pleiteada é de caráter satisfativo, de modo que a sua concessão também encontra óbice no disposto no art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992, in verbis:

“Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.”

Diante do exposto, não havendo motivos que justifiquem a rejeição da ação, nos termos do artigo 17, § 8º, da lei 8.429/92, recebo a petição inicial, indeferindo a tutela de urgência pleiteada, e determino a citação dos requeridos, para, no prazo legal, contestarem a ação (artigo 17, § 9º, da Lei 8.429/92).”

Como visto, o julgador *a quo* considerou necessária a instrução processual, para se convencer a respeito da comprovação ou não do ato de improbidade, evidenciando-se o caráter bastante genérico da decisão, a respeito dos fatos alegados pela defesa.

Assim, o tema central do presente recurso reside em descobrir se a hipótese versada é de lide temerária, ou seja, se há ou não condições para a admissibilidade da propositura de ação civil pública.

No tocante ao argumento referente à inexistência de ato de improbidade, os documentos juntados pelo agravante demonstram, de plano, que a contratação dos serviços do Escritório Bastos, Claro e Duailibi, Advogados Associados, não constituiu dispensa indevida de licitação, ou seja, a conduta imputada aos requeridos não ofende as leis de Licitações e de Improbidade, fato que prescinde de dilação probatória para ser verificado.

No tocante à constatação de que não foi praticado nenhum ato de improbidade pelo agravante, a prova documental é robusta, em sentido contrário às alegações constantes na inicial.

Conforme esclarecido anteriormente, a contratação do aludido escritório de advocacia tornou-se possível porque a Câmara Municipal de Sidrolândia necessitava de serviços singulares de advocacia, para atender à necessidade excepcional, na atuação profissional referente ao acompanhamento de causas perante o juízo da Comarca respectiva e o TJ/MS, mas especialmente em procedimentos perante o Tribunal de Contas Estadual.

No procedimento referente ao contrato nº 004/2017 (f. 50-60), o parecer jurídico assim justificou a dispensa de licitação:

“(...) Sendo assim, deve se considerar a atividade profissional do advogado consultor e assessor, como prestador de serviço técnico especializado, inviabilizando a comparação e, portanto, a competição, podendo por isso ser contratada sem licitação.

Deste modo o Escritório Bastos, Claro & Duailibi Advogados Associados, representado pelo advogado Bento Monteiro Duailibi preenche os requisitos legais para que a Administração possa com ele celebrar o devido contrato de prestação dos serviços em comento.

Destaca-se em seu currículo as seguintes atribuições:

Formado em Direito pela Fucmat/UCDB em 1991;

Advogado Militante portador da OAB/MS 5.452;

Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Superior em Direito;

Pós Graduado em Direito Civil;

Professor em Direito Constitucional na Anhanguera Uniderp por 13 anos;

Assessor Jurídico da Presidência do Tribunal de Contas do Estado – 1999/2002;

Assessor Contábil do Tribunal de Contas do Estado – 2001/2005:

Conselheiro Titular da OAB/MS – Gestão 2010/2012 e 2016/2018

Secretário Geral do Ibdfam/MS

Válido consignar que apesar do novo nome (alterado em razão da saída de seu antigo sócio majoritário, mantendo-se o mesmo CNPJ e a mesma estrutura), o Escritório Bastos, Claro & Duailibi Advogados Associados atua na área do Direito Público há mais de 10 (dez) anos, sempre trabalhando em defesa do direito de inúmeros Municípios e Câmaras Municipais.

Impende consignar o voto do Exmo. Desembargador do TJ/MS Ruy Celso Barbosa Florence, nos autos do Agravo nº 2012.007134-3, o qual menciona sobre a notória especialização do escritório – com seu antigo nome – na área do Direito Administrativo e da Administração Pública. (...)” (f. 56-59)

Na minuta do contrato, cláusula primeira, consta que o escritório contratado atuará, além das causas ordinárias, especialmente em questões envolvendo o TJ/MS e o Tribunal de Contas do Estado (f. 43).

As atividades profissionais constatadas pela análise do histórico do escritório atestam que restou demonstrada a singularidade e a complexidade dos serviços, bem como a notória especialização do advogado contratado, não havendo se falar em improbidade.

Segundo lição de Marçal Justen Filho¹:

“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 configurar-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.”

No presente caso, verifica-se que houve o atendimento aos três requisitos: a) o legal, que se refere ao enquadramento dos serviços no rol do art. 13 da Lei n. 8.666/93 (serviço especializado), b) o subjetivo, consistente nas qualificações pessoais dos profissionais contratados (notória especialização) e c) o objetivo, consubstanciado na singularidade do objeto do contrato, ou seja, do serviço a ser contratado.

Os serviços especializados referidos pela lei, são aqueles expressamente previstos no art. 13 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, quais sejam: estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, etc.

Já a notória especialização, segundo o autor acima citado, decorre da junção de dois conceitos, sendo que, no concernente à especialização, o requisito consiste:

“Na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade. Isso se traduz na existência de elementos objetivos ou formais, tais como a conclusão de cursos e a titulação no âmbito de pós-graduação, a participação em organismos voltados à atividade especializada, o desenvolvimento frutífero e exitoso de serviços semelhantes em outras oportunidades, a autoria de obras técnicas, o exercício de magistério superior, a premiação em concursos ou a obtenção de láureas, a organização de equipe técnica e assim por diante. Não há como circunscrever exaustivamente as evidências da capacitação objetiva do contratado para prestar o serviço. O tema dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada. O que não se dispensa é a evidência objetiva da especialização e qualificação do escolhido. Evidência objetiva significa a existência de manifestações reais que transcendam à simples vontade ou conhecimento do agente administrativo responsável pela contratação. O elenco do § 1º, é meramente exemplificativo em função das circunstâncias de cada caso.

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não basta a Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto de profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.” (ob. cit., p. 284)

1 Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 281.

Portanto por todos os ângulos que se analise a situação concreta dos autos, não se pode concluir pela configuração da contratação do referido escritório, pela Câmara Municipal de Sidrolândia, como ato de improbidade.

Assim, ato administrativo existe, mas não existe ato de improbidade, circunstância que impõe a rejeição da ação, nos termos do que dispõe o art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, conforme já decidiu a 4ª Câmara Cível, por unanimidade, nos termos do voto do Des. Ruy Celso Barbosa Florence (relator), no caso citado no parecer de f. 50-60:

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alexandre Bastos Advogados Associados contra a decisão de f. 37-42 proveniente da 2ª Vara de Aparecida do Taboado nos autos de Ação Civil Pública nº 08001386620118120024, movida pelo Ministério Público Estadual, na qual se afastou a rejeição da peça inaugural para a apuração de Improbidade Administrativa supostamente cometida pela agravante.

O agravante busca o indeferimento da petição inicial pois entende que não houve qualquer ofensa à Lei de Improbidade Administrativa (n. 8.429/92) a ensejar a abertura de Ação Civil Pública, porquanto o contrato realizado, segundo posição pacífica dos Tribunais Superiores, configuraria caso claro de inexigibilidade de licitação, tendo sido cumprido escorreitamente até o presente momento.

Suscita preliminar de ausência de possibilidade jurídica do pedido e a causa de pedir.

Embora tenha de haver a rejeição das preliminares arguidas, no mérito, o recurso merece prosperar.

O Ministério Público Estadual ingressou com a ação civil pública por ato de improbidade administrativa c.c. anulação de contrato e liminar sob a alegação de que o contrato para prestação de serviços técnicos realizado entre a parte agravante e o município de Aparecida do Taboado não satisfaria aos requisitos necessários para que se configurasse a Inexigibilidade de Licitação, ensejando a subsunção dos fatos aos tipos descritos na Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto à arguição de inépcia da inicial e de carência da ação por ausência de causa de pedir, ambas fundamentadas na ausência de individualização de condutas da parte requerida que se consubstanciam em ato ímprobo, não deve ser acolhida.

Ainda que a peça inicial não tenha descrito de forma pormenorizada qual seria a conduta indutora ou concorrente do agente para o ato de improbidade afirmado, apontando se dolosa ou culposa, ou ainda, se o agravante teria se beneficiado do fato, o fez de forma sucinta permitindo que seja considerada apta, conforme o entendimento jurisprudencial:

“ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EXTINÇÃO DA AÇÃO – ART. 17, §§ 7º E 8º, DA LIA – IMPOSSIBILIDADE – RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o magistrado não fica adstrito aos pedidos formulados pelo autor.

2. Conforme entende a jurisprudência, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente. Essa é a exata compreensão dos princípios do Direito Romano *jura novit curia* e da *mihi factum dabo tibi ius*, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos. (REsp 1.192.583/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 8.9.2010.) 3. Se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa, não se configura inépcia da inicial. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, sobretudo quando a descrição dos fatos é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. (Nesse sentido: REsp 964.920/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 13.3.2009.) 4. Hipótese em que o Tribunal a quo reconheceu a existência de nomeação de servidor por juíza, sua esposa, para efetuar os serviços de segurança para ela. 5. O ato de favorecimento do marido pela Juíza importa, necessariamente, em violação do princípio da impessoalidade – já que privilegiados interesses individuais em detrimento do interesse coletivo. É também dissonante com o princípio da moralidade administrativa, pois fere o senso comum imaginar que a Administração Pública possa ser transformada em um negócio de família. (Nesse sentido: GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, 4ª Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 401-407). 6. “A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.” (REsp 1.009.926/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.12.2009, DJe 10.2.2010). 7. In casu, verifica-se a contrariedade aos artigos 17, §§ 7º e 8º, da Lei n. 8.429/92, porque há, em tese, a realização de conduta violadora de princípios da administração pública a ser apurada no âmbito do processo, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1204965/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010).

Assim, se a petição inicial tem causa de pedir e pedido, em obediência aos princípios da congruência e coerência, não deve ser indeferida por inépcia.

Por outro lado, na hipótese não vislumbro sequer vestígios suficientes para o processamento da ação, o que impede o recebimento da inicial da demanda que visa à apuração de ato de improbidade administrativa, para o qual a lei exige a instrução mínima com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente (§ 6º, do art. 17 da Lei n. 8.429/92, incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001), de forma que, diante do convencimento da inexistência de ato ímprobo, o que leva à improcedência do pedido, deve ser rejeitada nos termos preconizados no § 8º, do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa (incluído pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 2001), a evitar uma lide temerária.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 11 DA LIA) – REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL – ART. 17, § 8º

– DA LEI 8.429/92 – EXTINÇÃO DO PROCESSO – AUSÊNCIA DE MÍNIMOS INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE – ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise probatória, entenderam inexistentes os pressupostos da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, ante a ausência de demonstração concreta da prática de qualquer ato passível de enquadramento no art. 11 da referida Lei; rever essa conclusão encontra óbice na Súmula 7/STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Precedentes.

2. Segundo a orientação desta Corte a inicial da Ação de Improbidade pode ser rejeitada (art. 17, § 8º da Lei 8.492/92), sempre que, do cotejo da documentação apresentada, não emergirem indícios da prática do ato improprio. Esse tipo de ação, por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador.

3. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 27704/RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012).

Inicialmente ressalto que o objeto da licitação é passível de ser contratado mediante inexigibilidade do certame, pois se trata de serviços de advocacia, conforme permissivo legal contido no art. 25, II c.c art. 13, V, da Lei n. 8.666/93 e de acordo com a melhor jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO – LICITAÇÃO – INEXIGIBILIDADE – EXPRESSA PREVISÃO LEGAL – SERVIÇO SINGULAR E NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 7/STJ.

1. A contratação de serviços de advogado por inexigibilidade de licitação está expressamente prevista na Lei 8.666/93, arts. 25, II e 13, V.

2. Para concluir-se de forma diversa do entendimento do Tribunal a quo - “A excepcionalidade, a extraordinariedade, a relevância do serviço justificam a contratação especial, independentemente de licitação” -, seria necessário o reexame fático probatório dos autos, inviável na via manejada, a teor da Súmula 7 do STJ.

3. Recurso especial não conhecido.” (REsp 726175/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, DJe 15/03/2011)

Além disso, o serviço técnico profissional especializado visando a consultoria jurídica e o patrocínio ou defesa de causas judiciais apontou responsáveis contratantes com notória especialização, sem possibilidade de substituição ou subcontratação, vejamos:

“Cláusula Décima Primeira: em decorrência da forma de contratação, por meio de Inexigibilidade de Licitação, por decorrência dos representantes da sociedade contratada, senhor Doutores Alexandre Bastos e Gerson Claro Dino, estes **profissionais deverão estar sempre à disposição para prestar os serviços, sem a possibilidade de subcontratação ou substituição por outro possível funcionário da empresa citada, sob pena de rescisão deste instrumento**”. (f. 116 TJ/MS) (g.n.)

Observo do procedimento administrativo juntado aos autos que, independentemente de apresentação de currículo, o que não é exigido especificamente pela lei, apesar de ser

sido analisado, foi observado o requisito de notória especialização, com ato fundamentado, o que se depreende da seguinte transcrição do parecer jurídico exarado naqueles autos:

“A empresa Alexandre Bastos Advogados Associados está estabelecida na cidade de Campo Grande/MS e atua especificamente na área de Prestação de Serviços Jurídicos voltados para a Administração Pública e seus Entes Administrativos.

Nos termos apresentados, referida empresa presta serviços pra inúmeras Prefeituras, Câmaras Municipais e outros órgãos da Administração.

Tais atividades desenvolvidas pela possível contratada demonstram a sua notória especialização na área do Direito Administrativo e da Administração Pública. Entretanto, para os critérios da Lei 8666/93, os quais serão amplamente explicitados a ferente, somente a vasta amplitude de atividade da empresa não seria suficiente para demonstrar que a disputa se faria impossível.

Observa-se, pelo currículo apresentado e pelas declarações de Entes Administrativos, que o Profissional Dr. Alexandre Bastos, bem como toda a estrutura de escritórios e afins de que dispõe, têm notória atuação no ramo específico relativo à Administração Pública e a suas particularidades. Referido advogado detém notória especialidade no ramo, é Procurador Jurídico, Assessor Jurídico e Consultor de vários entes administrativos, tais como Prefeituras, Câmaras Municipais, Consórcios Públicos, dentre outros.

Se não bastasse, está demonstrado que o mesmo profere Palestras, Seminários e quejandos por todo o Brasil, sempre tratando do Direito Administrativo e das questões voltadas para a Administração Pública.

Outro fator que permite e a inexigibilidade se dá pela particularidade de que a necessidade da Administração é premente no sentido de ter um profissional com notória especialização apresentada pelo Dr. Alexandre Bastos constantemente presente nas defesas, esclarecimentos e demais interpostos pela Municipalidade perante os Tribunais estaduais.

Todos estes elementos demonstram que o profissional tem notória especialização no ramo do Direito Administrativo, o que lhe credencia ser contratado por meio de sua empresa de prestação de serviços jurídicos, através dos favores concedidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, qual seja, a inexigibilidade de licitação.

(...).”

A afirmação é corroborada pela nomeação do referido causídico para compor o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Mato Grosso do Sul, no cargo de Juiz Substituto (f. 141 TJ/MS), para o qual a Constituição Federal, em seu art. 120, § 1º, III, exige notável saber jurídico e idoneidade moral.

Destaque-se, ainda, que ‘a inviabilidade de licitação para contratação de advogado também decorre do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e do Código de Ética, que vedam a concorrência entre estes profissionais, seja na modalidade menor preço ou na modalidade melhor técnica, e que os ‘profissionais com a especialização almejada poderiam não participar do certame devido a tal vedação.’” (JTJ/SP-vol. 246/11).

Outrossim, não visualizo onde residiria o prejuízo ao erário.

Há provas claras de prestação dos serviços (f. 123-140 TJ/MS), o que não é negado pelo agravado.

De outro norte, não é desarrazoado o valor do contrato estipulado em R\$ 4.000,00 mensais, mais 15% sobre o montante devidamente restituído aos cofres públicos referentes às ações patrocinadas, sobre o valor líquido, sendo que sequer consta a ocorrência de qualquer restituição no período de vigência do contrato, de 15 de fevereiro a 31 de dezembro de 2010 (f. 114 TJ/MS), o qual foi remunerado apenas com o valor mensal pactuado.

Assim, considerando também que referida remuneração está de acordo com a tabela de honorários advocatícios no âmbito da OAB/MS, estabelecida com base na Lei n. 8.904/94 e no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, não pode ser considerada para tipificar a conduta da parte requerida como improbidade administrativa.

Portanto, atendido o que determina a Lei n. 8.666/93, em seu artigo 55, por terem sido estipulados o preço e as condições de pagamento de acordo com a legislação aplicável ao caso, de igual forma não há falar em violação a princípios protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa.

Em casos semelhantes nosso Tribunal já se manifestou:

“EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO – AÇÃO POPULAR – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – CÂMARA DOS DEPUTADOS – REJEITADA – MÉRITO – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA ASSESSORAMENTO DA CÂMARA EM COMISSÃO DE INQUÉRITO – NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

A Câmara dos Deputados possui legitimidade para figurar no pólo passivo de ação popular que objetiva declarar a ilegalidade de ato consistente na contratação de advogado, sem a realização de procedimento licitatório.

É inexigível o procedimento licitatório para contratação de advogado de notória especialização, contratado para prestar assessoria na comissão parlamentar de inquérito, visando o afastamento do Prefeito Municipal. “(TJMS. Terceira Turma Cível. Reexame de Sentença - N. 2010.002513-7/0000-00 - Chapadão do Sul. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 17/05/2010).

“EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE – PRELIMINAR DE NULIDADE – REJEITADA – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS – MÉRITO – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO – ASSESSORIA À CÂMARA MUNICIPAL – INEXIGIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – PECULIARIDADES QUE CERCAM A DEMANDA – CONFIANÇA E CREDIBILIDADE DEPOSITADAS NO PROFISSIONAL PELO GESTOR PÚBLICO – CRITÉRIO INERENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS – SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS – COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS – ÔNUS DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA POR DANO HIPOTÉTICO – ÔNUS DA PROVA – RECURSO DOS RÉUS CONHECIDO E PROVIDO E RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO.

I – À luz do princípio da instrumentalidade das formas, a ausência da publicação da decisão que recebeu a petição inicial no DJ, tratou-se de vício sanado pela expedição dos mandados de citação dirigidos aos réus-apelantes, que foram devidamente cientificados de que a petição inicial havia sido recebida pelo juízo a quo.

II - Não merece prosperar o argumento de que o Ministério Público não possui legitimidade para a propositura desta demanda, face o exclusivo interesse do Município teoricamente prejudicado, seja pelos fundamentos supradeclinados, ou seja, pela missão constitucionalmente atribuída ao órgão ministerial, seja porque sua iniciativa de ajuizar o litígio não é adstrita a existência de interesse do ente federado supostamente prejudicado, especialmente por existir legitimidade ativa concorrente entre este e o MP.

III – A aplicação de penalidades, nos termos da Lei nº 8.429/92, deve ultrapassar a verificação, quando exigido pelo modelo legal, da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, do dano, do nexo de causalidade, bem como da tipicidade.

IV - A singularidade exigida pelo art. 25, inc. II da Lei de Licitações implica, justamente, nas qualidades específicas de determinada pessoa, no conhecimento técnico diferenciado, de acordo com as circunstâncias do desempenho da função.” (TJMS. Terceira Turma Cível. Reexame de Sentença - N. 2010.002513-7/0000-00 - Chapadão do Sul. Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay. J. 17/05/2010).” (TJMS. Terceira Câmara Cível. Apelação Cível - Lei Especial - N. 2011.035789-3/0000-00 – Bandeirantes. Relator Des. Marco André Nogueira Hanson. J. 27/03/2012)

Vê-se que não se trata de mera insuficiência probatória para lastrear o processamento da acusação, mas de constatação da inexistência de ato que possa ser tipificado pela Lei n. 8.429/92, sendo imperiosa a rejeição da liminar a fim de evitar uma lide temerária.

Diante do exposto, conheço do recurso, afasto as preliminares arguidas, porém, dou provimento ao agravo para reformar a decisão agravada e rejeitar inicial da Ação Civil Pública n. 08001386620118120024, com fulcro no § 8º, do art. 17 da Lei n. 8.429/92.” (TJMS - Agravo nº 2012. 007134-3, j. 29/05/2012, 4ª Câmara Cível, Rel. Ruy Celso Barbosa Florence; destaques não originais)

Em face do exposto, contrariando o parecer, dou provimento ao agravo de instrumento formulado por Jean Cesar França de Nazareth, para, em se reformando a decisão agravada, rejeitar liminarmente a Ação Civil Pública nº 0801414-59.2017.8.12.0045, em curso na 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia, extinguindo-se o feito, sem resolução do mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 16 de maio de 2018.

4ª Câmara Cível**Apelação nº 0819112–21.2014.8.12.0001 – Campo Grande****Relator designado Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL – CONTRATAÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO GARANTIA DE CONTRATOS QUE NÃO SE REFEREM AO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – POSSIBILIDADE – LEIS 9.514/97 E 10.931/2004 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

No presente recurso discute-se a possibilidade de constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros.

Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o sistema financiamento imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

Assim, é lícita a contratação de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos de empréstimo alheios ao sistema de financiamento imobiliário, como ocorre no contrato de empréstimo para capital de giro (art. 22 da Lei nº. 9.514/97 e art. 51 da Lei 10.931/2004). Precedentes do STJ.

Sentença mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal, de acordo com a técnica de julgamento do art. 942, do CPC.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

J Mansur Pecuária e Participações Societárias Ltda., interpõe recurso de apelação (f. 222-282), inconformada com a sentença (f. 213-219) proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação anulatória de contrato, ajuizada pela apelante em face do

Banco Safra S/A, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora e a condenou ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Alega a apelante que a tese de desvio de finalidade na alienação fiduciária já foi objeto de enfrentamento pelo TJ/MS, em sentido contrário à sentença, quando da decisão proferida em agravo de instrumento.

Por outro lado, entende que o STF tem posicionamento no sentido de que é inconstitucional a execução extrajudicial prevista no Decreto nº 70/66, o qual é similar ao procedimento extrajudicial adotado no caso dos autos, juntando, para sustentar sua alegação, inúmeras citações doutrinárias e jurisprudenciais, às f. 227-279.

Afirma que há excesso de garantia, pois o valor da dívida poderia ser satisfeita com a execução de apenas um dos bens, ou seja, há possibilidade de fracionamento, para evitar o locupletamento ilícito por parte do agravado.

Requer seja dado provimento ao recurso.

O apelado, nas contrarrazões (f. 374-398), pugna pelo improvimento do recurso, com base na obrigatoriedade dos contratos e na boa-fé objetiva *venire contra factum proprium*, haja vista que a tese da apelante foi inclusive refutada em julgamento de recurso especial, oriundo de agravo julgado no TJ/MS.

Requer o improvimento do recurso.

Na petição de f. 402-405, o apelado requer a imediata revogação da liminar que suspendeu o leilão extrajudicial, tendo em vista o julgamento do Recurso Especial nº 1542275/MS, mas essa providência será avaliada no próprio julgamento desta apelação.

VOTO (EM 21/02/2018)

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

J Mansur Pecuária e Participações Societárias Ltda., interpõe recurso de apelação (f. 222-282), inconformada com a sentença (f. 213-219) proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação anulatória de contrato, ajuizada pela apelante em face do Banco Safra S/A, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora e a condenou ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Alega a apelante que a tese de desvio de finalidade na alienação fiduciária já foi objeto de enfrentamento pelo TJ/MS, em sentido contrário à sentença, quando da decisão proferida em agravo de instrumento.

Por outro lado, entende que o STF tem posicionamento no sentido de que é inconstitucional a execução extrajudicial prevista no Decreto nº 70/66, o qual é similar ao procedimento extrajudicial adotado no caso dos autos, juntando, para sustentar sua alegação, inúmeras citações doutrinárias e jurisprudenciais, às f. 227-279.

Afirma que há excesso de garantia, pois o valor da dívida poderia ser satisfeita com a execução de apenas um dos bens, ou seja, há possibilidade de fracionamento, para evitar o locupletamento ilícito por parte do agravado.

Requer seja dado provimento ao recurso.

O apelado, nas contrarrazões (f. 374-398), pugna pelo improvimento do recurso, com base na obrigatoriedade dos contratos e na boa-fé objetiva *venire contra factum proprium*, haja vista que a tese da apelante foi inclusive refutada em julgamento de recurso especial, oriundo de agravo julgado no TJ/MS.

Requer o improvimento do recurso.

Na petição de f. 402-405, o apelado requer a imediata revogação da liminar que suspendeu o leilão extrajudicial, tendo em vista o julgamento do Recurso Especial nº 1542275/MS, mas essa providência deverá ser requerida após o julgamento da apelação, tendo em vista que o acórdão substitui a sentença.

Passo ao exame do recurso.

A apelante ajuizou, em face do apelado, ação anulatória de contrato de alienação fiduciária, alegando, resumidamente, que as partes celebraram, em 12.11.2010, contrato de alienação fiduciária (Cédula de Crédito Bancário nº 002486623), o qual teve como garantia os imóveis, registrados sob as matrículas nº 55.449 e 55.450, no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de São José dos Pinhais-PR, cujo negócio foi ratificado por meio da Cédula de Crédito Bancário nº 00206837, em 30.11.2012.

Sustentou a apelante que a alienação fiduciária em garantia de imóveis, quando utilizada para fornecer empréstimos e não para financiar a aquisição de propriedades imóveis, representa o desvirtuamento dos financiamentos imobiliários, em clara violação ao espírito da Lei nº 9.514/97.

Requeru a procedência do pedido, para o fim de que fosse reconhecida a invalidade dos contratos celebrados entre as partes (cédulas de crédito bancário), ou o excesso de garantia, decotando-se o valor excedente à dívida.

O pedido de tutela de urgência foi indeferido, sendo determinada a suspensão do procedimento extrajudicial iniciado pelo apelado, até julgamento final da ação (f. 94-95).

A apelante, por sua vez, interpôs o Agravo nº 1414372-71.2014.8.12.0000, de minha relatoria, o qual foi provido, conforme constou no ofício juntado à f. 175, em 28 de janeiro de 2015.

Entretanto, a decisão acima foi revogada por força do julgamento realizado no Recurso Especial nº 1542275/MS, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, sob o fundamento de que não há desvio de finalidade, na contratação de empréstimo, mediante alienação fiduciária de imóveis, com base na Lei nº 9.514/97.

Referida decisão não afetou o mérito da ação, tendo em vista tratar-se de revisão do entendimento adotado por essa 4ª Câmara, sobre a tutela de urgência. Desse modo, em caso de reforma da sentença, a liminar deferida no Agravo nº 1414372-71.2014.8.12.0000 poderá vigorar novamente.

Por fim, os pedidos foram julgados improcedentes, segundo o teor da sentença, *in verbis*:

Trata-se de ação anulatória de contrato, na qual a parte autora pretende, sob diversos argumentos, desconstituir a garantia real dada na cédula de crédito bancário n. 002486623, que recai sobre os imóveis matriculados sob o nº 55.449 e 55.450.

Dessa forma, analisando cada argumento lançado na exordial, cumpre ressaltar, inicialmente, que não se pode admitir a tese de que a alienação fiduciária em discussão, constituída no bojo de uma cédula de crédito bancário - empréstimo - capital de giro, ocorreu com desvio de finalidade da Lei n. 9.514/97 - que seria de incentivar o financiamento imobiliário para a aquisição, edificação ou reforma de imóvel, pois ela mesma, em seu art.

22, § 1º, dispõe que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser classificada como credor fiduciário, não restringindo tal posição às entidades financeiras que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário.

Observa-se, na verdade, que no mesmo texto legal (Lei n. 9.514/97) foram tratadas duas matérias, quais sejam, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e alienação fiduciária de bens imóveis, não sendo esta, necessariamente, vinculada e limitada àquele.

Assim, muito embora o instituto da alienação fiduciária aproveite ao SFI, sua utilização não está limitada somente a contratos firmados naquele âmbito.

Da mesma forma, não merece guarida a alegada inconstitucionalidade do procedimento previsto nos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997.

Não se pode afirmar, em absoluto, que o procedimento executório extrajudicial priva o mutuário inadimplente do bem imóvel, unilateralmente, e sem oportunizar-lhe qualquer defesa, pois o próprio artigo supracitado garante ao devedor ser cientificado de todo o procedimento de execução de seu débito, bem como purgar a mora (§§ 1º e 3º).

Além disso, o dispositivo legal em comento não representa óbice ao acesso ao Poder Judiciário: o mutuário que eventualmente sentir-se ameaçado por qualquer lesão ou ameaça ao seu direito tem a sua inteira disposição inúmeras ações judiciais cabíveis para atacar o ato ou fato lesivo ou ameaçador; oportunidade na qual o livre contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, serão plenamente exercidos.

(...)

Assim, rechaçados todos os argumentos suscitados, conclui-se que devem permanecer incólumes as cláusulas avençadas pelas partes que dizem respeito à instituição das garantias (pessoal e real), ante a ausência de qualquer ilegalidade.

A encerrar, calha gizar a impossibilidade de se proceder, nestes autos, à avaliação judicial dos imóveis dados em garantia, pois eventual leilão será realizado no âmbito extrajudicial, e terá como parâmetro para a definição do valor dos imóveis o disposto nos arts. 24, VI, e 27, ambos da Lei n. 9.514/1997.

Por essas razões, nos termos e limites da motivação expendida, julgo improcedente o pedido inaugural, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários, os quais, observadas as diretrizes traçadas no artigo 85, § 2º, do NCPC, arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.”

A primeira insurgência do apelante, referente ao fato de o TJ/MS haver decidido contrariamente à sentença, no Agravo nº 1414372-71.2014.8.12.0000, perde todo o sentido, com a informação de que a decisão proferida no aludido recurso foi revogada, após o julgamento do REsp nº 1542275/MS.

Na realidade, no que concerne ao principal argumento do recurso, relativo ao desvio de finalidade, pode-se afirmar que o conteúdo do julgamento do REsp nº 1542275/MS, já disponível no sítio do STJ, é no mesmo sentido da sentença recorrida, conforme se vê pelo teor da sua ementa:

“RECURSO ESPECIAL – AÇÃO ANULATÓRIA DE GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – DESVIO DE FINALIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – COISA IMÓVEL – OBRIGAÇÕES EM GERAL – AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, § 1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 51 DA LEI Nº 10.931/2004 – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO – AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

2. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros.

Inteligência dos arts. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997 e 51 da Lei nº 10.931/2004.

3. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

4. Considerando-se que a matéria é exclusivamente de direito, não há como se extrair do texto legal relacionado ao tema a verossimilhança das alegações dos autores da demanda.

5. Recurso especial provido. (REsp 1542275/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015)

Como visto, a solução adotada no STJ, ao analisar recurso oriundo de decisão que versou a respeito de tutela de urgência, elencou um fundamento que contraria o posicionamento deste relator, realçado em diversas oportunidades.

A base do julgamento acima citado refere-se ao fato de que o art. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/97, diz que “*A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena.*”

Embora haja diversos julgados no âmbito do STJ, no mesmo sentido, deve ser esclarecido que não há, ainda, pacificação sobre a questão, e, outrossim, a justificativa apresentada nessas oportunidades é a ausência de exclusividade das entidades que operam no sistema financeiro de habitação, quanto ao fornecimento de crédito mediante a pactuação de garantia fiduciária de imóveis.

Ocorre que a tese de invalidade desses contratos, com base na alegação de desvio de finalidade, não se vale da afirmação de exclusividade ou não de quem pode celebrar contratos de financiamento, com a garantia prevista na Lei nº 9.514/97 (caráter subjetivo), mas sim em saber qual contrato pode ser objeto da alienação fiduciária em garantia (aspecto objetivo).

Nesse ponto é que os casos apreciados pelo STJ merecem especial reavaliação, e, posteriormente, uma interpretação uniforme, em consonância com o objeto a ser considerado na celebração do contrato.

Assim, é evidente que uma instituição financeira privada (com exclusão da CEF e Banco do Brasil, por exemplo), pode firmar contratos de financiamento em que haja pacto de alienação fiduciária de imóveis, desde que a finalidade seja respeitada.

A invalidade não decorre do âmbito objetivo, conforme salientado acima, mas sim do caráter teleológico (finalidade) da Lei nº 9.514/97, qual seja, a de fornecer crédito para a aquisição ou reforma de imóveis, e não o contrário, que é a entrega, pelo devedor fiduciário, do seu bem, ao banco (credor fiduciário), em troca de um financiamento.

Por fim, entendo que há mais uma razão para manter o entendimento sobre essa questão.

Recentemente, o STF, atento à problemática nacional referente ao uso da Lei nº 9.514/97, de modo transversal, identificou, no Recurso Extraordinário nº 860.631-RG/SP, a necessidade de receber o recurso com repercussão geral, nos termos do que foi relatado pelo Min. Luiz Fux:

“(...) Ab initio, ressalte-se que foram devidamente observados os requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário.

Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como dos institutos da unidade da jurisdição e do juiz natural.

Cumprir destacar que, nada obstante recaia a discussão sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial em contratos imobiliários, a matéria versada nos autos não guarda identidade com a tratada no RE 627.106 - Tema 249 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Naquele leading case, discute-se a recepção constitucional do Decreto-Lei 70/1966, que prevê a execução extrajudicial para dívidas contraídas no regime do sistema financeiro habitacional, com garantia hipotecária, situação diversa da presente demanda, cujo objeto é a constitucionalidade da Lei 9.514/1997, que prevê a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo sistema financeiro imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel. Nessa última modalidade de contrato não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. O credor fiduciário, portanto, não se imiscui no patrimônio do devedor para excutir bem de propriedade alheia, uma vez que o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação do contrato pela outra parte, o que se traduz em diferença substancial entre as relações jurídicas de hipoteca e de alienação fiduciária para a finalidade de análise à luz dos princípios constitucionais invocados.

Saliente-se, ademais, que os contratos firmados pelo sistema financeiro imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa situação. Além disso, há necessidade de posicionamento desta Suprema Corte no que concerne à matéria sub examine, a fim de se garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

Destarte, a vexata quaestio apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do sistema financeiro da imobiliário.

Ex positis, nos termos do artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o artigo 323 do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.”

O Plenário do STF, em 01/02/2018, referendou o voto do Min. Luiz Fux, por maioria, mas não houve determinação de suspensão dos processos que versem sobre essa matéria.

É evidente que se o STF, sendo a última palavra sobre o tema de natureza constitucional, vislumbrou a importância social e econômica sobre a discussão da validade ou não da alienação fiduciária para fins não imobiliários, não há como tomar algumas recentes decisões do STJ, de cunho infraconstitucional, como patamar seguro.

Deve ser ressaltado que os pactos de financiamento, em si, não podem ser declarado nulos, pois o verdadeiro objetivo da apelante é a invalidação da previsão de alienação fiduciária neles prevista, e o procedimento de execução extrajudicial que deles decorre e aqui instrumentalizado em desvio de finalidade, cabendo ao apelado buscar o recebimento do seu crédito pelas demais vias legais.

Assim, entendo que os pactos de alienação fiduciária constantes dos contratos celebrados entre as partes (cédulas de crédito bancário), são nulos, no que tange à utilização, para a satisfação do crédito, o procedimento de execução extrajudicial estabelecido na Lei nº 9.514/97.

Tendo em vista a invalidação acima referida, os temas secundários ficam prejudicados. Inverte-se o ônus da sucumbência, não sendo caso de majoração dos honorários advocatícios para a fase recursal, em razão do provimento da apelação.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto por J Mansur Pecuária e Participações Societárias Ltda., para, em se reformando a sentença de f. 213-219, julgar procedente a ação ajuizada pela apelante, reconhecendo-se a nulidade dos pactos de alienação fiduciária, constantes dos contratos celebrados entre as partes (Cédulas de Crédito Bancário nº 002486623 e nº 00206837), repercutindo a invalidade ao procedimento extrajudicial já iniciado e suspenso, expedindo-se os mandados de anulação judicial das averbações respectivas sobre as matrículas nº 55.449 e 55.450, registradas no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de São José dos Pinhais-PR.

Inverto os ônus da sucumbência em favor da apelante.

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

Acompanho o voto do relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Dorival Renato Pavan), após o relator, acompanhado pelo 2º vogal, dar provimento ao recurso.

VOTO (EM 27/02/20108)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por J Mansur Pecuária e Participações Societárias Ltda contra sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Competência Especial da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação anulatória de contrato, ajuizada pela apelante em face do Banco Safra S/A, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela autora e a condenou ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Extraí-se dos autos que o autor/apelante ajuizou ação anulatória em face do requerido/apelado aduzindo, em síntese, que em razão da atividade agropecuária exercida, celebrou com a parte ré um contrato de abertura de conta-corrente e, no âmbito dessa, teria aderido a diversas linhas de crédito, inclusive um contrato de alienação fiduciária identificada pela Cédula de Crédito Bancário n. 002486623, cuja garantia teria recaído sobre os imóveis descritos nas matrículas n. 55.449 e 55.450, ambas registradas no CRI da 1ª Circunscrição da Comarca de São José dos Pinhais, com fundamento na Lei n. 9.514/97. Defendeu, assim, que houve desvirtuamento na utilização da alienação fiduciária com garantia em bem imóvel, vez que esta não ocorreu com a finalidade de financiamento do bem, mas sim como garantia de empréstimo.

Na sentença invecivada (f. 213/219), o d. juiz *a quo* esposou entendimento a respeito da legalidade do procedimento previsto na lei e julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Na sessão passada, o E. relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, proferiu seu voto dar provimento ao recurso “*para, em se reformando a sentença de f. 213-219, julgar procedente a ação ajuizada pela apelante, reconhecendo-se a nulidade dos pactos de alienação fiduciária, constantes dos contratos celebrados entre as partes (Cédula Bancário nº 002486623 e nº 00206837), repercutindo a invalidade ao procedimento extrajudicial já iniciado e suspenso, expedindo-se os mandados de anulação judicial das averbações respectivas sobre as matrículas nº 55.449 e 55.450, registradas no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de São José dos Pinhais-PR.*”

Pedi vista dos autos para melhor análise da matéria referente à aplicabilidade ou inaplicabilidade do procedimento previsto na Lei 9514/1997 nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel pelo sistema financeiro nacional, e, em que pese os sólidos argumentos apresentados no voto condutor, ousou divergir do entendimento esposado pelo douto relator.

Uma das fundamentações utilizadas pelo eminente relator foi o reconhecimento da Repercussão Geral no RE 860.631- RG/SP em razão da controvérsia existente quanto à constitucionalidade do procedimento de alienação extrajudicial nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo sistema financeiro imobiliário - SFI, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como dos institutos da unidade da jurisdição e do juiz natural.

Entretanto, uma situação peculiar há de ser observada.

O parágrafo 5º do artigo 1.035 determina expressamente que, “*reconhecida a repercussão geral, o relator no STF determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional*”

Sobre a aplicabilidade do mencionado parágrafo 5º do artigo 1035 do Código de Processo Civil, durante o julgamento do RE 966177/RS, o Min. Luiz Fux afirmou que o sobrestamento de processos referentes a tema cuja repercussão geral foi reconhecida seria uma consequência automática da norma prevista no artigo 1.035, parágrafo 5º, do novo CPC. Posteriormente, em questão de ordem levada a julgamento no plenário do STF, exatamente neste mesmo processo, o Tribunal asseverou que a suspensão do processamento prevista no artigo 1.035, § 5º, do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral, sendo discricionário do relator do recurso extraordinário paradigma determinar tal suspensão.¹

E, apesar de grande parte da doutrina defender que a previsão seria uma norma cogente, sem espaço para discricionariedade do relator do recurso extraordinário, na mencionada decisão não houve determinação expressa de sobrestamento dos feitos referentes às matérias a ele afetas.

Assim, em que pese tal situação gerar insegurança, instabilidade e não se coadunar com a finalidade buscada pelo novo regramento processual, tenho que, diante da ausência de sobrestamento das demandas judiciais em curso, estas devem continuar sendo analisadas à luz da jurisprudência dominante, que, no caso, reconhece a constitucionalidade do procedimento ora discutido.

Mesmo porque, o reconhecimento da existência de repercussão geral não acarreta a automática conclusão de que o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo será, de fato, alcançado durante o julgamento do Pleno, razão pela qual deve se dar primazia pela aplicação de norma válida e eficaz vigente no ordenamento jurídico.

1 Disponível em “<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-sobrestamento-de-processos-com-repercussao-geral-27102017>”, acessado em 23 de fevereiro de 2018.

Outro ponto relevante é o fato de que o reconhecimento da inconstitucionalidade do alentado dispositivo acarreta a necessidade de aplicação do artigo 97 da Constituição Federal que traz a previsão da cláusula de reserva de plenário, mecanismo este que estabelece que a análise e reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, quando efetuada por tribunal, só será possível pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros de seu órgão especial.

Dentro desta perspectiva, caso haja a declaração incidental da inconstitucionalidade do dispositivo, e haja necessidade de seu reconhecimento para o julgamento da causa, será necessária a remessa do feito para análise da questão referente à inconstitucionalidade perante o órgão especial.

Ocorre que, diante da incerteza do resultado proferido o recurso extraordinário, a eventual declaração de inconstitucionalidade do dispositivo por órgão deste egrégio tribunal poderá ir de encontro com o entendimento a ser esposado pela Corte Superior, vez que, caso seja reconhecida a constitucionalidade do procedimento previsto pela Lei 9514/1997 a decisão aqui proferida será de todo ineficaz.

Tecidas tais considerações, passo a análise do cerne da questão trazida.

A controvérsia posta em julgamento no presente recurso refere-se à possibilidade ou não de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos distintos daqueles ligados ao financiamento imobiliário.

Sobre o tema possuo entendimento firmado a respeito da licitude da contratação de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos de empréstimo alheios ao sistema de financiamento imobiliário, como ocorre no contrato de empréstimo para capital de giro, na forma do art. 22 da Lei nº. 9.514/97 e do art. 51 da Lei nº. 10.931/2004.

É o que orienta do Superior Tribunal de Justiça, conforme se denota do julgado do AREsp nº. 553145, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, de 29/10/2015, no qual se explica muito bem a questão:

“Quanto à alegada ofensa ao art. 22, § 1º, da Lei n. 9.514/97, a parte recorrente alegou que a alienação fiduciária foi instituto criado especificamente para o mercado imobiliário, não seguindo sua finalidade na hipótese dos autos eis que considera ausente qualquer financiamento imobiliário (e-STJ, f. 304).

Porém, ao contrário do alegado, constou no acórdão recorrido que a alienação fiduciária pode ser contratada por pessoa física ou jurídica e não apenas por entidades que operam o sistema financeiro imobiliário (e-STJ, f. 288).

No que tange a este ponto, não merece razão a parte agravante. São os dizeres da Lei n. 9.514/97, alterada pela Lei n. 11.481/07:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: (grifos nossos)

(...)

Portanto, ao contrário do que afirma a parte recorrente, havendo previsão legal contida na Lei da Cédula de Crédito Bancária quanto à instituição de garantia real do crédito concedido, bem como expressa previsão na Lei 9.514/97 quanto à possibilidade de sua aplicação por qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada ao sistema financeiro imobiliário, não há que se falar em ofensa ao instituto da alienação fiduciária.”

E não é só isso.

Questiona-se, no caso, a boa-fé objetiva da apelante que pretende quebrar a comutatividade inerente a esses contratos, em que o financiamento só é obtido diante da garantia dada ao credor, da qual, evidentemente, não se pode querer, depois, impor sua invalidade, porque seria prestigiar a torpeza em seu benefício.

Deveras, a pretensão objetivada pela recorrente atenta contra as regras que norteiam o artigo 422 do Código Civil e que permeiam o sistema dos contratos. De tal importância se revela o instituto que o Código Civil impede o abuso de direito subjetivo, qualificando-o, inclusive, como ilícito, nos termos do seu artigo 187.

Daí a doutrina afirmar, com pertinência, que:

“O princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, como repressão a todas as condutas que importem em desvio aos sedimentados parâmetros de honestidade e retidão. 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 deste, o princípio da boa-fé. Todavia, outros 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”².

Nelson Rosenvald, comentando o artigo 422 do Código Civil, o qual diz que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”, nos ensina que:

“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.”³

Falta a apelante com o dever de conduta durante a execução do contrato ao querer opor a impossibilidade da consolidação da propriedade do bem que ela mesmo ofertou em garantia, a fim de que fosse permitida a liberação do crédito devendo, portanto, honrar o compromisso voluntariamente firmado, com o sacrifício de seu patrimônio, nos termos do artigo 591 do CPC.

E para finalizar, saliento que essa matéria já foi enfrentada no Superior Tribunal de Justiça por mais de uma vez. O acórdão abaixo é bem esclarecedor, no sentido de que a alienação fiduciária em garantia

2 Cfe. Nelson Rosenwald, Comentários ao artigo 422 do Código Civil, in *Código Civil Comentado*, Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Ministro Cesar Peluso, 3ª. Ed., Editora Manole, p. 458/459.

3 Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, Coordenador Ministro Cesar Peluso, Editora Manole, 2007, notas a artigo 422 do CC, p. 315.

pode se dar sobre imóvel que já integrava o patrimônio do devedor, sendo legítima sua contratação para formalização de garantia sobre toda e qualquer obrigação pecuniária. Confira-se este aresto:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO ANULATÓRIA DE GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – DESVIO DE FINALIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – COISA IMÓVEL – OBRIGAÇÕES EM GERAL – AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, § 1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 51 DA LEI Nº 10.931/2004 – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO – AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

2. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros.

Inteligência dos arts. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997 e 51 da Lei nº 10.931/2004.

3. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

4. Considerando-se que a matéria é exclusivamente de direito, não há como se extrair do texto legal relacionado ao tema a verossimilhança das alegações dos autores da demanda.

5. Recurso especial provido. (REsp 1542275/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015)

Não há sentido algum em se restringir a garantia de que se cuida aos contratos de financiamento imobiliário com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem que já é integrante do patrimônio do próprio devedor, quando a lei que a erige em momento algum restringe a sua utilização.

Dessa forma, não há que se falar em qualquer impedimento para a consolidação da propriedade do bem dado em garantia no momento da contratação, se o procedimento previsto em lei foi adotado pelo agente financiador.

Tecidas tais considerações, respeitosamente divirjo do entendimento externado pelo eminente relator e nego provimento ao recurso de apelação interposto por J Mansur Pecuária e Participações Societárias Ltda.

Em observância ao artigo 85, § 1º e § 11 do Código de Processo Civil, condeno a apelante ao pagamento de honorários recursais em valor correspondente a 1% do valor atualizado da causa, a serem acrescidos ao valor já estabelecido em primeiro grau.

Por maioria, deram 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.

VOTO (EM 27/03/2018)

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (3º vogal)

Tendo em vista a convocação para completar quórum neste órgão colegiado (4ª Câmara Cível), nos termos do § 3º do art. 15 c/c § 1º do art. 361 do Regimento Interno desta Corte, em face da novel técnica de julgamento prevista no art. 942, *caput*, do CPC/2015, passo ao exame do recurso, pedindo vênias ao relator e ao 2º vogal, para acompanhar o 1º vogal.

No presente recurso, a controvérsia reside em saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de coisa imóvel para garantia de operações de crédito (cédula de crédito bancário), desprovido da finalidade de aquisição de imóvel oferecido em garantia.

Em que pese a solução adotada no STJ, por ocasião do julgamento do REsp n. 1542275/MS⁴, que reformou acórdão deste Tribunal, que havia dado provimento ao recurso de agravo de instrumento n. 1414372-71.2014.8.12.0000 interposto pela ora apelante, o nobre relator deixou de aplicá-la, no presente recurso, ao fundamento de que

“A tese de invalidade desses contratos, com base na alegação de ‘desvio de finalidade’, não se vale da afirmação de exclusividade ou não de quem pode celebrar contratos de financiamento, com a garantia prevista na Lei n. 9.514/97 (caráter subjetivo), mas sim em saber qual contrato pode ser objeto da alienação fiduciária em garantia (aspecto objetivo)”, bem como de que “se o STF, sendo a última palavra sobre o tema de natureza constitucional, vislumbrou a importância social e econômica sobre a discussão da validade ou não da alienação fiduciária para fins não imobiliários, não há como tomar algumas recentes decisões do STJ, de cunho infraconstitucional, como patamar seguro”.

O tema, relevante, sem dúvida, é permeado de justificada controvérsia, eis que, em princípio, parece estar ocorrendo, por parte das instituições financeiras, desvirtuamento do instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel, instituído pela Lei n. 9.514/97.

Sucedem que, embora a alienação fiduciária de coisa imóvel tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 9.514/97, que dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, o fundamento legal para a constituição de alienação fiduciária de coisa imóvel em garantia de cédula de crédito bancário, caso dos autos, está na Lei n. 10.931/2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário e cédula de crédito bancário.

4 RECURSO ESPECIAL – AÇÃO ANULATÓRIA DE GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – DESVIO DE FINALIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – COISA IMÓVEL – OBRIGAÇÕES EM GERAL – AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, § 1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 51 DA LEI Nº 10.931/2004 – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO – AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

2. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros. Inteligência dos arts. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997 e 51 da Lei nº 10.931/2004.

3. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

4. Considerando-se que a matéria é exclusivamente de direito, não há como se extrair do texto legal relacionado ao tema a verossimilhança das alegações dos autores da demanda.

5. Recurso especial provido. (REsp 1542275/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015)

Confira-se:

“CAPÍTULO IV

DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO

Art. 26. A cédula de crédito bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

§ 1º A instituição credora deve integrar o sistema financeiro nacional, sendo admitida a emissão da cédula de crédito bancário em favor de instituição domiciliada no exterior, desde que a obrigação esteja sujeita exclusivamente à lei e ao foro brasileiros.

§ 2º A cédula de crédito bancário em favor de instituição domiciliada no exterior poderá ser emitida em moeda estrangeira.

Art. 27. A cédula de crédito bancário poderá ser emitida, com ou sem garantia, real ou fidejussória, cedularmente constituída.

Parágrafo único. A garantia constituída será especificada na cédula de crédito bancário, observadas as disposições deste capítulo e, no que não forem com elas conflitantes, as da legislação comum ou especial aplicável.

Art. 28. A cédula de crédito bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§ 1º Na cédula de crédito bancário poderão ser pactuados:

I – os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

II – os critérios de atualização monetária ou de variação cambial como permitido em lei;

III – os casos de ocorrência de mora e de incidência das multas e penalidades contratuais, bem como as hipóteses de vencimento antecipado da dívida;

IV – os critérios de apuração e de ressarcimento, pelo emitente ou por terceiro garantidor, das despesas de cobrança da dívida e dos honorários advocatícios, judiciais ou extrajudiciais, sendo que os honorários advocatícios extrajudiciais não poderão superar o limite de dez por cento do valor total devido;

V – quando for o caso, a modalidade de garantia da dívida, sua extensão e as hipóteses de substituição de tal garantia;

VI – as obrigações a serem cumpridas pelo credor;

VII – a obrigação do credor de emitir extratos da conta corrente ou planilhas de cálculo da dívida, ou de seu saldo devedor, de acordo com os critérios estabelecidos na própria cédula de crédito bancário, observado o disposto no § 2º; e

VIII – outras condições de concessão do crédito, suas garantias ou liquidação, obrigações adicionais do emitente ou do terceiro garantidor da obrigação, desde que não contrariem as disposições desta lei.

§ 2º Sempre que necessário, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, representado pela cédula de crédito bancário, será feita pelo credor, por meio de planilha de cálculo e, quando for o caso, de extrato emitido pela instituição financeira, em favor da qual a cédula de crédito bancário foi originalmente emitida, documentos esses que integrarão a Cédula, observado que:

I – os cálculos realizados deverão evidenciar de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais devidos, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela de atualização monetária ou cambial, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais, as despesas de cobrança e de honorários advocatícios devidos até a data do cálculo e, por fim, o valor total da dívida; e

II – a cédula de crédito bancário representativa de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito bancário em conta corrente será emitida pelo valor total do crédito posto à disposição do emitente, competindo ao credor, nos termos deste parágrafo, discriminar nos extratos da conta corrente ou nas planilhas de cálculo, que serão anexados à cédula, as parcelas utilizadas do crédito aberto, os aumentos do limite do crédito inicialmente concedido, as eventuais amortizações da dívida e a incidência dos encargos nos vários períodos de utilização do crédito aberto.

§ 3º O credor que, em ação judicial, cobrar o valor do crédito exequindo em desacordo com o expresso na cédula de crédito bancário, fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do cobrado a maior, que poderá ser compensado na própria ação, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

(...)

Art. 30. A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta lei, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes.

Art. 31. A garantia da cédula de crédito bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

Art. 32. A constituição da garantia poderá ser feita na própria cédula de crédito bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na cédula, menção a tal circunstância.

Art. 33. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação.

(...)

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.”

Portanto, se a Lei n. 10.931/04 expressamente prevê em seus arts. 26, 27, 30, 31 e 51 que a cédula de crédito bancário pode ser garantida por alienação fiduciária de coisa imóvel, não subsiste a tese de invalidade das garantias de alienação fiduciária de coisa imóvel constituídas nas cédulas de crédito bancário firmadas entre as partes por alegado desvio de finalidade da Lei n. 9.514/97, mesmo porque aludida lei também prevê no § 1º do art. 22 que a alienação fiduciária pode ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR PARA IMPEDIR A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE DE BEM DADA EM GARANTIA EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO – CLÁUSULA DE GARANTIA IMOBILIÁRIA EM CONTRATO DE CAPITAL DE GIRO – CONTRATAÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO GARANTIA DE CONTRATOS QUE NÃO SE REFEREM AO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – POSSIBILIDADE – LEIS 9.514/97 E 10.931/2004 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. No presente recurso discute-se a possibilidade de constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel. Assim, é lícita a contratação de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos de empréstimo alheios ao sistema de financiamento imobiliário, como ocorre no contrato de empréstimo para capital de giro (art. 22 da Lei nº 9.514/97 e art. 51 da Lei 10.931/2004. Precedentes do STJ. Recurso improvido. (TJMS. Apelação n. 0100105-84.2011.8.12.0035, Iguatemi, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 20/02/2018, p: 22/02/2018)

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO ANULATÓRIA DE GARANTIA FIDUCIÁRIA SOBRE BEM IMÓVEL – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – DESVIO DE FINALIDADE – NÃO CONFIGURAÇÃO – GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – COISA IMÓVEL – OBRIGAÇÕES EM GERAL – AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 22, § 1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E 51 DA LEI Nº 10.931/2004 – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO – AUSÊNCIA.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é possível a constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia.

2. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros.

Inteligência dos arts. 22, § 1º, da Lei nº 9.514/1997 e 51 da Lei nº 10.931/2004.

3. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel.

4. *Considerando-se que a matéria é exclusivamente de direito, não há como se extrair do texto legal relacionado ao tema a verossimilhança das alegações dos autores da demanda.*

5. *Recurso especial provido.* (REsp 1542275/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR PARA IMPEDIR A CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE DE BEM DADA EM GARANTIA EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO – CLÁUSULA DE GARANTIA IMOBILIÁRIA EM CONTRATO DE CAPITAL DE GIRO – CONTRATAÇÃO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO GARANTIA DE CONTRATOS QUE NÃO SE REFEREM AO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – POSSIBILIDADE – LEIS 9.514/97 E 10.931/2004 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. No presente recurso discute-se a possibilidade de constituição de alienação fiduciária de bem imóvel para garantia de operação de crédito não relacionadas ao sistema financeiro imobiliário, ou seja, desprovida da finalidade de aquisição, construção ou reforma do imóvel oferecido em garantia. A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros. Muito embora a alienação fiduciária de imóveis tenha sido introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financiamento Imobiliário, seu alcance ultrapassa os limites das transações relacionadas à aquisição de imóvel. Assim, é lícita a contratação de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos de empréstimo alheios ao sistema de financiamento imobiliário, como ocorre no contrato de empréstimo para capital de giro (art. 22 da Lei nº 9.514/97 e art. 51 da Lei 10.931/2004. Precedentes do STJ. Recurso improvido. (TJMS. Apelação n. 0802260-19.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 20/07/2016, p: 28/07/2016)

Neste último julgado da 4ª Câmara Cível, inclusive, já tive oportunidade de externar meu posicionamento a respeito da matéria, acompanhando o voto do nobre relator, e. Des. Dorival Renato Pavan, e do 1º vogal, e. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Confira-se:

“Na presente apelação, os recorrentes defendem a reforma da sentença recorrida, para que seja mantida a suspensão do procedimento extrajudicial iniciado pelo banco até o julgamento final da ação revisional, como forma de resguardar o direito dos apelantes, bem como de evitar lesões a terceiros que possam vir a adquirir os bens, especialmente porque é inadmissível a contratação de alienação fiduciária de imóvel como garantia de contratos de empréstimo para capital de giro.

Pois bem.

(...)

O fato de os recursos interpostos contra a sentença proferida na ação principal terem sido recebidos no duplo efeito e estarem pendentes de julgamento, por si só, não implica o reconhecimento do direito dos apelantes à continuidade da suspensão do procedimento extrajudicial até o julgamento definitivo daquela, especialmente porque a Súmula n. 380 do STJ consigna que “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”.

Não fosse isso, há precedente no STJ, inclusive reformando julgado desta Corte, no sentido de que “A lei não exige que o contrato de alienação fiduciária de imóvel se

vincule ao financiamento do próprio bem, de modo que é legítima a sua formalização como garantia de toda e qualquer obrigação pecuniária, podendo inclusive ser prestada por terceiros". (REsp n. 1542275/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 02/12/2015).

Posto isso, embora por fundamento diverso, acompanho o nobre relator.”

Não fosse isso, o mero reconhecimento da existência de repercussão geral no RE 860.631-RG/SP, no que tange à controvérsia existente quanto à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como dos institutos a unidade da jurisdição e do juiz natural, por si só, não autoriza invalidar as garantias (alienação fiduciária de coisa imóvel) da cédula de crédito bancário e tampouco o procedimento de execução extrajudicial.

Primeiro, porque não é objeto do RE 860.631-RG-MS a constitucionalidade da garantia de alienação fiduciária de coisa imóvel instituída pela Lei n. 9.514/97, mas apenas a constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto na Lei 9.514/97.

Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL – SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL – PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROPRIEDADE E À MORADIA – QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, ECONÔMICO E SOCIAL – EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Manifestação: Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo nas alíneas a e b do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que assentou, in verbis:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO LEGAL – CPC, ART. 557 – SFH – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – ARTIGO 38 DA LEI 9514/97 – NÃO HÁ QUE SE FALAR NA APLICAÇÃO DO DL 70/66 – O PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DO TÍTULO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NÃO OFENDE A ORDEM CONSTITUCIONAL.

I – Cumpre consignar que o presente contrato possui cláusula de alienação fiduciária em garantia, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, cujo regime de satisfação da obrigação difere dos mútuos firmados com garantia hipotecária, posto que na hipótese de descumprimento contratual e decorrido o prazo para a purgação da mora, ocasiona a consolidação da propriedade do imóvel em nome da credora fiduciária.

II – Diante da especificidade da lei em comento, não há que se falar na aplicação das disposições do Decreto-Lei nº 70/66 neste particular.

III – O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia, não ofende a ordem constitucional vigente, sendo passível de apreciação pelo poder judiciário, caso o devedor assim considerar necessário.

IV – In casu, verifica-se no registro de matrícula do imóvel (f. 40/45), que o autor foi devidamente intimado para purgação da mora, todavia, o mesmo deixou de fazê-lo, razão pela qual a propriedade restou consolidada em favor da credora fiduciária.

V – Agravo legal improvido. (f. 191)

Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 5º, XXXV, LIII, LIV e LV, da Constituição Federal. Alega que a execução extrajudicial no sistema financeiro imobiliário, prevista pela Lei 9.514/1997, viola os princípios do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, da ampla defesa e do contraditório, na medida em que permite ao credor fiduciário a excussão do patrimônio do devedor sem a participação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, sem a figura imparcial do juiz natural, o que se traduziria numa forma de autotutela, repudiada pelo Estado Democrático de Direito. Suscita, ainda, a inconstitucionalidade da execução extrajudicial, comparando-a ao procedimento previsto no Decreto-Lei 70/1966, submetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral (RE 627.106, Tema 249).

O Tribunal a quo proferiu juízo positivo de admissibilidade do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República elaborou parecer opinando pelo provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

Ab initio, ressalte-se que foram devidamente observados os requisitos de admissibilidade do presente recurso extraordinário.

Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial, previsto na Lei 9.514/1997, nos contratos de mútuo com alienação fiduciária do imóvel, pelo Sistema Financeiro Imobiliário SFI, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como dos institutos da unidade da jurisdição e do juiz natural.

Cumprido destacar que, nada obstante recaia a discussão sobre a constitucionalidade da execução extrajudicial em contratos imobiliários, a matéria versada nos autos não guarda identidade com a tratada no RE 627.106 - Tema 249 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.

Naquele leading case, discute-se a recepção constitucional do Decreto-Lei 70/1966, que prevê a execução extrajudicial para dívidas contraídas no regime do sistema financeiro habitacional, com garantia hipotecária, situação diversa da presente demanda, cujo objeto é a constitucionalidade da Lei 9.514/1997, que prevê a possibilidade de execução extrajudicial nos contratos de mútuo pelo sistema financeiro imobiliário, com alienação fiduciária de imóvel. Nessa última modalidade de contrato não há transmissão da propriedade ao devedor, mas tão somente transferência da posse direta do bem. O credor fiduciário, portanto, não se imiscui no patrimônio do devedor para executar bem de propriedade alheia, uma vez que o imóvel permanece sob propriedade da instituição financeira até a quitação do contrato pela outra parte, o que se traduz em diferença substancial entre as relações jurídicas de hipoteca e de alienação fiduciária para a finalidade de análise à luz dos princípios constitucionais invocados.

Saliente-se, ademais, que os contratos firmados pelo sistema financeiro imobiliário são produzidos em massa em todo o país, enquanto os juros praticados, inclusive em programas sociais de incentivo à moradia, são estabelecidos em plena consonância com os riscos decorrentes da inadimplência e com o tempo estimado para reaver imóveis nessa

situação. Além disso, há necessidade de posicionamento desta Suprema Corte no que concerne à matéria sub examine, a fim de se garantir segurança jurídica aos contratantes e maior estabilidade às relações jurídicas no mercado imobiliário nacional, tudo a influenciar políticas governamentais de incentivo à moradia.

Destarte, a vexata quaestio apresenta densidade constitucional e transcende os interesses subjetivos das partes, sendo relevante do ponto de vista econômico, jurídico e social para milhões de mutuários do sistema financeiro da imobiliário.

Ex positis, nos termos do artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o artigo 323 do RISTF, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Brasília, 28 de novembro de 2017.

Ministro Luiz Fux.

Relator

Documento assinado digitalmente

Segundo, porque o relator sequer determinou a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, como prevê o § 5º do art. 1.035, do NCPC, de modo que, até eventual manifestação em contrário, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado.

Terceiro, porque se a norma é válida e eficaz, também o são os atos praticados em conformidade com as suas disposições, como a constituição das garantias das cédulas de crédito bancário ns. 002486623 e 00206837 e o procedimento de execução extrajudicial iniciado pelo apelado.

Nesse sentido, há precedente no STJ:

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL – ARTIGO 557 DO CPC – DECISÃO TERMINATIVA – SFH – MÚTUO HABITACIONAL – SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO – SFI. LEI Nº 9.514/97 – AÇÃO ANULATÓRIA – EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL – CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

(...)

IV – Mister apontar que se trata de contrato de financiamento imobiliário (Lei nº 9.514/97), não havendo evidências de que a instituição financeira não tenha tomado as devidas providências para consolidação da propriedade.

V – Ressalte-se que não há de se confundir a execução extrajudicial do Decreto-lei nº 70/66 com a alienação fiduciária de coisa imóvel, como contratado pelas partes, nos termos dos artigos 26 e 27 da Lei nº 9514/97, não constando, portanto, nos autos, qualquer ilegalidade ou nulidade na promoção dos leilões do imóvel para a sua alienação. Confirmam-se os seguintes julgados: (TRF – 3ª Região – Ag 201103000156664 – V.U. – 1ª Turma – Rel. Juíza Silvia Rocha – DJF3 CJ1 Data:31/08/2011 página: 227); e (TRF – 3ª Região – Ag 201103000156664 – V.U. – 1ª Turma – Rel. Juiz José Lunardelli – DJF3 CJ1 Data:25/08/2011 página: 187).

VI – As simples alegações da parte autora de que a Caixa Econômica Federal - CEF teria se utilizado de expedientes capazes de viciar o procedimento adotado não restaram comprovadas. Bem por isso, não se traduzem em causa bastante a ensejar a

anulação ou suspensão dos seus efeitos. Desta forma, a r. decisão monocrática se encontra devidamente fundamentada, não havendo qualquer razão a sua reforma.

VII – O recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, o agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

VIII – Agravo legal improvido. (TRF 3ª Região, Décima Primeira Turma, AC – Apelação Cível – 1740967 – 0008651–49.2011.4.03.6100, Rel. Desembargadora Federal Cecilia Mello, julgado em 28/07/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2015)

Posto isso, com vênias ao nobre relator e ao 2º vogal, acompanho o 1º vogal, para negar provimento à apelação.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

4ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1413827-93.2017.8.12.0000 – Iguatemi
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DO RECURSO CONTRA DECISÃO QUE VERSA SOBRE COMPETÊNCIA – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 1015 DO CPC – PRELIMINAR REJEITADA.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que é cabível a interposição do agravo de instrumento contra decisão relacionada à definição de competência, mesmo sem expressa previsão no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Preliminar afastada.

MÉRITO – REUNIÃO DE PROCESSOS – DEMANDAS EM QUE SE DISCUTE FRAUDES EM EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS – NECESSIDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS PARA EVITAR DECISÕES CONFLITANTES – ARTIGO 55 § 3º DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A finalidade da reunião dos processos para julgamento simultâneo em casos de conexão é simplesmente evitar a ocorrência de decisões conflitantes entre si. Aliás, pela dicção expressa do § 3º do artigo 55 do Novo Código de Processo Civil é possível a reunião de processos mesmo sem a demonstração da conexão entre eles, sendo tal medida necessária quando há possibilidade de prolação de decisões conflitantes.

Decisão mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar o não cabimento do agravo e, no mérito, negar provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de abril de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Elerc Medeiros da Silva interpõe agravo de instrumento contra proferida pelo douto juízo da vara única da comarca de Iguatemi/MS, Dr. Milton Zanutto Junior, que declarou a conexão entre a demanda ajuizada por ele em face de Banco Itaú BMG S.A Autos nº 0802002-96.2017.8.0035 e os processos nº 0802003-81.2017.8.12.0035, 0802014-13.2017.8.12.0035 e 0802015-95.2017.8.12.0035.

Destaca, primeiramente, o cabimento da interposição do agravo de instrumento pela interpretação extensiva do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Afirma, em suma, que não estão presentes os requisitos necessários para o reconhecimento de conexão, vez que as demandas referem-se a contratos distintos, firmados em contextos dispersos, razão pela qual a reunião dos processos acarretaria tumulto processual.

Aduz que a questão referente à reunião de processos é matéria de ordem pública e também que a demanda refere-se a direitos do consumidor.

Ao final requer o recebimento e provimento do presente agravo de instrumento.

Devidamente intimado, o agravado apresentou contraminuta alegando, primeiramente, a impossibilidade de interposição de Agravo de Instrumento contra decisão que decidiu sobre competência. No mérito, requereu o improvimento do recurso.

VOTO

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

Primeiramente é necessário esclarecer que a agravante fez um tópico a respeito do cabimento do agravo no caso presente, sendo, portanto, desnecessária sua intimação para se manifestar sobre tal alegação feita em contraminuta.

Nesta esteira também saliento que a questão já foi devidamente elucidada, em tópico específico, no momento do recebimento deste recurso.

Confira-se (f. 222/224)

O Novo Código de Processo Civil não prevê expressamente, no rol do seu art. 1.015, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência.

Assim, pelo novo codex, a decisão interlocutória que determina a reunião de processos – em princípio e segundo o que consta do artigo 1019 do novo CPC – não seria passível de ser impugnada pelo agravo de instrumento, se se observar a literalidade, apenas, do referido dispositivo.

Malgrado tal fato a doutrina, corretamente, a meu ver, faz uma interpretação extensiva do inciso III do art. 1.015¹, vez que a convenção de arbitragem também diz respeito à matéria de competência e, mesmo assim, foi admitida como sendo objeto de impugnação pelo agravo de instrumento, o que permite uma interpretação extensiva – pelo conteúdo da matéria – para a hipótese em que se discute a competência do juízo do feito, como aqui.

Nesse sentido, Freddie Didier Jr.² ensina, já sob a égide do novo CPC:

“16. Recorribilidade de decisão sobre competência

1 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

2 Freddie Diddier Jr. Curso de Processo Civil. Volume 1, JUSPODIUM, 2015, p. 238/240.

O art. 1015, III, CPC, prevê o cabimento do agravo de instrumento contra decisão interlocutória que rejeita a alegação de convenção de arbitragem – prevê o agravo de instrumento, portanto, contra decisão que nega eficácia a negócio processual que diz respeito à competência, ainda que reflexamente. A decisão que acolhe a alegação de convenção de arbitragem é sentença e, pois, apelável.

Não há previsão expressa de agravo de instrumento contra decisões que versam sobre competência.

As hipóteses de cabimento de agravo de instrumento são taxativas. A taxatividade não impede, porém, a interpretação extensiva.”

(...) A interpretação extensiva da hipótese de cabimento de agravo de instrumento prevista no inciso III do art. 1.015 é plenamente aceitável. É preciso interpretar o inciso III do art. 1015 para abranger decisões interlocutórias que versam sobre competência”.

Vale dizer: tanto a alegação de convenção de arbitragem, como a de reconhecimento de conexão, têm por objetivo, substancialmente, afastar o juízo da causa. Ambas são formas de fazer valer o direito fundamental ao juiz natural³.

Ademais, na hipótese de incompetência relativa, caso ora em análise, se se transfere somente para a apelação a oportunidade impugnar a matéria, o processo já teria tramitado perante o juízo supostamente incompetente e a decisão não poderia ser anulada, tornando inócua a objeção. Logo, ou cabe o recurso imediatamente ou a discussão perderia sentido após a tramitação inteira do processo em primeira instância⁴.

Assim, ponderados esses pontos, entende-se que a hipótese do inciso III do art. 10.15 abarca qualquer decisão sobre competência do juízo, seja relativa, seja absoluta.

Sendo esse o caso dos autos, fica autorizado, então, o recebimento do presente agravo.

Colocando uma pá de cal sobre a discussão, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que é cabível a interposição do agravo de instrumento contra decisão relacionada à definição de competência, mesmo sem expressa previsão no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, conforme se infere do julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS – TEMPUS REGIT ACTUM – RECURSO CABÍVEL – ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973 – DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015 – AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM – DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO – RECURSO CABÍVEL – NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA – MARCO DE DEFINIÇÃO – PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – RECURSO CABÍVEL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (tempus regit actum), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

3 DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil. v. 1; Juspodivm, 2015. p. 239.

4 Idem.

2. *No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo n. 1 do STJ.*

3. *No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal a quo.*

4. *A publicação da decisão interlocutória que dirimir a exceptio será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.*

5. *Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma ratio -, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.*

6. *Recurso Especial provido. (REsp 1679909/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018)*

Tecidas tais considerações, rejeito a preliminar de não cabimento de agravo de instrumento na situação em apreço.

Mérito.

A recorrente insurge-se contra a decisão que determinou a reunião dos os processos nº 0802003-81.2017.8.12.0035, 0802014-13.2017.8.12.0035 e 0802015-95.2017.8.12.0035,

Eis o teor da decisão investivada:

I - Inicialmente, verifico a existência de outros processos com as mesmas partes e objeto, sendo estes de nº. 0802003-81.2017.8.12.0035, 0802014-13.2017.8.12.0035 e 0802015-95.2017.8.12.0035, prossiga o Cartório aplicando ao caso o disposto no art. 55, do CPC.

II - Atento ao princípio da cooperação e visando colher maiores elementos para a formação da convicção, intime-se a parte autora para informar o número da conta bancária em que recebe o benefício previdenciário.

III - Com a informação do número da conta, cite-se e intime-se a parte ré, por meio de AR digital, (caso seja frustrada a citação por AR digital, cite-se via mandado ou carta precatória) para comparecer à audiência de conciliação/mediação, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (CPC, art. 334, “caput”); Paute-se a audiência preferencialmente atendendo o limite temporal estabelecido no § 2º do art. 334.

IV - Ainda que a autora na petição inicial tenha manifestado seu desinteresse na audiência de conciliação/mediação, o ato deve ser designado, pois conforme o art. 334, § 1º, I, do CPC, somente não haverá a audiência no caso de dupla conformidade, por meio da manifestação expressa das partes. O réu deve manifestar seu desinteresse na audiência por petição, com antecedência mínima de 10 (dez) dias (CPC, art. 334, § 5º, 2ª parte);

V - Deverá constar expressamente no expediente de comunicação que o réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data: a) da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo não houver autocomposição;

II- do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação apresentado pelo réu, desde que a parte autora tenha manifestado desinteresse em momento anterior, na hipótese do art. 334, § 4º, I do CPC;

VI - Conste, ainda, do expediente de citação, a advertência da presunção de veracidade das alegações de fato constantes da petição inicial e que não sejam impugnadas (CPC, art. 341, “caput”).

VII - A autora deverá ser intimada para a audiência na pessoa de seu advogado e por meio de publicação desta decisão na imprensa oficial (art. 343, § 3º);

VIII - As partes deverão estar acompanhadas de seus advogados, podendo constituir representantes por meio de procuração específica com poderes para negociar e transigir.

IX - A ausência injustificada à audiência de conciliação configurará ato atentatório à dignidade da justiça, punível com multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, devendo tal circunstância constar expressamente do expediente;

X - Apresentada defesa, intime-se a parte autora para no prazo de 15 (quinze) dias ofertar sua manifestação, observando os ditames do art. 350 e 351 do Código de Processo Civil conforme o caso, indicando na oportunidade as provas que reputar necessárias para fazer frente ao fato extintivo, modificativo ou impeditivo alegados pela parte ré.

XI - Após, à conclusão para julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355); julgamento antecipado parcial do mérito (CPC, art. 356) ou ainda saneamento e organização do processo (CPC, art. 357);

XII - Concedo pedido de inversão do ônus da prova;

XIII - Defiro as benesses da justiça gratuita;

XIV - Comprovado o direito à prioridade de tramitação por meio de documento, defiro desde logo. Insira-se tarja.

A agravante afirma, em suma, que não estão presentes os requisitos necessários para o reconhecimento de conexão, vez que as demandas referem-se a contratos distintos, firmados em contextos dispersos, razão pela qual a reunião dos processos acarretaria tumulto processual.

Aduz que a questão referente à reunião de processos é matéria de ordem pública e também que a demanda refere-se a direitos do consumidor.

O recurso não merece provimento.

Sobre a conexão, dispõe o artigo 55 do Código de Processo Civil que:

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórios caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

Sabe-se que a conexão é um dos meios previstos pela legislação para reunir causas que possuam vinculação entre si, impedindo, assim, a ocorrência de julgamentos conflitantes e privilegiando os princípios da celeridade e da economia processual, proporcionando, desse modo, maior eficiência à atividade jurisdicional.

Neste sentido é permitida a reunião dos processos quando ambos estão pendentes de julgamento, uma vez que objetiva a norma processual que sejam decididas simultaneamente, sendo essa a interpretação que melhor se coaduna com os princípios supracitados.

Tais disposições justificam-se pela necessidade de se evitar decisões conflitantes ou até mesmo pela impossibilidade de se decidir o mérito da causa superveniente enquanto não houver resultado definitivo da pretensão anterior.

Assim, “a conexão deve ser definida à luz do direito material (objeto litigioso do processo; demanda. Isso é fundamental. Embora seja constatada a partir do exame do direito deduzido em juízo, a conexão é fato jurídico processual, que produz relevantes efeitos: ao impor a reunião das causas em juízo, expurga julgamentos divergentes sobre a mesma situação jurídica material, prevenindo a iniquidade.”⁵

Daí se extrai que a finalidade da reunião dos processos para julgamento simultâneo em casos de conexão é simplesmente evitar a ocorrência de decisões conflitantes entre si.

Aliás, pela dicção expressa do § 3º do artigo 55 do Novo Código de Processo Civil é possível a reunião de processos mesmo sem a demonstração da conexão entre eles, sendo tal medida necessária quando há possibilidade de prolação de decisões conflitantes.

Essa é a exatamente a situação dos autos, vez que todas as demandas possuem as mesmas partes e tem por desiderato reunião de processos que versam sobre a pretensão do requerente em obter indenização em razão de ocorrência de fraudes em contratos bancários, sendo tal medida necessária para respaldar uma boa prestação jurisdicional e, inclusive, aferir, se não ocorre repetição de demandas com base em um mesmo contrato.

Dentro desta perspectiva, ao contrário do que alega a recorrente, tenho que a determinação não causa qualquer tumulto processual ou impede um bom julgamento das causas. Ao contrário, a medida adotada pelo douto magistrado tem exatamente o condão de assegurar a boa aplicação do direito nas demandas expostas.

Neste sentido a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, conforme se infere dos arestos abaixo:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA ADMITIR O RECURSO – DECISÃO QUE RECONHECEU CONEXÃO ENTRE AS DEMANDAS – MANUTENÇÃO. 01. Embora não se trate das hipóteses expressamente previstas, é possível se valer da interpretação extensiva para admitir o agravo de instrumento porque a decisão que determina reunião de processos com fundamento na conexão também versa sobre competência do juízo. 02. Conforme § 3º do art. 55 do Código de Processo Civil, devem ser reunidas para julgamento conjunto 2 (duas) ou mais ações quando houver risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1414216-78.2017.8.12.0000, Iguatemi, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 28/02/2018, p: 28/02/2018)

5 DIDIER, Fredie Jr. “Curso de Direito Processual Civil – vol. I” 7ª ed., Jus Podivm, Bahia, 2007, p. 126.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Elecir Medeiros da Silva, afasto a preliminar de não cabimento de agravo de instrumento alegada em contraminuta e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram o não cabimento do agravo e, no mérito, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Renato Pavan, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 04 de abril de 2018.

2ª Seção Cível**Mandado de Segurança nº 0843086-82.2017.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO DA COR PARDA – EXCLUSÃO NA ENTREVISTA DE VERIFICAÇÃO DA COTA RACIAL – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

De acordo com o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010, artigo 4º, parágrafo único, IV) a cor parda, juntamente com a preta, são as espécies da raça negra, não podendo, por isso, o concurso público fazer distinção entre uma e outra.

Provado que o impetrante já foi reconhecido em documento oficial expedido pelo Ministério da Defesa como da cor de pele parda escura, tendo ainda outras características da raça negra, deve ser enquadrado na classificação dos candidatos de cotas raciais.

Ordem concedida, contra o parecer ministerial.

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 maioria, conceder a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 3º Vogal, que a denegava. Decisão contra o parecer. Ausente, por férias, o Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 14 de maio de 2018.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Caio Aurélio Cardoso Nunes impetra mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão Organizadora e de Verificação do Exame do Concurso para Agente de Polícia Civil do Mato Grosso do Sul, do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, de Justiça e de Segurança Pública consistente no parecer desfavorável na entrevista de verificação dos candidatos que participaram pela reserva de cotas raciais para o concurso de provas e títulos para o cargo de investigador de polícia.

Alega, em resumo, que compareceu à entrevista de verificação racial e apresentou somente a certidão de nascimento, sendo que, após a reprovação, informou a banca examinadora da existência do documento militar, o qual foi recusado.

Salienta que a banca não informou os motivos da inaptidão, o que afronta o devido processo legal.

Afirma que em seu documento militar há informação que o declara como sendo da cor parda e as fotos demonstram nitidamente este fato.

Defende que a decisão da Comissão é genérica e sem qualquer fundamentação, além de não avaliar a documentação comprobatória do impetrante, o que denota a sua ilegalidade.

Por fim, pugna pela concessão da ordem para declarar a ilegalidade do ato da Comissão de Verificação do Concurso Público para Agente da Polícia Civil do Estado do Mato Grosso do Sul que o tornou inapto para o prosseguimento nas demais etapas do certame na reserva de vagas para negros/pardos.

A medida liminar foi indeferida às f. 151-155.

O Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de pessoa jurídica interessada, prestou as informações de estilo às f. 169-181, aduzindo a necessidade de se apurar presencialmente e por parecer de membros da comissão do certame o fenótipo do candidato e seu enquadramento ou não na cor negra, sendo excluído o candidato de cor parda por não estar albergado pelo artigo 4º, § 1º, do Decreto n. 13.141/2011, não se aplicando a Lei n. 12.990/2014 ante a competência residual dos Estados em legislar a respeito.

Ao final, pugna pela denegação da segurança.

Parecer Ministerial às f. 198-206, opinando pela denegação da ordem.

VOTO (14/05/2018)

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

Conforme relatado, trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Caio Aurélio Cardoso Nunes contra ato do Presidente da Comissão Organizadora e de Verificação do Exame do Concurso para Agente de Polícia Civil do Mato Grosso do Sul, do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, de Justiça e de Segurança Pública consistente no parecer desfavorável resultante da entrevista de verificação dos candidatos que se autodeclararam negros no ato de inscrição do concurso de provas e títulos para o cargo de investigador de polícia.

O impetrante defende seu direito de prosseguir no concurso dentro da reserva de vaga racial, em virtude de ser da cor parda, como autodeclarado na inscrição e já reconhecido em documento público comprobatório expedido pelo Ministério da Defesa.

Pois bem.

Dos termos que regem o concurso em questão, extrai-se do item 4.2 (f. 89-90) a informação de que a reserva racial se destinou a pessoas que se declarassem negro ou índio. Confira-se:

“4.2 - Ao candidato que, no momento da inscrição, se declarar negro ou índio, será reservada a cota de 20% (vinte por cento) e de 3% (três por cento), respectivamente, das vagas oferecidas neste Concurso Público, em observância à Lei Estadual n. 3.594, de 10 de dezembro de 2008.

4.2.1 - Para concorrer a uma das vagas o candidato negro ou índio deverá:

a) realizar a inscrição via Internet, no sítio www.fapems.org.br;

b) declarar-se negro ou índio no ato da inscrição;

c) encaminhar a Declaração de Reserva de Vaga para Negro ou Índio devidamente preenchida e assinada, para o endereço referido na alínea c do item 4.1.4, devendo ser postado ou entregue, impreterivelmente, até as 17 horas do dia 10 de julho de 2017;

d) comparecer e receber parecer conclusivo favorável da Comissão de Verificação em entrevista de verificação, em data, horário e local a serem designados por meio de edital específico.

4.2.2. Na entrevista de verificação, a declaração firmada pelo candidato no momento da sua inscrição poderá ou não ser validada pela Comissão de Verificação, observando-se:

a) no caso do candidato que se declarou negro no ato da inscrição: a declaração firmada pelo candidato será confrontada com o seu fenótipo sendo que, caso haja discordância quanto à declaração e ao fenótipo do candidato, será feita análise de sua certidão de nascimento, cuja cópia será retida pela Comissão de Verificação;

b) no caso do candidato que se declarou índio no ato da inscrição: pela verificação da Cédula Oficial de Identidade expedida pela Secretaria de Segurança com o registro da etnia índio, ou com o Registro Administrativo de Nascimento de Índio (RANI) original expedido pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI), ou certidão de nascimento constando a etnia índio;

4.2.3. O candidato negro ou índio que não realizar a inscrição conforme as normas constantes deste Edital, não comparecer à entrevista no prazo e no local estabelecidos em edital próprio, ou que não receber parecer conclusivo favorável da Comissão de Verificação, perderá o direito de concorrer às vagas reservadas, e terá seu requerimento de inscrição preliminar processado como de candidato que disputa em ampla concorrência, desde que preenchidos os demais requisitos previstos neste Edital.”

Ainda, em acesso às leis referentes à matéria, Lei Estadual nº. 3.594/2008 e Lei Estadual nº. 3.939/2010, verifico que o que se garante é a reserva de 10% das vagas de concursos para negros e índios, sem incluir, explicitamente ao menos, os pardos.

Todavia, o edital aparentemente está em desconformidade com a Constituição Federal e o Estatuto da Igualdade Racial, dispondo este último - Lei Federal 12.288, de 20 de julho de 2010 - que não existem diferenças, perante a lei, entre negro e pardo.

Primeiramente, negro é raça, e não a cor.

Veja-se o que dispõe o artigo 1º, parágrafo único, IV, da Lei Federal n. 12.288/2010 ao definir o que se deve entender por população negra, para todos os fins e efeitos de direito:

“Art. 1ª Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

(...)

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”

Esse quesito de cor ou raça a que se refere esse dispositivo legal, usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), é bem elucidado em um artigo publicado na internet¹, que vem demonstrar que não existem diferenças entre negros e pardos. Veja-se o conteúdo:

“(...) O debate começou porque a Fuvest, responsável pela seleção dos alunos da USP, adotou o padrão de classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que divide a população do País em cinco grupos: pretos, pardos, brancos, amarelos e indígenas.

A alegação é histórica: o primeiro censo demográfico do Brasil foi feito em 1872 e perguntava aos brasileiros em qual dos quatro grupos eles se enquadravam: preto, pardo, caboclo ou branco. Ao longo de mais de 140 anos, foram feitas algumas mudanças na nomenclatura, mas ainda não há consenso sobre a forma de classificar a população.

José Luiz Petruccelli, que faz pesquisas sobre diversidade racial há mais de 20 anos no IBGE, reconhece que a classificação pode ser aprimorada, embora defenda que o modelo segue uma série histórica e mudanças poderiam prejudicar a comparação dos dados.

“Esse é um tema muito polêmico. Alguns defendem que deveríamos usar a classificação negro, mas o negro é uma identidade social. Leva em conta uma visão política, a identidade de um povo muito mais do que a cor da pele”, defende.

O especialista diz não ser correto, para efeito de pesquisas, reunir pardos e pretos em um só grupo, de negros. Segundo ele, a discriminação contra os pretos é muito maior do que a verificada entre as pessoas que se autodeclararam pardas, e essa diferença precisa estar presente nos levantamentos demográficos.

“Existe diferença no comportamento social entre pretos e pardos: quanto mais escuro, mais discriminado”, afirma.

Já a União de Negros pela Igualdade (Unegro), organização de movimentos sociais criada na Bahia e presente em 24 Estados, defende que o mais adequado é usar o termo negro, embora aceite as regras do IBGE.

“Como não existe um critério científico para essa classificação, acordou-se em usar a nomenclatura do IBGE para pesquisas, que seria o mais próximo do viável”, disse Alexandre Braga, diretor de comunicação da entidade.

Apesar de concordar que quanto mais escura a cor da pele, maior a discriminação, a Unegro acredita que o IBGE possa vir a usar apenas a classificação negro no futuro. “As pessoas se identificam mais como negras do que pretas ou pardas”, afirma Alexandre.

Preto e pardo.

Nas pesquisas do Censo feitas pelo IBGE, é apresentada uma relação com as cinco nomenclaturas utilizadas e as pessoas precisam indicar a qual cor pertencem. Segundo Petruccelli, cada pessoa tem liberdade para dizer a sua classificação. Ele explica que pretos normalmente são as pessoas que se enxergam com a cor mais escura. Mas em relação aos pardos não há consenso. “Normalmente são as pessoas que se classificam como ‘morenas’ ou ‘mulatas’, mas isso depende na região”, afirma.

¹ Disponível no endereço eletrônico consultado em 02.05.2018:

<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/voce-sabia/qual-a-diferenca-entre-preto-pardo-e-negro,395c952757b7e310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>

O pesquisador diz ainda que nas regiões Sul e Sudeste, a população que se declara parda normalmente é de origem africana. Porém, no Norte, muitos pardos são, na verdade, descendentes de indígenas. Ele ainda conta uma história curiosa sobre a situação no Distrito Federal. “A população local, por mais branca que seja a sua pele, se classifica como parda porque vê os brancos como os funcionários públicos que vieram de fora”.

De acordo com o pesquisador do IBGE, a presença de pretos é menor no Brasil, por isso existe a tendência em reunir pardos e pretos em um grupo de negros. Ele diz que apenas para as pesquisas o termo não se aplica, mas que na convivência social é válido agrupar as duas nomenclaturas. Para o representante da Unegro, ocorre também a resistência em assumir a cor preta e muitos preferem ser incluídos na lista dos pardos - que seria uma forma intermediária. “A identidade do negro é muito maior, por isso defendemos a utilização desse termo”, afirma.

E o afrodescendente?

De acordo com o diretor da Unegro, o termo afrodescendente - ou afrobrasileiro - está em desuso. “Acredito que hoje seja muito mais adequado chamar alguém de negro do que de afrodescendente. Essa é muito mais uma nomenclatura política, de ação dos movimentos sociais na luta contra discriminação do que para designar a cor” explica.”

Daí não ser correto a prévia eliminação da impetrante da qualidade de cotista de negro, eis que o IBGE, em sua classificação, divide a população brasileira em cinco grupos, como se viu, pretos, pardos, brancos, amarelos e indígenas. Mas a lei, para todos os fins, estabeleceu que deve ser havida como população negra, ou seja, negro, as pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, como no caso em que o autor se declarou pardo.

Ao assim fazer, muito embora do edital não conste que haveria reserva de cotas para quem se declarasse pardo, por força da lei (art. 1º, parágrafo único, IV, da Lei n. 12.288/2010), é de se aferir que o impetrante se encontra dentro da população negra e, assim, protegido pela lei estadual que promove a reserva de quotas para negros em concursos públicos, inclusive no presente que está sendo agora realizado.

Ademais, embora não declarado os motivos pelos quais o parecer da entrevista de verificação foi desfavorável ao impetrante, é certo que não há dúvidas quanto à cor da sua pele ser parda, aliás, parda escura, constando ainda a informação cabelo preto crespo e olhos castanhos escuros, de acordo com o Certificado de Alistamento Militar expedido pelo Ministério da Defesa à f. 74, no qual, sabidamente, há exame detalhado pela junta médica militar, apurando as características dos alistados, inclusive eventuais empecilhos de saúde que impossibilitem o serviço militar.

De todo modo, o que se está a dizer é que não há como se afastar o conceito oficial já reconhecido, que, à toda evidência, poderia ter sido solicitado pelos responsáveis da entrevista de verificação, sendo inclusive afirmado pelo impetrante ter apresentado, porém sem êxito na mudança de opinião dos examinadores.

Segundo bem pontuou relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“A classificação de cor na sociedade brasileira, por força da miscigenação, torna-se difícil, mesmo para o etnólogo ou antropólogo. A exata classificação dependeria de exames morfológicos que o leigo não poderia proceder. Até mesmo com relação aos amarelos, é difícil caracterizar o indivíduo como amarelo apenas em função de certos traços morfológicos, os quais permanecem até a 3ª e 4ª gerações, mesmo quando há cruzamentos. Com relação ao branco, preto e pardo a dificuldade é ainda maior; pois o julgamento do pesquisador está relacionado com a cultura regional. Possivelmente o indivíduo considerado como pardo no Rio Grande do Sul, seria considerado branco na Bahia, na segura observação da Professora Aparecida Regueira (As Fontes Estatísticas

em Relações Raciais e a Natureza da Investigação do Quesito Cor nas Pesquisas Sobre a População no Brasil: Contribuição para o Estudo das Desigualdades Raciais na Educação. Site IBGE)” (STJ, AgRg no RMS 47.960/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 31/05/2017).

Assim, não havendo dúvidas da cor parda escura do candidato, ora impetrante, bem como de ter cabelo preto crespo, fato esse sequer impugnado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, não pode ele ser excluído da reserva de vagas para os candidatos qualificados como negros unicamente com base em decreto estadual que de forma nenhuma pode se sobrepor à regulamentação federal estampada em lei (Lei n. 12.288/2010), na qual, como visto, há expressa definição do que vem a se qualificar como população negra.

Por tais considerações, contra o parecer ministerial, julgo procedente a pretensão deduzida na inicial e concedo a segurança para tornar nulo o parecer desfavorável emitido na entrevista de verificação do Concurso Público de Provas e Títulos para provimento no cargo de agente de polícia de Caio Aurélio Cardoso Nunes, assegurando-lhe a continuidade no certame na classificação de cotas raciais (cota para negros).

Decreto a resolução do mérito, *ex vi* do artigo 487, I, primeira figura, do Código de Processo Civil.

Sem honorários, porque incabíveis à espécie (Súmula 512 do STF e 105 do STJ).

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (3º Vogal)

Peço vênia ao eminente relator para divergir de seu voto.

Caio Aurélio Cardoso Nunes impetra mandado de segurança contra ato do Presidente da Comissão Organizadora e de Verificação do Exame do Concurso para Agente de Polícia Civil do Mato Grosso do Sul, do Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, de Justiça e de Segurança Pública consistente no parecer desfavorável na entrevista de verificação dos candidatos que participaram pela reserva de cotas raciais para o concurso de provas e títulos para o cargo de investigador de polícia. Alega, em resumo, que compareceu à entrevista de verificação racial e apresentou somente a certidão de nascimento, sendo que, após a reprovação, informou a banca examinadora da existência do documento militar, o qual foi recusado.

Salienta que a banca não informou os motivos da inaptidão, o que afronta o devido processo legal. Afirma que em seu documento militar há informação que o declara como sendo da cor parda e as fotos demonstram nitidamente este fato. Defende que a decisão da comissão é genérica e sem qualquer fundamentação, além de não avaliar a documentação comprobatória do impetrante, o que denota a sua ilegalidade.

A questão é que o impetrante pediu para ter sua condição analisada apenas depois de ter sido reprovado. Ora, se é pardo ou integrante da raça negra, deveria tê-lo declarado de início, ao ingressar no concurso por meio da inscrição, e não logo depois da reprovação. Foi reprovado e somente após a reprovação no concurso alegou ser pertencente à referida etnia.

Ademais, ainda que o certificado de alistamento militar de f. 74 aponte que o impetrante possui a cutis parda escura, os critérios do Ministério da Defesa para a avaliação de tal fenótipo não

são os mesmos critérios verificados pelo órgão do Serviço Público Federal para a determinação do enquadramento atribuído.

Ante o exposto, voto pela denegação da segurança pleiteada.

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, concederam a ordem, nos termos do voto do relator, vencido o 3º vogal, que a denegava. Decisão contra o parecer. Ausente, por férias, o Des. Marcelo Câmara Rasslan.

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. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Nélcio Stábile e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 14 de maio de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0813317-63.2016.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO DE IMÓVEL POR ESCRITURA PÚBLICA – PRELIMINARES – DESENTRANHAMENTO DE DOCUMENTOS JUNTADOS EM SEDE RECURSAL – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADAS – MÉRITO – DOAÇÃO REALIZADA POR ESCRITURA PÚBLICA – INCAPACIDADE ABSOLUTA DA DONATÁRIA – ARTIGO 166, INCISO I, DO CPC/2015 – AUSÊNCIA DE PROVA – ARTIGO 373, INCISO I, DO CPC/2015 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Segundo entendimento sedimentado no STJ, é possível a juntada de documentos em grau recursal desde que seja observado o contraditório e não haja comprovada má-fé, conforme artigo 435, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015.

Rejeita-se a alegação de nulidade da sentença, pois proferida com a necessária fundamentação, com base na legislação vigente e respeitado o direito das partes a ampla defesa e ao contraditório.

Em matéria de ônus da prova, o inciso I do artigo 373 do CPC/2015 estabelece que é obrigação da parte autora comprovar o fato constitutivo de seu direito.

Não há como se presumir a incapacidade absoluta da donatária, o que depende de provas robustas a respeito.

Diante da existência de provas de que a donatária estava lúcida quando da realização da doação por escritura pública, deve prevalecer sua manifestação de vontade, não havendo razão para a declaração da nulidade do negócio jurídico.

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 as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de abril de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de admissibilidade (artigo 1.010, § 3.º, do CPC/2015 e Enunciado n.º 99, do FPPC).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação na forma do artigo 1.012, *caput*, do CPC/2015.

Relatório

Odilso Elias Cardoso, Walter Elias Cardoso, Rosa Elias Cardoso da Silva e Romilda Elias Cardoso interpuseram recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 2.^a Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que julgou improcedente o pedido formulado na ação anulatória de doação de imóvel por escritura pública ajuizada em desfavor de Laura Pereira de Araújo, Jaimeína de Araújo e Jorge de Araújo Ribeiro.

Em suas razões recursais (f. 550-565), os recorrentes alegaram a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação, porquanto formularam pedido expresso de reconhecimento da incapacidade absoluta da Sra. Iracema Cardoso de Souza, pretensão esta que não foi analisada.

No mérito, destacaram que a incapacidade por enfermidade restou suficientemente demonstrada nos autos, o que torna nula a doação do imóvel feita em favor da genitora dos requeridos.

Justificaram que *“no período da véspera da doação, a Sra. Iracema oscilava entre momentos de muita sonolência, sendo medicada por diversas vezes com remédios fortíssimos, apresentando vários sintomas de fraqueza, desnutrição e diarreia, haja visto ter passado por procedimentos cirúrgicos”* (f. 560).

Argumentaram que a Sra. Iracema estava no leito do hospital durante todo o dia 25.10.2005, fazendo uso de medicamentos que geram efeitos colaterais (Rivotril 2mg) tais como distúrbios psiquiátricos, do sistema nervoso, musculoesqueléticos e farmacodinâmica.

Finalizaram pedindo o conhecimento e o provimento do recurso, reformando a sentença nos termos da fundamentação supra.

Em contraminuta (f. 612-616), os apelados pugnaram pelo desentranhamento de documentos juntados em sede recursal. Afirmaram que as matérias debatidas no recurso dependiam de produção de prova pericial, a qual foi indeferida por decisão contra a qual não houve interposição de recurso. Assim, defenderam o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Odilso Elias Cardoso, Romilda Elias Cardoso, Rosa Elias Cardoso da Silva e Walter Elias Cardoso interpuseram recurso de apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da 2.^a Vara Cível de Competência Residual da Comarca de Campo Grande que julgou improcedente o pedido formulado na ação anulatória de doação de imóvel por escritura pública ajuizada em desfavor de Laura Pereira de Araújo, Jaimeína de Araújo e Jorge de Araújo Ribeiro.

Considerações iniciais

Os recorrentes ajuizaram a presente demanda afirmando que são irmãos da Sra. Iracema Cardoso de Souza, falecida em 24.01.2006 a qual estava doente (câncer) e em fase terminal quando realizou a doação clandestina do único imóvel à Laura Pereira de Araújo. Afirmaram que não foram informados sobre a doação do bem a pessoas que não eram da família e que a donatária não possuía a lucidez necessária para a

prática do negócio jurídico, motivo pelo qual ele deve ser anulado. Assim, pediram a anulação da escritura pública de doação do imóvel, reconhecendo a incapacidade absoluta da donatária (f. 01-35).

Após contestação (f. 425-439) e instrução processual com a oitiva de testemunhas e coleta de depoimentos pessoais (f. 527-528), o magistrado proferiu sentença de improcedência assim lastreada (f. 543-547):

“(...)

Por maior esforço que os requerentes tenham empregado para tentar denegrir a relação tida entre a mãe dos requeridos, estes e a Sra. Iracema (aliás ressalta-se que as únicas “provas” contrárias ao bom relacionamento são os depoimentos dos próprios autores e seus informantes) isso, contudo, independe para o deslinde da ação, visto que não seria causa suficiente para a nulidade do negócio dez anos depois de feito.

(...)

Ante o exposto, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, solvendo o mérito da controvérsia e pondo fim à fase cognitiva, julgo improcedente o pedido dos autores, condenando-os, com base no art. 85, e §§, do Código de Processo Civil, ao pagamento das custas processuais e honorários, sendo que estes últimos atendido o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, a complexidade do trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço - fixo em 10% do valor atualizado da causa. (...)”.

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação alegando a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação, porquanto formularam pedido expresso de reconhecimento da incapacidade absoluta da Sra. Iracema Cardoso de Souza, pretensão esta que não foi analisada. Quanto ao mérito, sustentaram que: a incapacidade por enfermidade restou suficientemente demonstrada nos autos, o que torna nula a doação do imóvel feita em favor da genitora dos requeridos; no período da véspera da doação, a Sra. Iracema oscilava entre momentos de muita sonolência, sendo medicada por diversas vezes com remédios fortíssimos, apresentando vários sintomas de fraqueza, desnutrição e diarreia, haja visto ter passado por procedimentos cirúrgicos (f. 560); a Sra. Iracema estava no leito do hospital durante todo o dia 25.10.2005, fazendo uso de medicamentos que geram efeitos colaterais (Rivotril 2mg) tais como distúrbios psiquiátricos, do sistema nervoso, musculoesqueléticos e farmacodinâmica.

Em contraminuta, os apelados manifestaram-se pelo desentranhamento de documentos juntados em sede recursal. Afirmaram que as matérias debatidas no recurso dependiam de produção de prova pericial, a qual foi indeferida por decisão contra a qual não houve interposição de recurso. Assim, defenderam o desprovimento do recurso.

Por ordem de prejudicialidade, início pela análise das preliminares suscitadas pelas partes.

Preliminares

Documentos juntados em grau recursal

Os apelados impugnam a juntada dos documentos trazidos com as razões recursais (f. 566-610), pois encerrada a fase instrutória e por não constituírem documentos novos.

Analisando detidamente os documentos impugnados pelos recorridos, verifico tratar-se de relatório de utilização dos serviços da Unimed, laudos e receitas médicas.

A respeito da produção de prova documental, o CPC/2015 preceitua que:

“Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º”.

Portanto, o ordenamento jurídico admite a juntada de documentos, ainda que em grau recursal, quando destinados a contrapor fatos alegados em momento posterior à contestação, desde que seja resguardado o direito de manifestação da parte adversa, tal como assegurado na hipótese dos autos, já que os recorridos puderam insurgir-se quando da apresentação da contraminuta.

Aliás, nesse sentido transcrevo julgado:

“PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – APRESENTAÇÃO AO FISCO DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA – DECADÊNCIA – TERMO INICIAL – ART. 173, I, DO CTN. OCORRÊNCIA – OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA – JUNTADA DE DOCUMENTOS EM APELAÇÃO – PRESENÇA DE CONTRADITÓRIO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – POSSIBILIDADE – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: a) o termo inicial da contagem do prazo decadencial se deu a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ter sido exigido, nos termos do art. 173, I, do CTN; b) a conclusão da obra ocorreu em 1995, com início do prazo decadencial em 1º/1/1996, finalizando-se em 1º/1/2001; c) o lançamento do débito ocorreu após o prazo quinquenal, em novembro de 2004, o que levou à decadência do direito do Fisco de cobrar os débitos controvertidos; e d) em face da ausência constatada, a ora Apelante, então, procedeu com a juntada aos autos dos documentos antigos, consistentes nos alvarás de “habite-se” das unidades autônomas do empreendimento imobiliário vinculado à CDA nº 35.647.454-2, pois restou respeitado o contraditório, já que a Fazenda Nacional teve a oportunidade de falar sobre eles nas contrarrazões’ ao presente recurso, e demonstrada a ausência de má-fé da recorrente quando’ deixou de trazê-los ao processo desde o início do seu ajuizamento.

2. Não se configura a ofensa 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.

3. O STJ possui jurisprudência firme e consolidada no sentido de que “a juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e inócua a má-fé, com fulcro no art. 397 do CPC” (REsp 980.191/MS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 10.3.2008; AgRg no REsp 1.120.022/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 2.6.2010).

4. No tocante à decadência, é evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

5. *Agravo Interno não provido*” (STJ; AgInt no REsp 1597709/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 17/11/2016) – destacado.

Ademais, vários dos documentos colacionados com as razões recursais já haviam sido juntados com a petição inicial, como é o caso do relatório da Unimed (f. 92-120).

Logo, rejeito a pretensão de desentranhamento dos documentos que acompanharam as razões do recurso de apelação.

Nulidade da sentença

Os apelantes ainda pleitearam o reconhecimento da nulidade da sentença por falta de fundamentação, porquanto formularam pedido expresso de reconhecimento da incapacidade absoluta da Sra. Iracema Cardoso de Souza, pretensão esta que não foi analisada.

De acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”*.

Em conformidade com a norma constitucional, o artigo 489, § 1.º, do CPC/2015 dispõe que:

“Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Analisando os autos, denota-se que a alegação de ausência de fundamentação da sentença não prospera porque ela foi proferida com a necessária fundamentação, com base na legislação vigente e respeitado o direito das partes a ampla defesa e ao contraditório.

Tampouco houve má valoração dos fatos e provas apresentadas, pois o julgador é livre em sua avaliação, conforme reza o artigo 371, do CPC/2015.

Nesse sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – EMBARGOS MONITÓRIOS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – DECISÃO SURPRESA – INOCORRENTE – PREFACIAL DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – RECHAÇADA. 1. Não há nulidade na sentença clara, objetiva e devidamente fundamentada, que julga a demanda de forma contrária ao entendimento do recorrente. (...)” (TJMS. Apelação n.º 0126791-02.2003.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 11/07/2017, p: 13/07/2017).

Ademais, o reconhecimento da incapacidade absoluta da Sra. Iracema não foi o pedido principal da demanda. O pleito principal era a declaração de nulidade do negócio jurídico, sendo a incapacidade da donatária o fundamento utilizado pelos autores para justificar a existência do vício.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Mérito

Quanto ao mérito, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se restou suficientemente demonstrada incapacidade absoluta da donatária, Sra. Iracema Cardoso de Souza a fim de justificar a declaração de nulidade da escritura pública de doação do imóvel de matrícula n.º 71.848, da 2ª CRI de Campo Grande.

Pois bem, é cediço que no ordenamento jurídico brasileiro existe a regra dominante acerca do sistema probatório, cabendo à parte que alega determinado fato o ônus de produzir a prova apta a confirmar sua veracidade, para só então dele derivar a existência de algum direito (artigo 373, inciso I, do CPC/2015).

Por sua vez, o inciso II do artigo 373 do CPC/2015, dispõe que o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

“A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus). O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (Teoria Geral do Processo. 7ª ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312).

Assim, incumbia aos autores o dever de comprovar o fato constitutivo do direito, consubstanciado na incapacidade absoluta da donatária à época da realização do negócio jurídico.

Sobre a nulidade dos negócios jurídicos, o Código Civil dispõe o seguinte:

“Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)”.

A respeito, Fabrício Zamproga Matiello leciona que “os atos praticados por absolutamente incapazes não podem ser consertados e nem convalescem por qualquer meio” (Código Civil Comentado. 4.^a ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 134).

Contudo, para que o negócio jurídico seja considerado nulo, a incapacidade absoluta da pessoa que o praticou deve estar suficientemente demonstrada, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

As testemunhas ouvidas em audiência confirmaram que a Sra. Iracema tratava a requerida Laura como sua filha e os requeridos Jaimeína e Jorge como netos.

A testemunha compromissada Vanusa Falcão afirmou que foi vizinha da donatária por cerca de 20 anos e que os requeridos a tratavam muito bem. Também disse que a donatária, apesar de estar muito doente, era completamente lúcida e que sempre mencionou a vontade de fazer um testamento para beneficiar os netos, afirmação que fazia antes mesmo de adoecer.

Já a testemunha Aparecida Donizete Mendes também confirmou o desejo da Sra. Iracema em doar bens aos requeridos e que estava ela lúcida, apesar de muito doente.

As demais pessoas ouvidas em audiência – apesar de trazerem informações diferentes acerca do tratamento conferido pela Sra. Iracema aos requeridos – o foram como informantes em razão de possuírem parentesco com os autores. E os depoimentos prestados pelos informantes possuem peso menor, não podendo ser utilizados como principal base para a decisão de mérito.

Ainda é oportuno frisar que o simples fato de a donatária estar fazendo uso de medicamentos que causam efeitos colaterais à época do negócio jurídico não a torna absolutamente incapaz. Isto porque, os efeitos colaterais provocados por medicamentos nem sempre se apresentam, variando muito em cada paciente.

Não bastasse isso, as testemunhas confirmaram que a Sra. Iracema sempre teve o desejo de deixar os requeridos financeiramente amparados, mormente porque os tratava como filha (Laura) e netos (Jaimeína e Jorge).

Sendo assim, diante da ausência de provas no sentido de que a donatária estivesse absolutamente incapaz à época da celebração do negócio jurídico, não há que acolher o pleito de nulidade.

A respeito, transcrevo alguns julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – ANULAÇÃO DE DOAÇÕES – PERDA SUPERVENIENTE DA CAPACIDADE CIVIL – ALZHEIMER – AUSÊNCIA DE PROVAS DE INCAPACIDADE À ÉPOCA DO NEGÓCIO JURÍDICO – ÔNUS DA PROVA – AUTOR – SENTENÇA MANTIDA. A capacidade civil é requisito imprescindível para a realização de qualquer negócio jurídico, sob pena de anulação da avença. Não é crível que à época das doações à ré, o autor não possuía plena capacidade para os atos da vida civil, na medida em que tais doações foram realizadas em 06/09/2012 e pouco depois foi declarado pelo tabelião, que possui fé pública, que o requerente detinha capacidade para prestar declaração acerca do fim da união estável. À autora da ação incumbe provar os fatos constitutivos do direito invocado, bem como ao réu, a prova de fatos impeditivos, modificativos e extintivos daquele direito, nos termos do art. 373, Código de Processo Civil. Não constando dos laudos médicos qualquer evidência indubitável de que à época das doações o autor já apresentava quando de Alzheimer, incabível a anulabilidade das doações” (TJMG – AC: 1067410022056001 MG, Relator: Marco Aurélio Ferenzini, Data de Julgamento: 16/11/2017, Câmaras Cíveis/ 14^a Câmara Cível, data de publicação: 24/11/2014)

“DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO – DOAÇÃO – Sentença de improcedência. Ausência de indícios de vício de vontade ou de comprometimento da capacidade da de cujus ao realizar a doação. Alegação de que a doadora padecia de incapacidade à época do negócio jurídico que não foi demonstrada. Presunção relativa da capacidade das pessoas naturais. Ausência de ofensa à legítima. Reconhecimento de condição de “filha de criação” que não é suficiente para tornar a apelante herdeira. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP – APL: 10005136920158260601 SP 1000513-69.2015.8.26.0601, Relator: Ana Maria Baldy, Data de julgamento: 04/05/2017, 6ª Câmara de Direito Privado, data de publicação: 05/05/2017) – Destacado

“PROCESSO CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA – NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO – INCAPACIDADE ABSOLUTA À EPOCA DA REALIZAÇÃO DO ATO – NÃO COMPROVAÇÃO – ART. 333, I, DO CPC (ART. 373, I, DO NCPC) – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Trata-se de ação de conhecimento que tem por objetivo a anulação de negócio jurídico, sob o fundamento que à época da transação a autora, atualmente interditada, já era portadora da enfermidade incapacitante, tendo sido o pedido julgado improcedente. 2. O art. 373, I, do NCPC, atribui ao autor o encargo de provar os fatos descritos na inicial como ensejadores do seu direito, repetindo-se a norma estática do CPC/73. 3. No caso, em que pese a documentação acostada aos autos seja apta a atestar a enfermidade psiquiátrica atual da apelante e a sua irreversibilidade, não restou comprovado que, à época da realização do negócio jurídico em questão, a apelante estivesse privada da capacidade de entender o negócio realizado. 4. Desse modo, diante da ausência de comprovação da alegada incapacidade mental para a realização do negócio jurídico que se pretende anular, deve ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos, com majoração dos honorários. 5. Recurso conhecido e desprovido” (TJDF 20130910002428 0000256-90.2013.8.07.0009, Relator: Sandoval Oliveira, Data de Julgamento: 10/05/2017, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 17/05/2017. Pág.: 395/439) – destacado.

Portanto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Conclusão Diante do exposto, conheço do recurso de apelação manejado por Odilso Elias Cardoso, Walter Elias Cardoso, Rosa Elias Cardoso da Silva e Romilda Elias Cardoso, rejeito as preliminares suscitadas no apelo e nas contrarrazões, e, quanto ao mérito, nego-lhe provimento. De acordo com o artigo 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios fixados em primeiro grau em mais 5% sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélcio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 17 de abril de 2018.

3ª Câmara Cível**Remessa Necessária nº 0801608-34.2017.8.12.0021 - Campo Grande****Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – HOMOLOGAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE ATUALIZAÇÃO PARA CONDUTORES DE VEÍCULOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS – CERTIDÃO CRIMINAL POSITIVA – HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO – DELITO NÃO INDICADO NO ARTIGO 329, DO CTB – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – ISENÇÃO DE CUSTAS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A negativa em homologar o certificado de conclusão do curso de atualização para condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros amparada na existência de processo criminal que não guarda relação com os crimes descritos no artigo 329, do CTB, viola o direito líquido e certo do condutor, mormente porque o órgão estadual de trânsito não pode ampliar a interpretação da norma legal para nela incluir delitos que não foram expressamente mencionados pelo legislador.

A Fazenda Pública Estadual é isenta do pagamento das custas processuais remanescentes, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009 (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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de remessa necessária da sentença que concedeu a ordem pretendida no mandado de segurança impetrado por Elidio Cardoso Dias contra ato praticado pelo Chefe de Divisão Supervisão de CFC do Detran/MS – Agência Regional de Três Lagoas, determinando que o impetrado promova a homologação do certificado de conclusão do curso de atualização para condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros pretendido pelo impetrante.

Na peça inaugural, o autor alegou que é motorista profissional exercendo tal função na Transportadora e Locadora J. R. Ltda-Me. Para dar continuidade ao exercício da profissão, participou do curso de atualização para condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros e, embora tenha concluído o curso, não foi homologado seu certificado em razão de sua certidão de antecedentes criminais ser positiva, respondendo

criminalmente pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Por tal razão, pediu o deferimento da liminar e, no mérito, a concessão da ordem (f. 01-08).

A liminar foi concedida para o fim de determinar que a autoridade impetrada providencie a homologação do certificado do Curso de Condutores de Veículos de Transporte Coletivo de Passageiros (f. 28-30).

A autoridade impetrada apresentou informações (f. 37-45) defendendo a denegação da segurança.

Na sequência, sobreveio sentença concedendo a ordem pugnada (f. 100-104), sendo submetida à remessa necessária.

As partes não interpueram recurso voluntário.

Em parecer (f. 123-127), a PGJ opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de remessa necessária da sentença que concedeu a ordem pretendida no mandado de segurança impetrado por Elidio Cardoso Dias contra ato praticado pelo Chefe de Divisão Supervisão de CFC do Detran/MS – Agência Regional de Três Lagoas, determinando que o impetrado promova a homologação do certificado de conclusão do curso de atualização para condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros pretendido pelo impetrante.

Na peça inaugural, o autor alegou que é motorista profissional exercendo tal função na Transportadora e Locadora J. R. Ltda-Me. Para dar continuidade ao exercício da profissão, participou do curso de atualização para condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros e, embora tenha concluído o curso, não foi homologado seu certificado em razão de sua certidão de antecedentes criminais ser positiva, respondendo criminalmente pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Por tal razão, pediu o deferimento da liminar e, no mérito, a concessão da ordem (f. 01-08).

A liminar foi concedida para o fim de determinar que a autoridade impetrada providencie a homologação do certificado do Curso de Condutores de Veículos de Transporte Coletivo de Passageiros (f. 28-30).

A autoridade impetrada apresentou informações (f. 37-45) defendendo a denegação da segurança.

Na sequência, sobreveio sentença concedendo a ordem pugnada (f. 100-104), sendo submetida à remessa necessária.

As partes não interpueram recurso voluntário.

Em parecer (f. 123-127), a PGJ opinou pelo desprovimento do recurso.

A questão posta em julgamento cinge-se em saber se o impetrante possui direito líquido e certo à homologação do curso de capacitação e atualização para veículo de transporte de passageiros, ainda que em seu nome conste certidão criminal positiva referente a processo em trâmite, pela prática de homicídio culposo.

Conforme estabelece o artigo 329, do Código de Trânsito Brasileiro, para a obtenção do alvará de permissão para a exploração do serviço de transporte de passageiros é necessário que o requerente não esteja

respondendo a processo por crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, comprovado mediante apresentação de certidão expedida pelos órgãos competentes.

Assim dispõe o texto legal:

“Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização”.

Esclareço, desde logo, que a exigência de certidão negativa de distribuição criminal para os condutores de veículos de transporte de pessoas não ofende a presunção de inocência, consagrada no artigo 5º, inciso LVII, da CF, uma vez que está em conformidade com o a supremacia do interesse público sobre o particular. Cuida-se de uma atividade de interesse público que exige absoluta segurança, não podendo ser conferida à pessoa sobre quem recai a dúvida concreta sobre a prática dos crimes especificados.

Na espécie, o impetrante responde criminalmente pelo crime previsto no artigo 302, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), infração penal não prevista no rol do artigo 329, do CTB.

Sendo assim, não é possível ampliar o alcance da norma inserta no artigo 329, do CTB para nela incluir o delito de homicídio culposo por envolvimento em acidente de trânsito, na medida em que nem mesmo o legislador o fez.

A interpretação extensiva não pode ser usada para prejudicar o impetrante, não se afigurando admissível ao intérprete ampliar o sentido da norma.

A propósito, em casos análogos assim já se manifestou esta Corte:

“EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – RENOVAÇÃO DE PERMISSÃO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE MOTOTAXISTA – CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS POSITIVA – CRIME NÃO PREVISTO PELO ART. 329 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – DECRETO MUNICIPAL QUE AMPLIA O ROL DE CRIMES PREVISTO PELO CÓDIGO – ILEGALIDADE. 01. A Resolução n. 356 do Conselho Nacional de Trânsito, com o intuito de estabelecer requisitos mínimos de segurança, dispôs que, para exercer a atividade de mototaxista, o condutor deverá atender aos requisitos previstos no art. 329 do Código de Trânsito Brasileiro. 02. Nos termos do referido dispositivo legal, tais condutores, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização. 03. Se o condutor apresentar certidão criminal positiva pela existência de um processo no qual responde por crime não previsto no rol do Código de Trânsito Brasileiro, não pode ser impedido de renovar sua permissão para a prestação do serviço de mototáxi. 04. Por ampliar o rol de crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro, é ilegal o art. 6º, VIII, do Decreto Municipal n. 186/2010. Em razão disso, não pode a Administração Pública impedir que o condutor renove sua permissão para a prestação de serviço de mototáxi com fundamento nesse dispositivo legal. Recurso de apelação conhecido e provido, para reformar a sentença e conceder a segurança pleiteada” (TJMS; MS nº 0001609-28.2012.8.12.0021, Relator: Des. Vilson Bertelli, Data de Julgamento: 16/08/2017, 2ª Câmara Cível) – destacado.

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – HOMOLOGAÇÃO DE CURSO DE CAPACITAÇÃO E ATUALIZAÇÃO PARA CONDUTORES DE VEÍCULO DE TRANSPORTE DE ESCOLARES – CERTIDÃO CRIMINAL POSITIVA – CONDUTOR NÃO RESPONDE PELOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 329, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSOS IMPROVIDOS. Viola o direito do condutor a negativa em homologar a conclusão do curso de especialização em trânsito de escolares quando amparada na existência de processo criminal que não guarda relação com os crimes estabelecidos no artigo 329, do CTB, sendo inadmissível ao órgão estadual de trânsito ampliar o sentido desta norma legal para nela incluir outros delitos que não aqueles especificados pelo legislador” (TJ-MS, Apelação Cível nº 0800093-56.2011.8.12.0026, Rel. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgado em 16.7.2013) – destacado.

Nesse cenário, não merece reforma a sentença que determinou a homologação do certificado de conclusão do curso de atualização para condutores de veículos de transporte coletivo de passageiros.

No que tange às despesas processuais, prevê o Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul que o ente público estadual é isento de recolhimento, conforme se extrai do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009.

Destarte, neste merece qualquer reparo a sentença reexaminada.

Conclusão

Ante o exposto, conforme o parecer ministerial, conheço da remessa necessária, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélcio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

3ª Câmara Cível**Remessa Necessária nº 0842600-34.2016.8.12.0001 – Campo Grande****Relator Des. Eduardo Machado Rocha**

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – LIMINAR DE CUNHO SATISFATIVO – *PERICULUM IN MORA INVERSUM* – REJEITADAS – PRELIMINAR AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PERIGO DA DEMORA QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – DEMORA INJUSTIFICADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM APRECIAR PEDIDO ADMINISTRATIVO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO – ISENÇÃO DE CUSTAS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

Consoante a teoria da asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado na petição inicial, deixando o exame das questões de mérito para o julgamento final.

Não há falar em inadequação da via eleita, se com a inicial vieram os documentos necessários a comprovação do direito alegado.

Não há falar em liminar de cunho satisfativo quando verificado que a mesma é apenas uma antecipação da ordem a ser concedida ao final, não esgotando a pretensão deduzida na inicial, uma vez que se o pedido for julgado procedente, o direito será reconhecido.

A Constituição Federal traz como preceito básico que será assegurado a todos, quer no âmbito judicial ou no administrativo, a duração razoável do processo, produzindo meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (art. 5º, inc. LXXVIII).

A Lei Federal nº 9.784/94, em seu artigo 49 prevê que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo máximo de 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Após protocolizado o Cadastro Ambiental Rural (CAR), transcorreu mais de 1 (um) ano sem que houvesse a apreciação conclusiva pela autoridade impetrada. Portanto, dúvidas não há que o procedimento administrativo já se prolongou muito para ser decidido, ofendendo assim, o princípio da eficiência e da razoável duração do processo.

A Fazenda Pública Estadual é isenta do pagamento das custas processuais remanescentes, nos termos do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual).

Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

Des. Eduardo Machado Rocha – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

O Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete a remessa necessária deste Sodalício a sentença que prolatou nos autos do mandado de segurança impetrado por Marcelo Othechar de Souza Palma contra ato praticado pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, que concedeu *“parcialmente a segurança para o fim de determinar que a autoridade coatora analise, em um prazo máximo de 90 (noventa) dias, todos os pedidos constantes no CAR/MS nº 00013597, bem como emita seu parecer/decisão do referido processo administrativo e, cumpridas todas as exigências técnicas pelo impetrante, emita o competente Título de Cotas de Reserva Ambiental (TCRAE)”*.

As partes não interpuseram recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça, opina pelo desprovemento do recurso. (f. 469/473)

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

O Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete a remessa necessária deste Sodalício a sentença que prolatou nos autos do mandado de segurança impetrado por Marcelo Othechar de Souza Palma contra ato praticado pelo Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, que concedeu *“parcialmente a segurança para o fim de determinar que a autoridade coatora analise, em um prazo máximo de 90 (noventa) dias, todos os pedidos constantes no CAR/MS nº 00013597, bem como emita seu parecer/decisão do referido processo administrativo e, cumpridas todas as exigências técnicas pelo impetrante, emita o competente Título de Cotas de Reserva Ambiental (TCRAE)”*.

Segundo se extrai dos autos, o impetrante é proprietário do imóvel rural denominado Fazenda Estância Las Palmas, com área total de 2.000 hectares, localizada no município de Corumbá/MS, registrada no Cartório do 1º Ofício da Comarca de Corumbá/MS.

Sustentou que na data de 15 de março de 2016, em atendimento a legislação ambiental, protocolou o Cadastro Ambiental Rural (CAR) junto ao Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul para fins de validação e emissão do Título de Cotas de Reserva Ambiental Estadual (TCRAE), contudo decorreu mais de 8 (oito) meses sem que a autoridade coatora realizasse alguma providência.

Relatou que o Título de Cotas de Reserva Ambiental visa compensar outras propriedades rurais carentes de reserva legal, contudo sem a aprovação do CAR, fica prejudicada a possibilidade de negociação dos aludidos títulos.

Mencionou que em razão da inércia do IMASUL, protocolou requerimento administrativo nº 61/466124/2016, no dia 17/10/2016, elucidando a necessidade da análise do CAR/MS nº 0013597, porém, a autoridade impetrada sequer apresentou resposta, o que motivou a propositura da presente demanda.

Com a inicial, vieram os documentos. (f. 12/70)

A liminar foi parcialmente deferida. (f. 74/76)

Notificada a autoridade apontada como coatora, esta apresentou informações, suscitando preliminares e, no mérito, pugnou pela ausência de direito líquido e certo. Ao final, requereu o prequestionamento da matéria. (f. 133/170)

O Ministério Público Estadual opinou pela concessão da segurança pretendida. (f. 362/372)

Na sentença, o magistrado *a quo* concedeu parcialmente a segurança nos seguintes termos: (f. 418/422)

“Ante o exposto, concede-se parcialmente a segurança para o fim de determinar que a autoridade coatora analise, em um prazo máximo de 90 (noventa) dias, todos os pedidos constantes no CAR/MS nº 00013597, bem como emita seu parecer/decisão do referido processo administrativo e, caso cumpridas todas as exigências técnicas pelo impetrante, emita o competente Título de Cotas de Reserva Ambiental (TCRAE).

Sem custas, por isenção legal.

Sem condenação em honorários advocatícios.”

As partes não interpuseram recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça, opina pela confirmação da sentença. (f. 469/473)

Passo à análise das preliminares suscitadas nas informações.

Carência de ação – ausência de interesse de agir

Sustenta a autoridade impetrada que se na visão do impetrante, está correndo, na esfera administrativa, retardamento na análise de um pedido encartado junto ao CAR/MS, deveria este, buscar a solução adequada para eventual punição do servidor público encarregado na tramitação do processo administrativo, vez que está prevaricando e, não buscar pela via escolhida uma solução para tal problema.

Com efeito, segundo a teoria da asserção, aplicável modernamente no Direito Processual, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado pela parte autora na sua petição inicial.

Assim, o momento para se verificar a existência das condições da ação é quando o juiz realiza o primeiro contato com a petição inicial, deixando o exame das questões de mérito, relativas à procedência ou à improcedência da demanda, para o julgamento final.

Esse é o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL – (...) TEORIA DA ASERÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – INEXISTÊNCIA (...) 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 53.146/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 16/02/2012)

A orientação também encontra amparo na doutrina, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

“Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida. Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito (...) É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito”. (Teoria Geral do Processo. 3ª ed. p.182-183) (grifei).

No mesmo sentido, entende esta Corte:

“EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CÂMARA LEGISLATIVA – REJEITADA A PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EM RAZÃO DA TEORIA DA ASERÇÃO – MÉRITO – APOSENTADORIA ESPECIAL – APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.213/91 – INEXISTÊNCIA – LEI COMPLEMENTAR – CONCESSÃO DA INJUNÇÃO.

Acolhe-se a preliminar de impertinência subjetiva da Assembleia Legislativa para figurar no pólo passivo do mandado de injunção, caso demonstrado que a omissão apontada pelo impetrante, mesmo em tese, só pode ser sanada pelo Governador do Estado.

Rejeita-se a prefacial de impossibilidade jurídica do pedido, se o mesmo, analisando in status assertionis, admite pleno trânsito processual, inexistindo vedação abstrata para a utilização da via injuncional visando suprir omissões legislativas.

Diante da inexistência da Lei Complementar disciplinadora dos casos insertos nos três incisos do § 4º do art. 40 da CF, deve ser garantido ao impetrante a análise de seu pedido de aposentadoria especial, pela autoridade administrativa competente, tendo como aplicação as normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo, oportunidade em que se averiguará a satisfação dos requisitos autorizadores para a sua concessão (TJMS- Mandado de Injunção – Nº 2010.006591-1/0000-00 – Relator Designado – Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Órgão Especial – j. 5.5.2010) (grifei)

Assim, levando-se em conta a aplicabilidade de tal teoria pelo ordenamento jurídico, amplamente aceita e utilizada também pela jurisprudência, não há falar em acolhimento da preliminar, uma vez que as condições da ação e pressupostos devem ser analisados de forma abstrata, *in statu assertionis*, ou seja, de acordo com as afirmações feitas na inicial, de modo que, passada a fase inicial processual, estar-se-á diante da análise do mérito do pedido deduzido.

Aliás, a tese relativa sustentada pela autoridade impetrada se confunde com o mérito, notadamente porque a constatação de tal fato jurídico perpassa necessariamente pela análise das alegações da parte impetrante e do impetrado, em confronto com as provas carreadas aos autos e sempre à luz do direito aplicado ao caso.

Não bastasse isso, é consabido que o interesse processual é composto pelo binômio necessidade-adequação. A necessidade consiste na indispensabilidade do ingresso em juízo para a efetiva obtenção do bem pretendido, enquanto a adequação revela-se pela relação de pertinência entre a situação fática narrada e o meio processual utilizado.

Nesse norte, impetrando o autor mandado de segurança em face do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, pretendendo que este analise o procedimento de Cadastro Ambiental Rural relativa à Fazenda Estância Las Palmas, resta patente o seu interesse de agir.

Assim, rejeito a preliminar.

Inadequação da via eleita

A impetrada expõe a necessidade de dilação probatória, e que o pedido deveria ser feito em ação de obrigação de fazer, uma vez que a juntada somente de *print* das telas do sistema CAR/MS não é suficiente para demonstração de que faz jus ao TCRAE, além do que o impetrante não juntou cópia integral do procedimento administrativo.

Pois bem. Estabelece o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal que:

“LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

Pela leitura do dispositivo, denota-se que a impetração do mandado de segurança está condicionada à ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, e que a inicial contenha os documentos necessários para prova do alegado, em razão da impossibilidade de conceder a dilação probatória em mandado de segurança.

Assim, caso seja necessária a realização de dilação probatória, para comprovar o alegado pelo impetrante, o mandado de segurança não será a via eleita adequada para assegurar o direito líquido e certo aduzido.

In casu, o pedido inicial diz respeito à Administração Pública dar andamento ao CAR/MS nº 0013597, que está paralisado desde 15 de março de 2016, ou seja, desde o seu protocolo junto a autoridade impetrada.

Analizando os autos, denota-se que os elementos probatórios junto à inicial são suficientes a demonstrar a data de protocolo do processo quanto a ausência de julgamento do mesmo, de forma que são hábeis para verificar a existência e consequente violação, ou não, de direito líquido e certo pela autoridade impetrada.

Ademais, conforme fundamentado pelo *Parquet* “a impetrada insiste na tese de que o impetrante não fez prova de que tem direito a inscrição no CAR/MS, não havendo estudo de georreferenciamento e prova da área remanescente alegada, APP, dentre outros. Porém, a questão posta em juízo não se trata do direito à obtenção do CAR/MS e TCRAE, que compete à autoridade coatora – IMASUL, mas sim o direito a uma resposta administrativa, num prazo razoável, segundo os ditames legais.” (f. 364)

Assim, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

Do esgotamento objeto da ação

A impetrada nas informações alega que a liminar parcialmente concedida esgota o mérito da ação mandamental, ofendendo o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92.

Contudo, sem razão.

O mandado de segurança impetrado possui como objeto a imposição de uma obrigação de fazer perante a autoridade coatora, a qual, segundo o impetrante, violou direito líquido e certo, na medida em que deixou de dar andamento ao CAR/MS nº 0013597 desde 15 de março de 2016.

Por essa razão, a liminar postulada é apenas uma antecipação da ordem a ser concedida ao final, não esgotando a pretensão deduzida na inicial, uma vez que se o pedido for julgado procedente, o direito será reconhecido.

Outrossim, o provimento jurisdicional liminar possui natureza precária e provisória, necessitando da sentença de mérito para fins de reconhecimento do alegado direito.

Ademais, segundo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, o disposto no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, estabelece que não será cabível medida liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, refere-se “às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação” (REsp 664.224/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 5.9.2006, DJ 1.3.2007, p. 230).

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 (ART. 1.022 DO NOVO CPC) NÃO CONFIGURADA – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – REMOÇÃO DE SERVIDOR – MEDIDA LIMINAR CONTRA O PODER PÚBLICO – AFRONTA AO ART. 1º, § 3º, DA LEI 8.437/92 – NÃO OCORRÊNCIA – ANÁLISE QUANTO AOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR – ART. 273 DO CPC/1973 – QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA – ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – [...] 2. O art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92, que estabelece que não será cabível medida liminar contra o Poder Público que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, refere-se “às liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, àquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao status quo ante, em caso de sua revogação” (REsp 664.224/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 1.3.2007, p. 230). [...]” (REsp 1615687/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016)

Logo, rejeito a presente preliminar.

Da existência do *periculum in mora inversum*

A impetrada argumenta que a manutenção da decisão vergastada motivará e dará suporte jurisprudencial para que todos os demais proprietários inscritos junto ao CAR/MS ingressem com as demandas similares, e consigam a liminar para que seja realizada a análise imediata das declarações no sistema CAR, sem que para isso, demonstrem a urgência e o perigo de dano, o que certamente causará uma situação irreparável do IMASUL.

Novamente sem razão.

Isso porque, denota-se que a decisão que concedeu a liminar não assegurou ao impetrante a inscrição definitiva no Sistema Car, mas, apenas, que fosse feito a análise técnica dos requisitos apresentados no pedido de inscrição e dos documentos apresentados, em observância ao princípio da duração regular dos processos administrativos.

Logo, rejeito a preliminar.

Quanto a preliminar de não demonstração de injustificada demora do IMASUL, verifica-se que tal argumento se confunde com o mérito e, com este, será analisada.

Mérito

Com efeito, a Constituição Federal traz como preceito básico que será assegurado a todos, quer no âmbito judicial ou no administrativo, a duração razoável do processo, produzindo meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (art. 5º, inc. LXXVIII).

Por sua vez, o artigo 49, da Lei Federal nº 9.784/94 prevê que, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração Pública tem o prazo máximo de 30 (trinta) dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. Vejamos:

“Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.”

No caso em tela, é evidente a excessiva demora na tramitação do procedimento administrativo, sem motivo excepcional que fundamente, violando os princípios da duração razoável do processo e da eficiência (art. 37, *caput*, CF).

Percebe-se que após protocolizado o pedido administrativo em discussão, transcorreu mais de 1 (um) ano sem que houvesse a apreciação conclusiva pela autoridade impetrada. Portanto, dúvidas não há que o procedimento administrativo já se prolongou muito para ser decidido, ofendendo assim, o princípio da eficiência e da razoável duração do processo.

Não se ignora à existência de limitações humanas e recursos técnicos que possam existir no serviço público, mas isso não pode ser utilizado como justificativa para eximir a Administração Pública do dever constitucional de concluir os processos administrativos levados à apreciação em tempo razoável.

A respeito, colhe-se a posição do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – IBAMA – LICENCIAMENTO AMBIENTAL – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 282/STF – TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO FÁTICO DA CAUSA, CONCLUIU PELO DEMORADO EXAME DO PEDIDO DE RENOVAÇÃO DE LICENÇA AMBIENTAL – REEXAME – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...) V. Na forma da jurisprudência, “verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a administração conclua procedimento administrativo. Aplicável a jurisprudência da Corte que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo. Precedente

do STJ” (STJ, REsp 1.145.692/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 24/03/2010). VI. Agravo interno improvido”. – destaquei (AgInt no AgRg no REsp 1392873/AL, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 01/02/2017).

“MANDADO DE SEGURANÇA – ANISTIA POLÍTICA – MILITAR FALECIDO – PENSIONISTA – ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA – CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. (...). 4. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, fica caracterizada a omissão da autoridade impetrada em concluir o processo administrativo da impetrante, pois a todos é assegurada a razoável duração do processo, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de processo administrativo. Razoabilidade e eficiência administrativas. (...)”. – destaquei (MS 15.598/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 04/10/2011)

No mesmo sentido é o entendimento dos Tribunais Estaduais:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AMBIENTAL – PRELIMINAR – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – MÉRITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – ARTIGO 5º, LXXVIII – DEMORA INJUSTIFICADA NA ANÁLISE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE REGULARIZAÇÃO DE RESERVA LEGAL – MAIS DE 5 ANOS SEM MANIFESTAÇÃO DO PODER PÚBLICO – APLICAÇÃO DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Com a determinação constitucional (artigo 5º, LXXVIII) para que haja prazo razoável na prestação jurisdicional surge o compromisso do Estado, a fim de dar maior efetividade ao processo, em respeito ao direito fundamental de acesso à justiça, mostrando-se injustificada a demora de mais de 5 anos para a análise de procedimento administrativo para regularização de área de reserva legal. Nega-se provimento ao agravo retido, consubstanciado na alegação de impossibilidade de inversão do ônus da prova, pois em matéria ambiental, é dever de quem praticou o dano provar que não o fez. Possível a aplicação de multa, inclusive contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de decisão judicial.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária nº 0800966-91.2014.8.12.0045, Sidrolândia, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 06/07/2016, p: 08/07/2016)

“APELAÇÃO – DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO ADMINISTRATIVO – RESPOSTA – PRAZO. Viável a concessão parcial da segurança no que tange à determinação de um prazo razoável para a apreciação do pedido deduzido administrativamente. Demora na expedição de ato que equipara-se à omissão, a violar direito subjetivo do particular. Recurso parcialmente provido”. (TJRS; AC 0125021-64.2009.8.21.7000; Garibaldi; Vigésima Segunda Câmara Cível; Relª Desª Maria Cláudia Cachapuz; Julg. 17/02/2016; DJERS 22/02/2016)

Outrossim, como bem fundamentado pela Procuradoria-Geral de Justiça “a excessiva demora da autoridade coatora em analisar o requerimento do impetrante, sem qualquer fundamento apto a justificar tal morosidade, viola os princípios constitucionais da moralidade, eficiência e legalidade da Administração, previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal”. (f. 471)

Destarte, demonstrada a omissão do impetrado no tocante à apreciação do pedido administrativo CARMS nº 0013597, impõe-se a manutenção da sentença vergastada que concedeu em parte a segurança.

No que tange às despesas processuais, prevê o Regimento de Custas Judiciais do Estado de Mato Grosso do Sul que o ente público estadual é isento de recolhimento, conforme se extrai do artigo 24, inciso I, da Lei Estadual nº 3.779/2009.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Aliás, esta Corte tem decidido que:

“EMENTA–EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO–REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO–CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO – MORA NÃO AFASTADA – MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL – EMBARGOS REJEITADOS. A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza.” (Embargos de Declaração Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PREQUESTIONAMENTO DE Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul DISPOSITIVOS LEGAIS – DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS – SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER – EMBARGOS REJEITADOS.” (Embargos de Declaração Nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013).

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito as preliminares e, no mérito, e com o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélcio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0806542-63.2015.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE – PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO ART. 1022 DO CPC – AFASTADA – MÉRITO – NULIDADE DO AVAL POR AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – NÃO ACOLHIDA – GARANTIDOR SOLIDÁRIO NÃO SE CONFUNDE COM AVALISTA NEM FIADOR – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

É cediço que o artigo 1.022 do Código de Processo Civil, dispõe que o objetivo dos embargos de declaração é tornar claro o que era obscuro, desfazer a contradição, suprimir a omissão ou corrigir erro material, não podendo o embargante fazer uso de recurso desta natureza para obter o a rediscussão da matéria e/ou o seu prequestionamento.

Conforme orientação jurisprudencial da Corte Superior no sentido de que torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia quando o cônjuge da recorrente obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador ou avalista.

O interveniente garantidor solidário não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória.

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 preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 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 cível interposto por Keila de Melo Martins contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara Cível da comarca de Dourados que, nos autos da ação declaratória de nulidade absoluta movida contra o Itaú Unibanco S.A. que indeferiu o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados no valor equivalente a 10% do valor da causa.

A alega em síntese que:

Preliminarmente, deve ser declarada nula a decisão proferida referente aos embargos de declaração interpostos por negativa de vigência ou ofensa literal ao art. 1.022, do Código de Processo Civil;

A figura do interveniente garantidor trata-se, na verdade, de um avalista, razão pela qual é imprescindível a outorga uxória para a validade do negócio jurídico, o que não houve no caso dos autos, devendo a garantia ser declarada nula de pleno direito;

Com o provimento do recurso, revisão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões pela manutenção da r. Sentença.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Keila de Melo Martins contra a decisão proferida pelo MM. Juízo da 5ª Vara Cível da comarca de Dourados que, nos autos da ação declaratória de nulidade absoluta movida contra o Itaú Unibanco S.A., indeferiu o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados no valor equivalente a 10% do valor da causa.

Primeiramente analiso a preliminar de nulidade da sentença.

Aduz a apelante que é nula a decisão proferida referente aos embargos de declaração interpostos, por negativa de vigência ou ofensa literal ao art. 1.022, do Código de Processo Civil.

Analizando os embargos de declaração interpostos às f. 92/97, verifica-se que a r. decisão que os rejeitou não merece reforma. Isto porque resta claro que o apelante se insurge quanto à própria sentença, não havendo de se falar em esclarecimento, sendo a verdadeira intenção a reforma do decisório.

É cediço que o artigo 1.022 do Código de Processo Civil, dispõe que o objetivo dos embargos de declaração é tornar claro o que era obscuro, desfazer a contradição, suprimir a omissão ou corrigir erro material, não podendo o embargante fazer uso de recurso desta natureza para obter o a rediscussão da matéria e/ou o seu prequestionamento.

A omissão, a obscuridade, a contradição e o erro material têm conotação precisa com objetivos de esclarecer, complementar e aperfeiçoar as decisões judiciais.

Nesse sentido a citação doutrinária de Cássio Scarpinella Bueno:

“Recurso de fundamentação vinculada, seu cabimento fica atrelado à alegação de ao menos uma das hipóteses indicadas nos incisos do art. 1.022: (i) esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição; (ii) supressão de omissão de ponto ou questão sobre o qual o magistrado deveria ter se pronunciado, de ofício ou a requerimento; e (iii) correção de erro material. A primeira hipótese relaciona-se à intelecção da decisão, aquilo que ela quis dizer mas que não ficou suficiente claro, devido até mesmo a afirmações inconciliáveis entre si. A obscuridade e a contradição são vícios que devem ser encontrados na própria decisão, sendo descabido pretender confrontar a decisão com elementos a ela externos. (Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2016-EPUB, p. 639.)

Com efeito, esse tipo de recurso consubstancia na forma horizontal, destinado ao órgão singular ou colegiado, para suprir as falhas existentes no julgado.

Na hipótese dos autos, a sentença embargada examinou de forma clara, coesa e suficiente a matéria questionada pela apelante, não cabendo quaisquer modificações das conclusões ali apontadas.

Evidente pelas razões recursais que a pretensão da apelante não era sanar contradição e sim na insistência de rediscussão de matéria já decidida e, remarco, na sentença ficou muito bem esclarecido a matéria debatida.

Desse modo, não se pode utilizar dos embargos de declaração para fazer revisão ou anulação do julgado, eis que tal recurso destina-se tão somente a corrigir eventuais defeitos ou esclarecimento do que já foi decidido.

Passo à análise do mérito.

Primeiramente, insta fazer um breve elucidado dos fatos.

Relata a autora que é casada com Acram Sander Ghdie, pelo regime de comunhão parcial de bens desde 22/10/2005 e por exigência do banco réu, seu cônjuge firmou um documento como avalista, denominado de Cédula de Crédito Bancário – Abertura de Conta Corrente sob o nº. 11173-0000464400533116, cédula esta emitida em 14/04/2008, junto à agência 0464 do Banco Itaú, pela empresa EMA Construções e Transportes Ltda – EPP.

Afirma a autora que na época da emissão da referida cédula seu cônjuge não era mais sócio da referida empresa emitente, uma vez que esta fora negociada com terceiros, de modo que somente firmou o referido documento por sugestão do banco, que lhe informou ter que assinar como interveniente, expressão que sequer sabia do que se tratava, sendo que a suposta garantia foi prestada sem a obrigatória outorga uxória, sendo, portanto, nulo o aval prestado por seu cônjuge.

Aduz que a emitente da referida cédula de crédito bancário não cumpriu com suas obrigações, pelo que o banco réu ingressou com execução em face dela e de seu cônjuge (Processo nº. 0014009-05.2010.8.12.0002).

Em razão disso, ajuizou a presente ação declaratória, requerendo seja declarada a nulidade de todas as cláusulas que impliquem em garantia pessoal do seu marido, revestidos de aval constante no referido contrato, gerando efeito *ex tunc*, sendo considerados inexistentes todos os demais atos jurídicos emitidos em face da autora e de seu marido, por ausência de outorga uxória determinada pela lei e que promova a exclusão do nome do seu do polo passivo da execução constante nos autos n. 0014009-05.2010.8.12.0002, mantendo apenas em desfavor da emitente da cédula de crédito bancário, EMA Const. e Trans. LTDA EPP.

Após breve resumo dos fatos, vamos ao voto:

O magistrado *a quo* julgou improcedente o feito sob o fundamento de que o esposo da apelante não é avalista e sim devedor solidário no contrato em questão, sendo desnecessária a outorga uxória nesse caso.

Pois bem.

Os documentos acostados à inicial não deixam dúvidas de que a apelante é devedora solidária da dívida assumida pela empresa EMA Construções e Transportes LTDA EPP (f. 25/27).

Ademais, nota-se que, embora ela seja interveniente garantidor, a apelante defende a nulidade da garantia por falta de outorga uxória como se avalista fosse, institutos que não se confundem.

De se ressaltar que, em relação à matéria posta, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o garante solidário não se confunde com o avalista ou fiador.

Confira:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 1. AÇÃO ANULATÓRIA DE FIANÇA – CONDIÇÃO DE DEVEDOR SOLIDÁRIO AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS – DESNECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA – HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ – 2. INVERSÃO DA CONCLUSÃO ALCANÇADA NA ORIGEM – RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA FIANÇA – IMPOSSIBILIDADE – REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – SÚMULAS 5 E 7/STJ – 3. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As instâncias de origem decidiram em conformidade com a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, estabelecido no acórdão estadual que o cônjuge da recorrente obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador, torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia. 2.

(...)3. Agravo interno improvido”. (AgInt no AREsp 931.556/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – REAVALIAÇÃO – REAVALIAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL – SÚMULA Nº 5 E 7, AMBAS DO STJ – DEVEDOR SOLIDÁRIO – OUTORGA UXÓRIA – DESNECESSIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – NÃO DEMONSTRAÇÃO, NOS MOLDES LEGAIS – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...) 2. Estabelecido, no acórdão estadual, que o cônjuge da agravante obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador, torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia. 3. A não observância dos requisitos do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea c do permissivo constitucional. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 531.573/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015)

“AÇÃO DE ANULAÇÃO DE FIANÇA POR FALTA DE OUTORGA UXÓRIA – NATUREZA DA GARANTIA – PRECEDENTES DA CORTE – INDENIZAÇÃO – INSCRIÇÃO NA SERASA.

1. Na forma de precedentes da Corte, o “interveniente garantidor solidário” não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina positiva sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória (REsp nº 6.268/MG, julgado em sessão de 15/4/91; no mesmo sentido, do mesmo relator: REsp nº 3.238/MG, DJ de 19/11/90). 2. Se a inscrição foi feita em função de processo executivo movido pelo banco, refletindo a realidade, não há como identificar conduta ilícita. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 538.832/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 12/04/2004, p. 207)

Vejamos o entendimento deste Tribunal a respeito:

“APELAÇÃO CÍVEL DOS REQUERIDOS (DEVEDOR PRINCIPAL E GARANTIDOR) – ANÁLISE CONJUNTA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DOS CÔNJUGES NA AÇÃO –

REJEITADA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SEGUNDO REQUERIDO – AFASTADA – NULIDADE DO AVAL POR AUSÊNCIA DE MORA UXÓRIA – NÃO ACOLHIDA – GARANTIDOR SOLIDÁRIO NÃO SE CONFUNDE COM AVALISTA NEM FIADOR – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – QUESTÕES DE MÉRITO JÁ ANALISADAS COM AS PRELIMINARES – NÃO CONHECIMENTO – RECURSO DE APELAÇÃO DO DEVEDOR PRINCIPAL E DO GARANTIDOR CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. O requerido/garantidor sustenta o equívoco da sentença, trazendo elementos pelos quais entende que devem ser acolhidas as preliminares arguidas ou as questões de mérito. Logo, dialético o recurso, daí porque rejeito a preliminar.

2. Considerando que o contrato objeto do pedido de cobrança foi assinado apenas pelos requeridos, o primeiro como devedor principal e o segundo como interveniente garantidor, tem-se por desnecessária a participação dos respectivos cônjuges na presente ação. Ademais, como bem destacou o juízo a quo, não se verifica nenhuma das hipóteses previstas no art. 10 do CPC/73. Assim, fica afastada a alegação de irregularidade de representação.

(...)4. O apelante é parte legítima passiva, pois os documentos acostados à inicial não deixam dúvidas de que é interveniente garantidor da dívida assumida pelo outro requerido. O último aditivo firmado, embora tenha como interveniente garantidora outra pessoa, tem por objeto apenas a alteração da data de vencimento da parcela da dívida referente ao aditivo anterior, restando mantidas e integralmente ratificadas todas as demais cláusulas e condições pactuadas no Contrato ora aditado e no Aditivo anterior, dos quais esse último Aditivo passa a fazer parte integrante, complementar e inseparável, além de ratificadas também as garantias reais e/ou pessoais constituídas no Contrato aditado. Além disso, em relação à matéria posta, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que o garante solidário não se confunde com o avalista ou fiador.

5. Em relação à alegação de nulidade por ausência de outorga uxória, o STJ entende que interveniente garantidora solidária não se confunde com a figura do avalista nem do fiador; prescindindo, portanto, da outorga marital, conforme precedentes do STJ. (...)” . (TJMS. Apelação n. 0143418-42.2007.8.12.0001, Campo Grande, Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 14/09/2017, p: 15/09/2017)

Desta forma o recurso deve ser desprovido, considerando que não há necessidade de outorga uxória em caso de garantia assumida como interveniente garantidor solidário, o que é o caso dos autos.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ora, se o acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Ex positis, rejeito a preliminar de nulidade da sentença e nego provimento ao recurso mantendo *in totum* o *decisum* vergastado. Considerando a natureza imperativa do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, hei por bem elevar os honorários advocatícios para o equivalente a 11% (onze por cento) do valor da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram preliminar e negaram 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, 27 de março de 2018.

3ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1402474-56.2017.8.12.0000 – Campo Grande****Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PARTILHA NÃO ULTIMADA – HERDEIRO QUE NÃO RESPONDE COM SEUS BENS PESSOAIS PELA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE ITCD – DÍVIDA DO ESPÓLIO – APLICABILIDADE DA SÚMULA 114 DO STF – PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO O ESPÓLIO – RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA O HERDEIRO-INVENTARIANTE QUE RESPONDE SOMENTE COMO REPRESENTANTE DO ESPÓLIO E NÃO COMO DEVEDOR EXECUTADO – RECURSO PROVIDO.

Há norma expressa no art. 618, inciso I, do CPC ao dispor que o inventariante deve representar o espólio, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, mas inexiste previsão legal que determine a obrigação tributária arcando o inventariante pela dívida do espólio com seus bens pessoais. O fato de ter feito acordo de parcelamento pelo tributo do ITCD em nome do espólio não significa que deve responder por toda a responsabilidade tributária da sucessão dos bens do seu genitor.

No caso, não foi encerrado o processo de inventário dos bens deixados pelo genitor do agravante, motivo pelo qual não há se falar em execução fiscal contra o herdeiro-inventariante, conforme constou na certidão de dívida ativa.

O Supremo Tribunal Federal sumulou a matéria no sentido que: “*O imposto de transmissão ‘causa mortis’ não é exigível antes da homologação do cálculo*”.

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, 27 de março de 2018.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hiroshi Kato contra decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande nos autos de Execução Fiscal nº 0067145-17.2010.8.12.0001 ajuizado pelo Estado de Mato Grosso do Sul que rejeitou a exceção de pré-executividade determinando o prosseguimento do processo executivo.

O agravante alega em síntese que:

A execução fiscal ajuizada pelo agravado possui vício na constituição da Certidão de Dívida Ativa – CDA visto que o agravante é herdeiro nos autos de Inventário nº 0115302-94.2005.8.12.0001;

A juíza entendeu que por ser herdeiro e inventariante tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação executiva, e tendo este firmado termo de parcelamento do ITCD;

Mesmo sendo inventariante no processo e ter firmado termo de parcelamento do tributo não pode ser responsável com seus bens próprios e pessoais, pois inexistente previsão legal que tenha que responder pelo débito;

O bloqueio judicial deve ser necessariamente desfeito devendo a parte exequente constituir nova Certidão de Dívida Ativa, com o correto polo passivo, devendo constar o espólio de Tatsuko Shimada Kato;

O entendimento da MM. Juíza viola o previsto no art. 1.792 do Código Civil, estando mais que comprovado nos autos que ainda não houve partilha dos bens, motivo pelo qual não pode ser responsabilidade pessoalmente pelo pagamento do ITCD com seus bens próprios, posto que não se sabe ao certo qual o seu quinhão na partilha;

O Código Tributário Nacional, no artigo 151, dispõe sobre os responsáveis pelo recolhimento do imposto que se fizer necessário no inventário, não dispondo a responsabilidade pessoal dos inventariantes ou herdeiros antes da realização da partilha;

Ainda que a obrigação/responsabilidade tributária seja oriunda do inventário, não houve a ultimação da partilha, no inventário, não podendo tal obrigação ser transferida aos bens pessoais dos herdeiros;

Não está requerendo a extinção da execução fiscal, mas que tal seja direcionada somente aos bens que compõem o espólio de Tatsuko Shimada Kato, e não aos seus bens próprios, como determinou a juíza a quo, ou seja, trata-se de medida absolutamente razoável e menos onerosa possível, estando à disposição do exequente meios menos gravosos de obtenção de pagamento, que deveria ter sido esgotados antes da determinação de pagamento por parte de herdeiro inventariante, como, por exemplo, a realização de penhora no rosto dos autos de inventário;

É ilegítima a manutenção da penhora sobre o valor constante em conta corrente do inventariante agravante, posto não ser parte legítima para figurar no polo passivo com seus bens próprios.

Por fim, pede seja dado provimento ao presente recurso, reformando a decisão guerreada para o fim de determinar a exclusão do agravante do polo passivo da execução fiscal, o colocando somente como representante do espólio, determinando o imediato desbloqueio de seus bens pessoais.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo por ausência do agravante de suspensão da decisão agravada (f. 67).

Intimado o agravado que apresentou contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 72/80).

Determinada a intimação do agravante para se manifestar nos termos do art. 10 do CPC sobre a alegação do agravado de não cabimento da exceção de pré-executividade (f. 82), tendo se manifestado (f. 84/87).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hiroshi Kato contra decisão proferida pela MM^a. Juíza de Direito da Vara de Execução Fiscal da Comarca de Campo Grande nos autos de Execução Fiscal nº 0067145-17.2010.8.12.0001 ajuizado pelo Estado de Mato Grosso do Sul que rejeitou a exceção de pré-executividade determinando o prosseguimento do processo executivo.

O agravante alega em síntese que: a execução fiscal ajuizada pelo agravado possui vício na constituição da Certidão de Dívida Ativa – CDA visto que o agravante é herdeiro nos autos de Inventário nº 0115302-94.2005.8.12.0001; a juíza entendeu que por ser herdeiro e inventariante tem legitimidade para figurar no polo passivo da ação executiva, e tendo este firmado termo de parcelamento do ITCD; mesmo sendo inventariante no processo e ter firmado termo de parcelamento do tributo não pode ser responsável com seus bens próprios e pessoais, pois inexistente previsão legal que tenha que responder pelo débito; o bloqueio judicial deve ser necessariamente desfeito devendo a parte exequente constituir nova Certidão de Dívida Ativa, com o correto polo passivo, devendo constar o espólio de Tatsuko Shimada Kato; o entendimento da MM. Juíza viola o previsto no art. 1.792 do Código Civil, estando mais que comprovado nos autos que ainda não houve partilha dos bens, motivo pelo qual não pode ser responsabilidade pessoalmente pelo pagamento do ITCD com seus bens próprios, posto que não se sabe ao certo qual o seu quinhão na partilha; o Código Tributário Nacional, no artigo 151, dispõe sobre os responsáveis pelo recolhimento do imposto que se fizer necessário no inventário, não dispondo a responsabilidade pessoal dos inventariantes ou herdeiros antes da realização da partilha; ainda que a obrigação/responsabilidade tributária seja oriunda do inventário, não houve a extinção da partilha, no inventário, não podendo tal obrigação ser transferida aos bens pessoais dos herdeiros; não está requerendo a extinção da Execução Fiscal, mas que tal seja direcionada somente aos bens que compõem o espólio de Tatsuko Shimada Kato, e não aos seus bens próprios, como determinou a juíza a quo, ou seja, trata-se de medida absolutamente razoável e menos onerosa possível, estando à disposição do exequente meios menos gravosos de obtenção de pagamento, que deveria ter sido esgotados antes da determinação de pagamento por parte de herdeiro inventariante, como, por exemplo, a realização de penhora no rosto dos autos de inventário; é ilegítima a manutenção da penhora sobre o valor constante em conta corrente do inventariante agravante, posto não ser parte legítima para figurar no polo passivo com seus bens próprios.

Por fim, pede seja dado provimento ao presente recurso, reformando a decisão guerreada para o fim de determinar a exclusão do agravante do polo passivo da execução fiscal, o colocando somente como representante do espólio, determinando o imediato desbloqueio de seus bens pessoais.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo por ausência do agravante de suspensão da decisão agravada (f. 67).

Intimado o agravado que apresentou contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 72/80).

Determinada a intimação do agravante para se manifestar nos termos do art. 10 do CPC sobre a alegação do agravado de não cabimento da exceção de pré-executividade (f. 82), tendo se manifestado (f. 84/87).

Passo a análise do recurso.

No caso, a magistrada decidiu:

“Ademais, foi editada a Súmula nº 393 do STJ no intuito de pôr um ponto final quanto a celeuma acerca do cabimento da exceção de pré-executividade em sede de execução fiscal. Tal verbete traz o seguinte teor: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

No presente caso, o excipiente alega ser parte ilegítima para figurar no polo passivo do presente feito, visto que ainda não houve a partilha dos bens nos autos de ação de inventário ainda em andamento, não podendo ele ser responsabilizado pelo ITCD que lhe é cobrado.

Tratando-se de matéria cognoscível de ofício, é possível sua apreciação, pois, por meio da presente exceção de pré- executividade. Da análise dos autos, entretanto, tenho que as alegações do excipiente não prosperam, havendo que se reconhecer sua legitimidade para figurar no polo passivo do presente feito.

É certo que o fato gerador do ITCD é, nos termos do art. 35 do CTN, a transmissão, por causa mortis ou por doação, de quaisquer bens ou direitos. No caso de transmissão mortis causa, deve-se observar o disposto no art. 1.784 do Código Civil, o qual esclarece que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A abertura da sucessão, por sua vez, se dá no exato momento do falecimento, a partir da qual é possível o lançamento do ITCD, já que a partir de então há a transferência do domínio e posse da herança aos herdeiros. Desse modo, ao contrário das alegações do excipiente, é certo que houve o nascimento da obrigação tributária, sendo a cobrança do tributo legítima.

Há de se ressaltar, ainda, que nos termos do art. 131, do CTE, são contribuintes do ITCD as pessoas físicas ou jurídicas que se revistam da qualidade de herdeiros, legatários ou donatários, ou que sejam beneficiados pelo desistência de quinhão ou de direitos.

Apesar de no presente caso não ter ainda havido a partilha dos bens do exequente, não há dúvidas de que o excipiente se trata de herdeiro do falecido, já que é filho do mesmo. Desse modo, o executado é legítimo contribuinte do imposto, e não responsável solidário, devendo, pois, ser responsabilizado pelo seu recolhimento, motivo pelo qual não há que se falar em qualquer nulidade na CDA lavrada pelo exequente e exigida neste feito, até mesmo considerando que efetuou parcelamento do débito perante a Fazenda, responsabilizando-se pelo pagamento do tributo.

Consoante informado pelo exequente, o próprio executado compareceu perante o fisco e firmou termo de parcelamento em seu nome, se responsabilizando pelo recolhimento do ITCD ora exigido, se apresentando como herdeiro e inventariante, razão pela qual, ante o não pagamento das parcelas pactuadas, o débito foi inscrito em dívida ativa em nome do executado.

Desta feita, tenho que não há que se falar em ilegitimidade passiva no presente caso, o prosseguimento da execução constituindo medida que se impõe. Ante o exposto, rejeito a exceção de pré-executividade oposta por Hiroshi Kato, determinando o prosseguimento do feito.

Fazendo um breve retrospecto da situação fática conforme relatado pelo agravante:

“(...) A exceção de pré-executividade é admitida quando se discute matéria de ordem pública, sendo requisitos das condições da ação, capacidade processual das partes, como no caso em tela, em que o agravante teve seu nome inscrito em dívida ativa, apesar de não ser parte legítima, conforme demonstra a CDA n. 228/2010, sofrendo, posteriormente, restrição em seus bens pessoais, pelo fato de ser inventariante no inventário dos bens de seu pai, ainda em trâmite. Todas as provas pertinentes ao caso foram juntadas em momento oportuno, provando que o agravante sofreu restrições em seus bens pessoais, mesmo ainda não tendo ocorrido a partilha nos Autos 0115302-94.2005.8.12.0001, como bem admitido pelo Estado agravado em sua manifestação. Nas partilhas ainda não homologadas, o imposto de transmissão causa mortis se torna inexigível. A execução fiscal ajuizada em face de herdeiro-inventariante antes de homologada a partilha é embasada em CDA nula. A medida cautelar para bloqueio dos bens pessoais do inventariante foi concedida liminarmente nos Autos n. 00071298.93.2010.8.12.0001, pois houve pedido expresso, conforme sentença de f. 18/21, mesmo não ultimada a partilha dos bens. Inexistindo a partilha dos bens do inventário, ainda não surgiu a obrigação tributária. Às f. 22/25 consta extrato da subconta, com os valores bloqueados nas contas correntes pessoal do inventariante, provando, assim, constrição indevidas em seus bens pessoais, ao ser demandado na execução fiscal já citada.”

A pretensão do agravante encontra-se respaldo legal na norma civil no sentido que o herdeiro só responde pelas forças da herança até o seu quinhão hereditário, *in verbis*:

Art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

Há norma expressa no art. 618, inciso I, do CPC ao dispor que o inventariante deve representar o espólio, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, mas inexiste previsão legal que determine a obrigação tributária arcando o inventariante pela dívida do espólio com seus bens pessoais.

O fato de ter feito acordo de parcelamento pelo tributo do ITCD em nome do espólio não significa que deve responder por toda a responsabilidade tributária da sucessão dos bens do seu genitor.

Cabe ressaltar que o inventariante responde pelos tributos do espólio, caso reste a impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, que no caso, o ente estatal não demonstrou que o espólio não possa responder pelo pagamento do tributo, conforme estatui a norma contida no art. 134 do CTN:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

Segundo a posição predominante do Superior Tribunal de Justiça, o herdeiro responde com seus bens pessoais pelas dívidas do espólio após findo o inventário, segundo o quinhão herdado, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC – DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO – SÚMULA 284/STF – DEMANDA EXECUTIVA AFORADA CONTRA DEVEDOR FALECIDO – ILEGITIMIDADE DE PARTE – INVENTÁRIO CONCLUÍDO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS HERDEIROS

– *RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, NÃO PROVIDO.*

1. *Não se conhece do recurso especial em relação à ofensa ao art. 1.022 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.*

2. *Aforada demanda executiva contra devedor já falecido, há ilegitimidade ad causam passiva.*

3. *Encerrado o inventário de bens com que faleceu o de cujus, remanesce a responsabilidade tributária pessoal dos herdeiros, segundo o quinhão herdado (CTN, art. 131, II).*

4. *Não se podendo demandar o de cujus e nem o espólio, porque já efetuada a partilha de bens, a demanda fiscal deve ser aforada contra os herdeiros.*

5. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1673140/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe 13/09/2017).*

Assim, considerando que no caso, ainda não foi encerrado o processo de inventário dos bens deixados pelo genitor do agravante (Autos nº 0115302-94.2005.8.12.0001), não há se falar em execução fiscal contra o inventariante, conforme constou na Certidão de Dívida Ativa - CDA nº 228/2010, extraída do Processo Administrativo nº 11/031935/2009) constando como devedor direto, Hiroshi Kato (f. 16).

Ademais, há decisão do STF em matéria sumulada que: “O imposto de transmissão ‘causa mortis’ não é exigível antes da homologação do cálculo”.

Segue decisão jurisprudencial dessa Corte:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXIGÊNCIA – DE ITCMD EM FACE DA UM DOS HERDEIROS/INVENTARIANTE PARTILHA NÃO HOMOLOGADA – IMPOSTO INEXIGÍVEL ANTES DA HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO E TRANSMISSÃO DOS BENS AOS HERDEIROS COM A PARTILHA – SÚMULA 114 DO STF – CDA NULA – INCIDENTE ACOLHIDO – EXECUÇÃO EXTINTA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A execução fiscal ajuizada em face de herdeiro-inventariante antes de homologada a partilha é embasada em CDA nula, visto que os herdeiros somente respondem pelo imposto dos bens que vierem a compor o seu quinhão hereditário e após efetuada a partilha, antes disso o imposto não é exigível e o legitimado é o espólio. Inventário em andamento, sem partilha. CDA anulada. Execução extinta. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1403673- 16.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 12/07/2017, p: 17/07/2017).

Por todas essas considerações, dou provimento ao recurso com a reforma da decisão monocrática para reconhecer a ilegitimidade do herdeiro inventariante para figurar no polo passivo da execução fiscal que determinou o bloqueio de seus bens pessoais para responder por dívida do inventário do seu genitor, que ainda não teve os bens partilhados, devendo ser direcionada a execução fiscal contra o Espólio de Tatsuko Shimada Kato, com a constituição de nova certidão de dívida ativa, conforme requerido nesse recurso de agravo de instrumento.

De consequência determino, ainda, o desbloqueio dos valores contidos na conta corrente em nome do agravante.

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, 27 de março de 2018.

3ª Câmara Cível**Apelação nº 0202367-40.2009.8.12.0017 – Nova Andradina****Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO TRABALHISTA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO – RENOVAÇÃO MAIS DE 05 ANOS – NULIDADE DO CONTRATO – VERBAS TRABALHISTAS – NÃO CABIMENTO – RECOLHIMENTO DO DEPÓSITO DO FGTS – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 596.479/RR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O servidor em exercício de função pública, contratado em caráter temporário, nos moldes do art. 37, IX, da CF/88, não está submetido às normas da CLT. Assim, rescindido o contrato, apenas faz jus às verbas estatutárias devidas ao servidor público, conforme previsão do art. 7º c/c art. 39, § 3º, da CF/88.

Nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, o reconhecimento do direito ao recebimento do FGTS funda-se na nulidade da contratação e não em relação jurídica trabalhista.

O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que “*O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público*” (Súmula 466 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de junho 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 João Batista Pereira, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos de ação de cobrança, movida em face do Município de Nova Andradina, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Alega, em síntese, que em 13/03/2007 foi contratado pelo Município de Nova Andradina para exercer o cargo de assessor I/Gestor de Serviços, tendo sido demitido em 02/07/2007, sem qualquer anotação em sua carteira de trabalho, nem o pagamento de qualquer verba trabalhista.

Argumenta que apesar de se submeter ao regime de contratação estatutário, nenhum regime pode ser contrário à previsão legal contida na Constituição Federal.

Entende ter direito ao depósito do FGTS, pois, apesar da omissão da lei municipal quanto ao recolhimento, tal omissão é possível de ser suprida pelo Estado.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para reforma da sentença e julgamento procedente dos pedidos iniciais.

A ação foi distribuída, originariamente, na Justiça do Trabalho. Determinada a remessa dos autos à Justiça Estadual, foi suscitado conflito negativo de competência (f. 144-150), tendo o Superior Tribunal de Justiça declarado competência do Juízo Estadual para o julgamento da lide (f. 154).

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação interposto por João Batista Pereira, contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina, nos autos de ação de cobrança, movida em face do Município de Nova Andradina, que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Alega, em síntese, que em 13/03/2007 foi contratado pelo Município de Nova Andradina para exercer o cargo de Assessor I/Gestor de Serviços, tendo sido demitido em 02/07/2007, sem qualquer anotação em sua carteira de trabalho, nem o pagamento de qualquer verba trabalhista.

Argumenta que apesar de se submeter ao regime de contratação estatutário, nenhum regime pode ser contrário à previsão legal contida na Constituição Federal.

Entende ter direito ao depósito do FGTS, pois, apesar da omissão da lei municipal quanto ao recolhimento, tal omissão é possível de ser suprida pelo Estado.

Pede o conhecimento e provimento do recurso para reforma da sentença e julgamento procedente dos pedidos iniciais.

A ação foi distribuída, originariamente, na Justiça do Trabalho. Determinada a remessa dos autos à Justiça Estadual, foi suscitado conflito negativo de competência (f. 144-150), tendo o Superior Tribunal de Justiça declarado competência do Juízo Estadual para o julgamento da lide (f. 154).

De início consigno que o presente recurso será analisado sob as regras do CPC de 1973, tendo em vista que a decisão objurgada foi proferida quando ainda em vigor o referido código.

Ante tal, vejo que a divergência a ser analisada neste recurso reside em saber se o ocupante de cargo público, temporário, possui ou não direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), e as verbas trabalhistas reclamadas na inicial (anotação na CTPS, aviso prévio, horas extras, indenização compensatória).

O servidor contratado temporariamente para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição da República, não está submetido às normas da CLT, de modo que faz jus ao recebimento apenas das mesmas verbas trabalhistas devidas ao servidor público, por enquadrar-se no regime jurídico estatutário.

Nos termos do artigo 37, II, da Constituição da República de 1988, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos e ato solene de posse.

Todavia, tais requisitos podem ser justificadamente dispensados pela Administração Pública, diante de uma necessidade temporária de excepcional interesse público. Em tal hipótese, deverá a lei estabelecer os casos de contratação, por tempo determinado, conforme previsão do inciso IX, do supramencionado artigo 37 da CR/88.

A contratação que se perpetua no tempo, estendendo de modo indefinido e incerto para suprir a necessidade, até então excepcional da Administração Pública, é ato jurídico eivado de nulidade insanável e, por isso, inapto a produzir os efeitos jurídicos que, *a priori*, lhe seriam atribuídos.

Não foi outra a conclusão alcançada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 705.140/RS, submetido à sistemática da repercussão geral (Artigo 543-B, do CPC):

“CONSTITUCIONAL E TRABALHO – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM CONCURSO – NULIDADE – EFEITOS JURÍDICOS ADMISSÍVEIS EM RELAÇÃO A EMPREGADOS: PAGAMENTO DE SALDO SALARIAL E LEVANTAMENTO DE FGTS (RE 596.478 – REPERCUSSÃO GERAL) – INEXIGIBILIDADE DE OUTRAS VERBAS, MESMO A TÍTULO INDENIZATÓRIO.

1. Conforme reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1988 reprovava severamente as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público, cominando a sua nulidade e impondo sanções à autoridade responsável (CF, art. 37, § 2º). 2. No que se refere a empregados, essas contratações ilegítimas não geram quaisquer efeitos jurídicos válidos, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. 3. Recurso extraordinário desprovido. (RE 705140, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 28.08.2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-217 DIVULG 04.11.2014 PUBLIC 05.11.2014)

Destaco, outrossim, que a contratação temporária terá sempre caráter jurídico-administrativo, ainda que haja prorrogação do contrato de maneira irregular, pois estas mudanças não têm o condão de alterar o vínculo inicialmente estabelecido entre as partes.

Isto já restou firmado no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do CC nº 116.913-SP, rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 2.^a Seção, j. em 25.04.12, decisão cuja ementa vai transcrita:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – AJUIZADA COM O OBJETIVO DE OBTER CONDENAÇÃO DE MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DE VERBAS DECORRENTES DE CONTRATO DE TRABALHO – REGIME TEMPORÁRIO – PRORROGAÇÃO – MANUTENÇÃO DO VÍNCULO ESTATUTÁRIO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

O STF, ao julgar a ADIn n.º 3.395-DF, excluiu da expressão relação de trabalho as ações decorrentes do regime estatutário. Assim, a competência para julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, quando envolverem servidor estatutário não celetista e ente público, será da Justiça comum, estadual ou Federal, conforme o caso.

A contratação temporária terá sempre caráter jurídico-administrativo, ainda que haja prorrogação do contrato de maneira irregular, pois estas mudanças não têm o condão de alterar o vínculo inicialmente estabelecido entre as partes. Precedentes do STF e do STJ. Agravo provido para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Salto - SP.” (AgRg no CC 116.913/SP, 2ª Seção, relª Ministra Nancy Andrighi, j. em 25.04.12, DJe 03.05.12);(destaquei).

Considerando que no caso telado o contrato temporário teve início ainda no ano de 2001, e perdurou até 2007, e os documentos colacionados à exordial demonstram a sua continuidade ao longo dos anos (f. 04-30), não há dúvida de que foram ultrapassados os requisitos de temporário e emergencial utilizados para contratação autorizada por lei.

Assim, nada obstante o recorrido, inicialmente, ter contratado o recorrente mediante o sistema de convocação, a aludida modalidade de contratação desvirtuou-se em razão das sucessivas e posteriores contratações havidas. Outro não pode ser o raciocínio, haja vista que a prorrogação dos contratos ocorreu, na espécie, sem a observância dos dispositivos contidos na Constituição Federal, notadamente porque a permanência do contratado, investido no cargo sem concurso público, perdeu o caráter temporário previsto na lei, fato este que tornou os respectivos contratos nulos de pleno direito.

A Corte Extraordinária, quando do julgamento do RE 596.478/BR, submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC, assim decidiu a respeito do FGTS:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – CONTRATO NULO – EFEITOS – RECOLHIMENTO DO FGTS – ARTIGO 19-A DA LEI Nº 8.036/90 – CONSTITUCIONALIDADE.

1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 596478, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2012, Repercussão Geral - Mérito DJe-040 Divulg 28.02.2013 PUBLIC 01.03.2013)

A questão também foi resolvida pela corte da cidadania por meio do julgamento do Recurso n.º 1434719/MG, que entendeu devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos servidores contratados temporariamente, nos termos do artigo 37, inciso IX da Constituição Federal, quando o contrato é renovado, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CONCURSO PÚBLICO – DEPÓSITO DE FGTS – OBRIGATORIEDADE – PRECEDENTES – DECISÃO MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia a decidir se há obrigatoriedade de pagamento de FGTS em caso de exoneração de servidor contratado temporariamente sem concurso público. 2. O STF entende que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado” (AI 767.024-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24.4.2012). 3. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público

sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009). 4. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001). Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1434719/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24.04.2014, DJe 02.05.2014).

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATO TEMPORÁRIO SEM CONCURSO PÚBLICO – DEPÓSITO DE FGTS – OBRIGATORIEDADE – PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIOS NO JULGADO.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material na decisão. 2. O embargante não aponta nenhuma omissão, contradição, obscuridade ou erro material nas razões recursais, buscando apenas modificar o acórdão embargado. 3. É incabível a oposição de embargos declaratórios para prequestionamento de matéria constitucional, como forma de viabilizar a interposição de recurso extraordinário, se não há vício no acórdão embargado. 4. O STF entende que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado” (AI 767.024-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24.4.2012). 5. O STJ firmou, sob o rito do art. 543-C do CPC, entendimento no sentido de que a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS (REsp 1.110.848/RN, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 3.8.2009). 6. Por expressa previsão legal, é devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário (art. 19-A da Lei 8.036/90, incluído pela MP 2.164-41/2001). 7. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ. É cabível o exame de tal pretensão apenas em eventual juízo de admissibilidade de recurso extraordinário interposto nesta Corte Superior. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no AgRg no REsp 1440935/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03.06.2014, DJe 12.06.2014)

Cediço que o artigo 543-C do Código de Processo Civil concede aos julgados representativos de controvérsia função próxima da vinculante para os Tribunais Estaduais ou Regionais, já que a submissão de matérias a tal regime visa à uniformização da jurisprudência nacional sobre o tema, garantindo o maior grau de segurança jurídica ao vincular indiretamente as Cortes àquela decisão paradigma.

Dessa forma, não cabe mais qualquer discussão a respeito do direito do servidor público que teve seu contrato de serviço renovado ao recebimento do FGTS, já que a Corte Extraordinária reconheceu tal em caráter vinculante.

Assim, em situações como tais, é devido o FGTS pela Administração em conta aberta para tal fim e garantido o respectivo levantamento, porquanto se compara a hipótese aos casos de ocorrência de culpa recíproca na seara trabalhista, conforme jurisprudência das Cortes Especial e Extraordinária supracitadas.

Quanto à correção monetária, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (ADINs 4425 e 4357). Ao apreciar questão de ordem nos autos das ADINs 4425 e 4357, conferiu eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco inicial, para que se deixe de aplicar a regra do art. 1º-F da Lei 9.494/07 quanto à correção monetária, a data de conclusão do julgamento da referida questão de ordem, ou seja, 25.03.2015, *in verbis*:

“(...) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (i) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e 2.2.) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts. 27 das Leis nº 12.919/13 e Lei nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.”(destaquei).

Desse modo, com a publicação da referida ata de julgamento no Diário de Justiça - ATA Nº 7, de 19/03/2015. DJE nº 67, divulgado em 09/04/2015 – e diante do efeito vinculativo de referida decisão, deve ser mantida a aplicação integral da regra prevista no art. 1º-F da Lei 9.494/97 até 25.03.2015, seja em relação aos juros, seja em relação à correção monetária, a qual passará a incidir pelo IPCA somente depois dessa data.

Ex positis, dou parcial provimento ao recurso para condenar o Município de Nova Andradina ao depósito do FGTS devido ao autor, referente ao período não prescrito, acrescidos de correção monetária, nos moldes suso mencionados, da data em que cada depósito deveria ter sido realizado e juros moratórios nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, a partir da citação.

Os honorários advocatícios serão fixados em liquidação, nos termos do art. 85, § 4º, II, da Lei Processual Civil.

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. 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, 26 de junho de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0802350-34.2013.8.12.0010 - Fátima do Sul
Relator designado Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICENÇA REMUNERADA PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLÍTICA – PREVISÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90 E DA LEI ESTADUAL N. 1.102 – DESISTÊNCIA DA CANDIDATURA – AUSÊNCIA DE DOLO – ATO ÍMPROBO NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O servidor público exercente de cargo de confiança tem direito a licença, com remuneração integral do cargo como se estivesse em exercício, durante o período de afastamento para disputa de eleição de cunho político-partidário, *ex vi* do disposto no art. 1º, I, da Lei Complementar nº 64/90.

O fato de o servidor público licenciado não ter sido votado ou não ter feito campanha não é suficiente para o reconhecimento da prática de ato administrativo e para a determinação de restituição ao erário do valor recebido durante a licença.

Sentença reformada para julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que negava provimento. Julgamento nos moldes do art. 942 do CPC.

Campo Grande, 3 de abril de 2018.

Des. João Maria Lós – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Auxiliadora Benicio de Souza contra sentença proferida pelo Juízo da 2.ª Vara da Comarca de Fátima de Sul que, nos autos da ação de ação civil pública por improbidade administrativa, julgou procedente o pedido e condenou a recorrente ao ressarcimento ao erário e suspendeu seus direitos políticos.

Em suas razões recursais (f. 404-10), defende a inexistência de ato de improbidade administrativa, pois como servidora pública estadual possui direito à licença remunerada para concorrer a cargo eletivo, nos moldes do artigo 157 da Lei Estadual n.º 1.102/90.

Com base neste direito, requereu e a ela foi concedida licença para concorrer ao cargo de vereador nas eleições municipais de 2012 no município de Jateí, porém em 03/10/2012 desistiu de sua candidatura, conforme disposição legal do Código Eleitoral e da Resolução do TSE.

Discorre que não houve qualquer ilegalidade nessas situações, muito menos prática de ato visando fim proibido em lei ou regulamento, de forma que deve ser refutado o ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública.

Em relação ao suposto enriquecimento ilícito, não houve prova de conduta dolosa de sua parte, o que é requisito legal.

Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões foram juntadas às f. 414-26, com arguição preliminar de deserção, pela ausência de preparo e anterior concessão da gratuidade da justiça. No mérito, pede o desprovimento do recurso.

Parecer ministerial foi juntado às f. 434-41, com manifestação para a rejeição da preliminar e desprovimento do recurso.

VOTO (EM 27/02/2018)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Maria Auxiliadora Benicio de Souza apela contra sentença que, nos autos da ação de ação civil pública por improbidade administrativa, julgou procedente o pedido e condenou a recorrente ao ressarcimento ao erário e suspendeu seus direitos políticos.

Preliminar de não conhecimento do recurso pela deserção.

Alega o apelado em contrarrazões a necessidade do decreto de deserção, pela ausência de preparo e anterior concessão da gratuidade da justiça.

Todavia, conquanto a sentença ora recorrida tenha condenado a apelante em custas e despesas, já havia no feito declaração de hipossuficiência financeira juntada às f. 155 e há nos autos de inquérito civil documentos que ilustram o valor dos subsídios recebidos pela recorrente, que indicam a possibilidade de deferimento do benefício pleiteado.

Idêntico benefício já havia sido concedido por ocasião da interposição dos AI's n.º 1401258-20.2014.8.12.0000 e 1400200-56.2016.8.12.0000 e, ao que consta, nenhuma alteração fática foi comprovada para o sentido de revogar-se a gratuidade.

Rejeito, portanto, a preliminar, eis que a recorrente é beneficiária da gratuidade da justiça.

Mérito.

Em suas razões recursais (f. 404-10), a apelante defende a inexistência de ato de improbidade administrativa e pede a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Consta dos autos que a recorrente é servidora pública estadual, lotada na Secretaria de Estado de Saúde, ocupante de cargo de auxiliar de enfermagem, e em 25/06/2012 requereu licença para o desempenho de atividade política (f. 25), prerrogativa que lhe é afeta dada a previsão do artigo 157, da Lei Estadual n.º 1.102/90, em face do disposto no art. 1.º, II, I, da LC n.º 64/90.

A recorrente pleiteou e teve concedido o registro de sua candidatura ao cargo de vereador nas eleições municipais de 2012 no município de Jateí, como se confere dos documentos de f. 26-37, no entanto do que se extrai do Inquérito Civil n.º 005/2012, não promoveu campanha eleitoral e não teve tal intenção, tanto é que às vésperas do pleito, em 03/10/2012, desistiu de sua candidatura.

A questão é saber se houve aproveitamento da prerrogativa de licenciar-se e continuar a receber sua remuneração sem a intenção de concorrer, e se tal hipótese causa ofensa aos princípios da Administração Pública, nos termos do artigo 11, da Lei n.º 8.429/92, como acolhido na sentença.

Do que se extrai do aludido artigo 11, da LIA, “*Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os direitos de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...)*”.

Referida modalidade, segundo pacífico entendimento jurisprudencial das Cortes Superiores exige o dolo como elemento subjetivo, ou seja, há de se provar a intenção do agente quanto à violação aos princípios da administração pública, no presente caso quanto à prática do ato visando fim proibido em lei ou regulamento (11, I, LIA).

Nesse intuito, por meio do lastro probatório juntado aos autos, destaco a declaração deliberada da apelante no sentido de que “*desde o início sabia que não teria chance de se eleger, uma vez que não fez campanha para si*”, mas “*chegou a fazer campanha para outros companheiros de partido, tanto para vereador, quanto para prefeito*” (f. 52-3).

Ora, é certo que é direito do servidor público a licença remunerada para concorrer a cargo eletivo, como dispõe o artigo 157, da Lei Estadual n.º 1.102/90, *verbis*:

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.

Lógico também o direito do candidato desistir/renunciar à sua candidatura, o que foi devidamente homologado (f. 38-44) nos moldes previstos pelo Código Eleitoral e pela Resolução do TSE n.º 23.373/2011, que regulou normas do pleito eleitoral de 2012.

Nisto não há dúvida, inexistente infração legal, nem configuração de ato ímprobo.

No entanto, o cenário é outro se evidenciado que o gozo dessa licença remunerada às custas da Administração se deu sem que o servidor, efetivamente, tivesse interesse em disputar eleições e sequer campanha encete para tal fim.

O servidor candidato nada faz, e simplesmente deixa transcorrer o prazo do pleito eleitoral sem realizar campanha para si, de tal sorte que goza de licença remunerada para fim diverso daquele para a qual ela é prevista, quer seja, disputa de cargo eleitoral.

No caso, a atitude da servidora foi além disto, posto que além de não encetar qualquer campanha eleitoral para si, o fez para terceiros, seus “companheiros”, como consentido e confessado pela apelante, o que ilustra claramente a má-fé da recorrente, o desvio da finalidade da lei e o dano à Administração.

Se existe o direito à licença, há de se cumprir sua finalidade, que é possibilitar ao servidor o exercício do direito à elegibilidade de forma igualitária com qualquer outro candidato, por meio da dispensa do regular exercício funcional para que haja dedicação à campanha, propaganda e demais atos a ela inerentes, o que reforça o sistema e a própria democracia.

Se, porém, não há mínima intenção de concorrer na disputa eleitoral, não se deve permitir uma simplória interpretação legal, a ponto de distanciar-se objetivamente da motivação legal da licença, quer seja, a campanha eleitoral própria, permitindo-se que o servidor se licencie para ser candidato, registre tal candidatura e permaneça, depois disto, sem nada fazer por ela, recebendo dos cofres públicos sem trabalhar, efetivamente.

Compete ao Judiciário zelar pela fiel aplicação da Lei.

As ponderações jurisprudenciais¹ existentes sobre a necessidade de comprovar dolo, ainda que genérico, frente aos elementos puramente objetivos do pleito eleitoral, tais como o insucesso na eleição, um número mínimo de votos ou um montante necessário de investimento, realmente não caracterizam por si só o ato de improbidade.

O conjunto desses elementos, entretanto, aliado à confissão da recorrente de não ter feito campanha para si, mas sim para seus concorrentes ao mesmo cargo, demonstra o desvio de conduta da apelante, inclusive dolosa, ao continuar “*recebendo seus rendimentos sem fazer qualquer campanha a seu favor e sem trabalhar no cargo público que ocupa*” (f. 391), elementos necessários à configuração do ato de improbidade, nos moldes dispostos pelo artigo 11, da LIA.

Vejo, portanto, que houve correta interpretação dos fatos e provas trazidos aos autos e adequada foi a aplicação da Lei no presente caso, o que se coaduna ao parecer ministerial e à citação de entendimento jurisprudencial do STJ quanto ao dolo genérico exigido pela Lei:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.

2. (...) 5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”. Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. (...) 10. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 765.212/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010)

Merece ser prestigiada, portanto, a sentença condenatória.

Pelo exposto, conheço o apelo e a ele nego provimento.

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º Vogal)

¹ TJMG; APCV 1.0261.15.010896-5/001; Rel. Des. Alberto Vilas Boas; Julg. 10/10/2017; DJEMG 18/10/2017; TJMS. Apelação n. 0802347-79.2013.8.12.0010, Fátima do Sul, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 28/10/2015, p: 28/10/2015.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Maria Auxiliadora Benício de Souza em face da sentença que, nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual, determinou à requerida o ressarcimento ao erário dos valores efetivamente recebidos durante o afastamento para concorrer ao pleito eleitoral de 2012, bem como suspendeu os seus direitos políticos pelo período de três anos.

O e. Relator votou no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença condenatória.

Pedi vistas dos autos para melhor examinar a questão debatida no presente recurso.

A apelante é funcionária da Secretária de Saúde do Município de Jateí e requereu licença remunerada para concorrer à atividade política, todavia, às vésperas da eleição renunciou à sua candidatura no pleito, razão pela qual o Promotor de Justiça da localidade determinou a instalação de inquérito civil.

De acordo com o Ministério Público Estadual, o ato praticado pela apelante, consistente no gozo de licença remunerada para o exercício de atividade política implicou em enriquecimento ilícito, pois presumidamente teria se utilizado de seu afastamento remunerado para fazer campanha para outros candidatos, desviando-se da finalidade de seu afastamento remunerado.

Tenho que, ao contrário do que restou decidido, não pode ser imputada ao recorrente a prática de ato de improbidade administrativa.

O artigo 1º, I, da Lei Complementar n. 64/90 dispõe:

“São inelegíveis, 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.”

A licença para a campanha eletiva foi prevista, para os servidores estaduais, na Lei Estadual n. 1.102/90, no artigo 157, que preconiza que *“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”*.

Observa-se, assim, que a lei que trata das eleições não estabelece qualquer limitação de que o candidato deve permanecer com a campanha até o último dia, que ele deve ter alguma votação.

A lei é clara ao dispor que são inelegíveis os servidores estatutários ou não dos órgãos e entidade da administração direta da União, Estados e Municípios, inclusive Fundações, que não se afastarem até três meses anteriores ao pleito, garantindo o direito a percepção dos seus vencimentos.

Ocorre que a prova trazida pelo Ministério Público limita-se ao depoimento prestado pela Sra. Maria Auxiliadora Benício de Souza, então com 65 (sessenta e cinco) anos de idade, perante a primeira Promotoria de Justiça de Fátima do Sul, sem a presença de advogado. Ressalta-se que a apelante é servidora pública de Jateí, pessoa humilde e idosa, que não poderia ser inquerida desacompanhada de um profissional da área de advocacia.

Se a prova não for convalidada em juízo, mediante a presença de advogado com a possibilidade do contraditório, é imprestável. Ou seja, a peça informativa do inquérito policial não pode validar a condenação.

A jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça é clara ao dispor do assunto, como se observa de julgado proferido pela 4ª Câmara Cível, de Relatoria do Des. Odemilson Roberto Castro Fassa:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – LICENÇA REMUNERADA PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE POLÍTICA - PREVISÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/90 E DA LEI ESTADUAL N. 1.102 – CANDIDATO QUE NÃO OBTVEU VOTOS DO PLEITO DE 2008 E QUE DESISTIU DA CANDIDATURA NO PLEITO DE 2012 – AUSÊNCIA DE DOLO – EXIGÊNCIA DE ATOS DE CAMPANHA E DE RECEBIMENTO DE VOTOS NÃO PREVISTA EM LEI. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Para a configuração de ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, é necessária a comprovação do dolo do agente público. A Lei Complementar n. 64/90 prevê que, para se tornarem elegíveis, os servidores públicos devem se afastar do cargo até 3 (três) meses antes do pleito, “garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais” (art. 1º, II, “16”, “1”). O fato de o servidor público licenciado não ter sido votado ou não ter feito campanha não é suficiente para o reconhecimento da prática de ato administrativo e para a determinação de restituição ao erário do valor recebido durante a licença.” (TJMS. Apelação n. 0802347-79.2013.8.12.0010, Fátima do Sul, 4ª Câmara Cível, Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 28/10/2015)

Não há na legislação disposição acerca da obrigação do candidato em realizar campanha física, com distribuição de panfletos e santinhos, sendo possível, inclusive, que a mesma seja realizada por meio das redes sociais, como ocorreu nesta Capital em vereador que obteve votação expressiva.

O fato de o servidor público licenciado não ter sido votado ou não ter feito campanha não é suficiente para o reconhecimento da prática de ato administrativo e para a determinação de restituição ao erário do valor recebido.

Sendo imprestável a prova utilizada pelo Promotor de Justiça e, para caracterização do ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, necessária a comprovação do dolo do agente público, a sentença deve ser integralmente reformada para afastar a condenação da apelante à sanção de ressarcimento ao erário e suspensão dos direitos políticos.

Desta forma, por não verificar a ocorrência do ato ímprobo, hei por bem divergir do Relator para dar provimento ao recurso e julgar improcedente a pretensão inaugural, determinando a extinção da ação com resolução do mérito, na forma do artigo 487, I, do Código Processual Civil.

Nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85, deixo de condenar o sucumbente ao pagamento de custas e honorários.

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

Acompanho o voto do 1º Vogal.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que negava provimento. assim, a conclusão de julgamento fica adiada, em razão da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 03/04/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (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, vencido o relator, que negava provimento. julgamento nos moldes do art. 942 do cpc.

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, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 03 de abril de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0001785-41.2006.8.12.0013 - Jardim
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NEPOTISMO – NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA A FUNÇÃO DE GERENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO DE JARDIM – CARGO POLÍTICO – NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 – NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CASO CONCRETO – RECURSO PROVIDO.

A Súmula Vinculante nº 13 não produz efeitos quanto à nomeação de agentes políticos. O fato da referida súmula não constituir obstáculo à nomeação de agentes políticos não afasta a necessária observância dos princípios basilares do Direito Administrativo na realização do ato, em especial aos princípios da moralidade e da impessoalidade, de modo que a análise deve ocorrer no caso concreto.

Segundo entendimento jurisprudencial, a nomeação de parente para o exercício de cargo político não configura, por si só, hipótese de nepotismo.

No caso em tela não verificam indícios de irregularidade na indicação ou violação aos princípios da moralidade e impessoalidade, mormente considerando que a pasta de Assistência Social necessitava de preenchimento e, como se sabe, é secretaria importante para a coletividade e prestação de serviços essenciais à comunidade, muito comumente, à época da nomeação, ser preenchida por primeira-dama.

Tratando-se de Município pequeno onde há provável escassez de profissionais da atividade específica, é razoável a nomeação da esposa do Prefeito Municipal para o cargo de gerente de assistência social do Município, ausentes outros argumentos válidos contra sua qualificação técnica para o cargo.

Recurso provido para julgar improcedente a ação civil pública.

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.

Campo Grande, 8 de maio de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de Apelação interposta por Evandro Antônio Bazzo e Lizete Pereira Simões Bazzo, em face da sentença de fls 205/213 que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa interposta pelo Ministério Público Estadual, para o fim de condená-los a ressarcir aos cofres públicos a totalidade dos valores pagos à requerida Lizete Pereira Simões Bazzo, a título de salários desde sua contratação, corrigidos monetariamente, aos cofres públicos, em multa civil no importe de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e, na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos, com supedâneo nos artigos 4º, 5º, 10, 11 caput e inciso I, e 12, incisos II e III, parágrafo único, todos da Lei nº 8.429/92. Reconheceu, ainda, de forma incidental a inconstitucionalidade do ato que culminou com a nomeação de Lizete Pereira Simões Bazzo e a decretação de nulidade do ato de nomeação da mesma, tornando definitiva sua exclusão do quadro municipal de servidores comissionados e, assim, definitiva a decisão liminar proferida às f. 68/77.

Alegaram os apelantes, em razões de fls. 250/283, preliminarmente, a nulidade da sentença, porque proferida por juízo incompetente. Segundo aduzem, a Constituição Federal, em seu artigo 29, inciso X, estabelece uma hipótese de competência funcional, atribuindo aos Tribunais de Justiça o julgamento de prefeitos, de modo que a magistrada *a quo* é absolutamente incompetente para tanto.

Também em preliminar, defenderam a impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que o primeiro apelante, na condição de agente político, não poderia ter sido condenado por improbidade administrativa em ação civil pública, porque está legalmente submetido ao regime da ação por crime de responsabilidade.

Salientaram que os “(...) *agentes políticos estão regidos por normas próprias, tendo em vista a peculiaridade do seu afazer político, sendo juridicamente impossível ação civil pública por ato de improbidade contra eles* (...)” (f. 259).

Obtemperaram, ainda, que houve cerceamento do direito de defesa, à medida em que não lhes foi oportunizada a produção de prova testemunhal, imprescindível à demonstração da ausência de má-fé e desonestidade do primeiro apelante em nomear a segunda apelante, sua esposa, para ocupar cargo em comissão.

No mérito, afirmaram que suas condutas não caracterizam improbidade administrativa, ainda que possam ser taxadas de ilegais e violadoras dos princípios da moralidade e impessoalidade, porque não demonstrado o dolo.

Ponderaram que ainda existe muita controvérsia acerca da legalidade ou não da contratação de parentes para ocupar cargos comissionados, o que determina a improcedência dos pedidos iniciais.

Relataram que a nomeação de esposas dos prefeitos da cidade de Jardim “[...] *é praticamente uma tradição* (...)”, “[...] *de sorte que lhes pareceu lógico e razoável a mesma prática, até mesmo em vista do costume ou da tradição há muito inaugurada e praticada sem nenhum tipo de censura ou reprovação popular e da Justiça*” (f. 276).

Sustentaram, mais, que os municípios possuem autonomia para legislar e dispor sobre os critérios para o provimento dos seus cargos e, como a Lei Orgânica do Município de Jardim não veda a contratação de parentes do prefeito para o exercício de cargos em comissão, não há ilegalidade ou mesmo imoralidade no ato questionado.

Discorreram que o primeiro apelante não nomeou parentes para ocupar cargo público, apenas sua esposa, “[...] *mantendo-se fiel a uma tradição da administração pública local; prática plenamente aceita pelos costumes locais*” (f. 281).

Argumentaram que mesmo sendo reconhecida a ilegalidade e improbidade de suas condutas, não podem ser condenados a devolver os vencimentos percebidos pela segunda apelante, porque ela exerceu efetivamente o cargo para o qual foi nomeada.

Ao final, requereram o provimento do recurso, para anular a sentença ou, alternativamente, reformá-la.

Em contrarrazões, o apelado enfrentou os fundamentos do recurso e pugnou pelo seu improvimento.

Por sua vez, a Procuradoria de Justiça, em parecer às fs. 319-341, defendeu a manutenção da sentença.

Relatados os autos (f. 346/347), foram postos na sessão de julgamento do dia 30/06/2009, oportunidade em que a 1ª Câmara Cível deste Tribunal, por unanimidade, acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido *“considerando que os agentes políticos diferenciam-se dos demais agentes públicos, atuando sem subordinação ou limitação hierárquica, e são submetidos a regime político-administrativo particular”*, motivo pelo qual deu provimento ao recurso, julgando extinta, sem resolução do mérito, esta ação civil pública.

Interposto Recurso Especial (f. 367/397), o Superior Tribunal de Justiça deu-lhe provimento, *“para determinar o retorno dos autos à segunda instância, de modo que o Tribunal a quo aprecie o mérito da apelação”* (f 441).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de Apelação interposta por Evandro Antônio Bazzo e Lizete Pereira Simões Bazzo, em face da sentença de fls 205/213 que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa interposta pelo Ministério Público Estadual, para o fim de condená-los a ressarcir aos cofres públicos a totalidade dos valores pagos à requerida Lizete Pereira Simões Bazzo, a título de salários desde sua contratação, corrigidos monetariamente, aos cofres públicos, em multa civil no importe de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e, na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos, com supedâneo nos artigos 4º, 5º, 10, 11 caput e inciso I, e 12, incisos II e III, parágrafo único, todos da Lei nº 8.429/92. Reconheceu, ainda, de forma incidental a inconstitucionalidade do ato que culminou com a nomeação de Lizete Pereira Simões Bazzo e a decretação de nulidade do ato de nomeação da mesma, tornando definitiva sua exclusão do quadro municipal de servidores comissionados e, assim, definitiva a decisão liminar proferida às f. 68/77.

Alegaram os apelantes, em razões de fls. 250/283, preliminarmente, a nulidade da sentença, porque proferida por juízo incompetente. Segundo aduzem, a Constituição Federal, em seu artigo 29, inciso X, estabelece uma hipótese de competência funcional, atribuindo aos Tribunais de Justiça o julgamento de prefeitos, de modo que a magistrada *a quo* é absolutamente incompetente para tanto.

Também em preliminar, defenderam a impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que o primeiro apelante, na condição de agente político, não poderia ter sido condenado por improbidade administrativa em ação civil pública, porque está legalmente submetido ao regime da ação por crime de responsabilidade.

Salientaram que os “(...) *agentes políticos estão regidos por normas próprias, tendo em vista a peculiaridade do seu afazer político, sendo juridicamente impossível ação civil pública por ato de improbidade contra eles* (...)” (f. 259).

Obtemperaram, ainda, que houve cerceamento do direito de defesa, à medida em que não lhes foi oportunizada a produção de prova testemunhal, imprescindível à demonstração da ausência de má-fé e desonestidade do primeiro apelante em nomear a segunda apelante, sua esposa, para ocupar cargo em comissão.

No mérito, afirmaram que suas condutas não caracterizam improbidade administrativa, ainda que possam ser taxadas de ilegais e violadoras dos princípios da moralidade e impessoalidade, porque não demonstrado o dolo.

Ponderaram que ainda existe muita controvérsia acerca da legalidade ou não da contratação de parentes para ocupar cargos comissionados, o que determina a improcedência dos pedidos iniciais.

Relataram que a nomeação de esposas dos prefeitos da cidade de Jardim “(...) *é praticamente uma tradição* (...)”, “(...) *de sorte que lhes pareceu lógico e razoável a mesma prática, até mesmo em vista do costume ou da tradição há muito inaugurada e praticada sem nenhum tipo de censura ou reprovação popular e da Justiça*” (f. 276).

Sustentaram, mais, que os municípios possuem autonomia para legislar e dispor sobre os critérios para o provimento dos seus cargos e, como a Lei Orgânica do Município de Jardim não veda a contratação de parentes do prefeito para o exercício de cargos em comissão, não há ilegalidade ou mesmo imoralidade no ato questionado.

Discorreram que o primeiro apelante não nomeou parentes para ocupar cargo público, apenas sua esposa, “(...) *mantendo-se fiel a uma tradição da administração pública local; prática plenamente aceita pelos costumes locais*” (f. 281).

Argumentaram que mesmo sendo reconhecida a ilegalidade e improbidade de suas condutas, não podem ser condenados a devolver os vencimentos percebidos pela segunda apelante, porque ela exerceu efetivamente o cargo para o qual foi nomeada.

Ao final, requereram o provimento do recurso, para anular a sentença ou, alternativamente, reformá-la.

Em contrarrazões, o apelado enfrentou os fundamentos do recurso e pugnou pelo seu improvimento.

Por sua vez, a Procuradoria de Justiça, em parecer às fs. 319-341, defendeu a manutenção da sentença.

Relatados os autos (f. 346/347), foram postos na sessão de julgamento do dia 30/06/2009, oportunidade em que a 1ª Câmara Cível deste Tribunal, por unanimidade, acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido “*considerando que os agentes políticos diferenciam-se dos demais agentes públicos, atuando sem subordinação ou limitação hierárquica, e são submetidos a regime político-administrativo particular*”, motivo pelo qual deu provimento ao recurso, julgando extinta, sem resolução do mérito, esta ação civil pública.

Interposto Recurso Especial (f. 367/397), o Superior Tribunal de Justiça deu-lhe provimento, “*para determinar o retorno dos autos à segunda instância, de modo que o Tribunal a quo aprecie o mérito da apelação*” (f. 441).

É o relatório. Decido.

No caso dos autos, consoante relatado alhures, o Ministério Público Estadual propôs a presente ação civil pública indicando irregularidade na nomeação da esposa do Prefeito da cidade de Jardim para a função de Gerente de Assistência Social (fl. 171), ocorrida em 01 de janeiro de 2005, onde a mesma auferia rendimentos mensais aproximados de R\$ 4.153,31.

Analisando-se detidamente os autos, conclui-se que não há indícios de violação aos princípios da Administração Pública ou improbidade administrativa, tampouco nepotismo.

Com efeito, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal editou, em 2008 – ou seja, após da referida nomeação - a Súmula Vinculante nº 13, em que restou assentado que:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

O enunciado acima descrito deriva do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade - ADC de n. 12, do Recurso Extraordinário - RE de n. 579.951, do Mandado de Segurança - MS de n. 23.718, do que dispõe a Resolução de n. 07/2005, do CNJ, e mormente, dos princípios constantes no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que impõe ao administrador o dever de agir conforme os padrões éticos de probidade, decoro, honradez, dignidade e boa-fé.

Pois bem, sabe-se que, na maioria das vezes, a nomeação de parentes vulnera o princípio constitucional da eficiência, na medida em que visa beneficiá-los, com a designação de pessoa não necessariamente preparada para o exercício da função pública, em detrimento de outros cidadãos mais bem qualificados para o exercício de tais ocupações, o que gera uma presunção de dano à sociedade como um todo, além de possível desvio de finalidade.

Como cediço, o agente político é aquele detentor de cargo eletivo, eleito por mandatos transitórios, como os Chefes de Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, além de cargos de Ministros de Estado e de Secretários nas Unidades da Federação, os quais não se sujeitam ao processo administrativo disciplinar.

O agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92) conceitua agente público como *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”*.

Sob esta ótica, considerando que não há elementos que indiquem a intenção de desviar a finalidade do ato, tampouco de favorecimento indevido, já que é livre a nomeação para cargo político e, como assentado, o simples fato de se tratar de parente, por si só, não é indicativo de configuração de conduta ilícita, não há que se falar em nepotismo no caso dos autos.

Outrossim, deve ser levado em conta que não se questiona, no presente caso, a capacidade técnica da demandada para exercer as funções de secretária municipal de assistência social, de forma que se presume

que não há qualquer exigência legal de formação acadêmica específica na área, sendo certo que inexistem nos autos notícia de que Lizete Pereira Simões Bazzo não tivesse desempenhado de modo satisfatório as atribuições inerentes ao cargo, o que sequer foi mencionado pelo demandado na inicial ou na impugnação à contestação.

Vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria:

EMENTA: Agravo regimental na reclamação. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. Ao editar a Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. 2. A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, caput, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. 3. Agravo regimental não provido. (Rcl 19529 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. LEI 11.417/2006. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A teor do art. 7º, §1º, da Lei 11.417/2006, o prévio esgotamento das instâncias administrativas constitui condição de procedibilidade da reclamação proposta contra ato da Administração supostamente contrário a súmula vinculante. 2. O exame casuístico da qualificação técnica dos agentes para o desempenho eficiente dos cargos para os quais foram nomeados, bem como da existência de indício de fraude à lei ou de nepotismo cruzado, circunstâncias em que a nomeação de parente para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles os da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, não é possível nesta via processual. 3. Agravo regimental DESPROVIDO (Rcl 22286 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 01-03-2016 PUBLIC 02-03-2016)

EMENTA: Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude à lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula

Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente. (Rcl 7590, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 30/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido. (Rcl 6650 MC-AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-02 PP-00277 RTJ VOL-00208-02 PP-00491)

Confirmam-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. NEPOTISMO. AGENTE POLÍTICO. SÚMULA VINCULANTE 13. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Na origem, controverteu-se acerca da caracterização de nepotismo em relação a cônjuge e cunhado do Prefeito Municipal, indicados para exercerem cargos de Secretário Municipal, razão por que foram demandados em Ação de Improbidade Administrativa.

2. Inicialmente, não se pode confundir a hipótese em que o julgador afasta a aplicação da lei (ainda que sem declará-la inconstitucional) com a situação em que o magistrado deixa de examinar um determinado argumento ou dispositivo legal por já ter encontrado outros fundamentos que, por si sós, bastam à manutenção do decisor. Na espécie, o julgador dispensou o exame do preceito normativo por considerar que o entendimento adotado representava simples adesão “ao posicionamento esposado pelo próprio órgão guardião da Constituição Federal, no sentido de excluir do alcance do preceito da dita Súmula os cargos que tenham natureza política”.

3. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma que não atende ao requisito do prequestionamento a mera provocação de determinado tema, sendo indispensável que, sobre ele, tenha o órgão julgador travado efetivo debate e emitido tese. Todavia, não é o magistrado obrigado responder questionamento das partes, sendo suficiente à validade do julgamento que seja ele adequadamente fundamentado.

4. Quanto ao mérito, o próprio Supremo Tribunal Federal explicitou, em inúmeros julgamentos, o âmbito de abrangência da Súmula Vinculante 13, excluindo do seu alcance os cargos de natureza política. No mesmo sentido, o julgamento, no STJ, do RMS 32.992/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2012. Incidência da súmula 83/STJ.

5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 326.260/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. AGENTES POLÍTICOS. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. Trata-se, originariamente, de Mandado de Segurança contra ato da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva, que determinou ao ora recorrente, prefeito municipal, que exonerasse sua esposa e filho dos cargos de secretário para os quais foram nomeados - ato que descumpria TAC firmado com administrador anterior para que se evitasse nepotismo. O Tribunal a quo denegou a Segurança.

2. Em princípio e per se, não há nepotismo para as hipóteses de nomeação de agentes políticos. Pode-se, contudo, verificar in concreto a possibilidade de nepotismo cruzado ou outra violação que atente contra parâmetros ético-jurídicos que balizam a moralidade administrativa. Nesse sentido, STF, RE 579.951, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 20.8.2008, Repercussão Geral; STF, Rcl 6.650 MC-Agr, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 16.10.2008.

3. Não há nos autos elementos concretos que indiquem a ilegalidade da nomeação de parentes para cargo político de secretário.

4. Recurso Ordinário provido para conceder a Segurança e determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir a exoneração por ela determinada. (RMS 32.992/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012)

Por conseguinte, como se vê do entendimento jurisprudencial, a nomeação de parente para o exercício de cargo político não configura, por si só, hipótese de nepotismo, uma vez que no caso em tela não verificam indícios de irregularidade na indicação ou violação aos princípios da moralidade e impessoalidade, mormente considerando que a pasta de Assistência Social necessitava de preenchimento e, como se sabe, é secretaria importante para a coletividade e prestação de serviços essenciais à comunidade, muito comumente, à época da nomeação, ser preenchida por primeira-dama.

Ademais, não veio para os autos informação de que a gerente não tenha desempenhado corretamente suas atribuições ou que fosse pessoa despreparada e desqualificada para tanto.

É exatamente este o entendimento deste Tribunal. Senão, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA O CARGO DE SECRETÁRIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO. CARGO POLÍTICO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13. POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CASO CONCRETO. TUTELA INDEFERIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Súmula Vinculante nº 13 não produz efeitos quanto a nomeação de agentes políticos, mas apenas para cargos em comissão e função de confiança, sendo ambos de natureza técnica. 2. O fato da referida Súmula não constituir obstáculo a nomeação de agentes políticos não afasta a necessária observância dos princípios basilares do Direito Administrativo na realização do ato, em especial aos princípios da moralidade e da impessoalidade, de modo que a análise deve ocorrer no caso concreto. 3. O exame casuístico da qualificação técnica dos agentes para o desempenho eficiente dos cargos para os quais foram nomeados, bem como da existência de indício de fraude à Lei ou de nepotismo cruzado, circunstâncias em que a nomeação de parente até mesmo para cargo político mostra-se atentatória aos princípios que norteiam a atividade do administrador público, dentre eles os da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, não é possível nesta via processual. (STF, Rcl 23131 Agr). 4. Tratando-se de Município pequeno onde há provável escassez de profissionais da atividade específica, é razoável

a nomeação da esposa do Prefeito Municipal, com especialização na área educacional, para o cargo de Secretária da Assistência Social do Município, inclusive por tratar-se de duas áreas pertencentes ao mesmo tronco, dos direitos sociais (art. 6º, caput da CF), ausentes outros argumentos válidos contra sua qualificação técnica para o cargo político. 5. Recurso desprovido. (TJMS; AI 1404646-68.2017.8.12.0000; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJMS 25/09/2017; Pág. 56)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. NOMEAÇÃO DA ESPOSA DO PREFEITO PARA SECRETÁRIA MUNICIPAL. CARGO POLÍTICO. SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. INEXISTENTE NEPOTISMO. EDIÇÃO DE DECRETO MUNICIPAL DE CONTENÇÃO DE GASTOS. NOMEAÇÃO NO DIA SEGUINTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSENTE. NÃO PREVISTA EXTINÇÃO DE CARGOS OU SECRETARIAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PASTA IMPORTANTE. CARGO JÁ EXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Não se configura prática de nepotismo e violação à Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal, a nomeação de parente para ocupar cargo de secretário municipal, visto que se trata de cargo de natureza política não abrangido pelo enunciado. Pelo Decreto Municipal contendo medidas para contenção de gastos, não há, dentre as determinações, a extinção de cargos, suspensão de nomeações ou extinção de secretarias. Assim, considerando que a pasta de Assistência Social necessitava de preenchimento e, como se sabe, é secretaria importante para a coletividade e prestação de serviços essenciais à comunidade, se não fosse a requerida a ocupar a secretaria, haveria a indicação de outra pessoa para tanto. E, considerando que não veio para os autos informação de que a secretária não tenha desempenhado corretamente suas atribuições ou que fosse pessoa despreparada e desqualificada para tanto, inexistente irregularidade ou ilegalidade na indicação em tela. (TJMS; APL 0800974-34.2013.8.12.0003; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Marcos José de Brito Rodrigues; DJMS 24/04/2017; Pág. 100)

E, também, dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Pernambuco:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Nomeação pela municipalidade de Santa Clara D'Oeste da esposa do Prefeito Municipal para o exercício de função estritamente política. Nepotismo não caracterizado. Ação improcedente. Sentença confirmada. (TJSP; APL 0004813-48.2013.8.26.0541; Ac. 9858652; Santa Fé do Sul; Quarta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Ricardo Feitosa; Julg. 26/09/2016; DJESP 07/11/2016)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APELAÇÕES. NEPOTISMO. MA-FÉ NÃO COMPROVADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. DEVOLUÇÃO DE VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA ATINENTE AO EFETIVO EXERCÍCIO DO CARGO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELOS RÉUS A QUE SE DÁ PROVIMENTO. RECURSO DO AUTOR A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Aduziu o Ministério Público que conforme documentação inserta aos autos via Inquérito Civil de nº: 03/2015, recebeu notícia de fato, dando conta de diversas irregularidades cometidas no âmbito da administração municipal, dentre elas a prática de nepotismo pelo primeiro demandado, atual Prefeito, em favor da esposa do atual vice-prefeito, uma vez que ela foi empossada no cargo comissionado de Assessora Especial de Saúde. 2. A figura do nepotismo, embora possa encontrar variadas definições, tem sido delineada historicamente como o meio pelo qual familiares daqueles que detêm, ainda que temporariamente, o poder estatal, são beneficiados por nomeação para cargos públicos e/ou outras benesses, visando aumentar o poder político e econômico do grupo familiar às custas do erário e em detrimento da sociedade em geral. 3. A princípio, a conduta do Prefeito Municipal poderia ser enquadrada

na hipótese prevista pelo caput deste artigo 11, por violação aos deveres de imparcialidade e legalidade com a nomeação de servidora, cuja proibição estava inserida, segundo o Ministério Público, na Súmula Vinculante nº. 13 do STF e na Recomendação Ministerial aceita pelo prefeito por meio do ofício GP n. 180/2013 (fls. 43/45; 39/40); porém, tal fato é insuficiente a gerar a responsabilização e a punição prevista pela legislação em comento. 4. Com efeito, tal como apontado pela Douta Procuradoria de Justiça em seu parecer de fls. 222/226, a servidora nomeada não possui vínculo de parentesco com a autoridade nomeante (Prefeito), e o Vice-Prefeito, de quem é esposa, não exerce cargo de direção, chefia ou assessoramento. 5. Ademais, entendo que a boa-fé é presumida, devendo a má-fé ser comprovada, o que não ocorreu no presente caso. Portanto, se não há comprovação de que a nomeada recebeu seus vencimentos sem que tenha exercido suas funções, não há de se falar em devolução de salários, sob pena de autorizar o enriquecimento sem causa do Poder Executivo Municipal. 6. Constata-se, portanto, que a má-fé não ocorreu no presente caso, em que a nomeada já havia ocupado o cargo em comissão em mandato executivo anterior, antes mesmo da eleição do agora nomeante e processado, permanecendo a boa-fé. 7. Apelação dos réus a que se dá provimento, julgando improcedente a ação, com o consequente improvimento do recurso do Ministério Público. (TJPE; APL 0000231-91.2015.8.17.0700; Rel. Des. Waldemir Tavares; Julg. 09/11/2017; DJEPE 06/12/2017)

Enfim, sob qualquer ângulo que se analise esta ação civil pública, não se vislumbra qualquer vício ou ilegalidade decorrente da nomeação da requerida Lizete Pereira Simões Bazzo para o exercício da função de Gerente de Assistência Social (fl. 171) do Município de Jardim, ocorrida em 01 de janeiro de 2005 (f. 171).

Diante do exposto, e contra o parecer, dou provimento ao recurso de apelação, para julgar improcedente a presente ação civil pública.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 08 de maio de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800007-53.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA (CPC/15, ART. 10) – INEXISTÊNCIA – APLICAÇÃO DO ESTRITO DIREITO CONSTITUI DEVER DO MAGISTRADO, RESTANDO INFENSA À PRÉVIA OITIVA DAS PARTES ENVOLVIDAS – MÉRITO – INVOCAÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE IPTU POR SINDICADO DE PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO – VERIFICAÇÃO DE QUE O IMÓVEL EM QUESTÃO FOI DESTINADO À SIMPLES RECREAÇÃO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE FINALIDADES ESSENCIAIS – OBSERVÂNCIA DA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

Conforme a compreensão do STJ, a aplicação da lei é dever de ofício do juiz. A imposição de oitiva prévia dos contendores incide tão somente quanto a fatos inéditos na demanda, não ao direito.

Segundo a orientação pacífica do STF, a imunidade tributária disposta no 150, VI, “c”, da CF encontra-se atrelada à específica proteção do exercício da liberdade sindical, não se aplicando a hipóteses alheias a seus fins essenciais, tais como a destinação a simples recreação.

Indemonstrados os pressupostos da benesse, a manutenção da improcedência dos embargos é medida que se impõe.

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 a preliminar e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 8 de maio de 2018.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

ACP – Sindicato Campo-grandense dos Profissionais da Educação Pública interpõe apelo (f. 141-159), inconformada com a sentença (f. 128-138) que julgou improcedentes os embargos à execução promovidos em desfavor do Município de Campo Grande–MS, condenando-o ao pagamento das custas e honorários fixados em 10% sobre o proveito econômico discutido.

Aponta incorreção e pugna pela reforma, aduzindo que: a sentença é nula, pois o magistrado aplicou fundamento de direito, relativo à ausência de finalidade essencial do imóvel sob o qual se requer a imunidade, sem ouvir previamente a parte embargante; os pressupostos para a concessão da imunidade foram todos preenchidos, havendo presunção constitucional a favor da outorga da benesse.

Recurso tempestivo, irrespondido e regularmente processado.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelo interposto por ACP – Sindicato Campo-grandense dos Profissionais da Educação Pública (f. 141-159), inconformada com a sentença (f. 128-138) que julgou improcedentes os embargos à execução promovidos em desfavor do Município de Campo Grande–MS, condenando-o ao pagamento das custas e honorários fixados em 10% sobre o proveito econômico discutido.

Aponta incorreção e pugna pela reforma, aduzindo que a sentença é nula, pois o magistrado aplicou fundamento de direito, relativo à ausência de finalidade essencial do imóvel sob o qual se requer a imunidade, sem ouvir previamente a parte embargante; os pressupostos para a concessão da imunidade foram todos preenchidos, havendo presunção constitucional a favor da outorga da benesse.

A súplica é incapaz de progredir.

Preliminarmente, de nulidade não há se falar no caso.

Ao contrário do incorreto entendimento defendido no apelo, a aplicação da lei é dever de ofício do juiz. A imposição de oitiva prévia dos contendores incide tão somente quanto a fatos inéditos na demanda, não ao direito.

Nesse sentido, tem decidido o STJ:

“O fundamento ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure” (STJ. EDcl no REsp 1280825/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

Sendo assim, tendo o magistrado aplicado o direito em face de fatos e documentos já controversos no feito, invalidade alguma impera neste processo.

Superada tese de nulidade, melhor sorte não assiste quanto ao mérito.

Cuida-se de embargos do devedor ativados pelo sindicato de profissionais da educação pública, almejando o decreto de imunidade em relação à exação de IPTU em determinada área tributada pelo Município de Campo Grande - MS.

Todavia, conforme a percuciente análise do juiz, é incabível a fruição da norma negativa do exercício de competência tributária disposta no artigo 150, VI, “c”, da CF, pois a área em questão diz respeito à propriedade clausulada para construção de espaço recreativo alheio aos fins essenciais da referida associação.

Tal posicionamento sintoniza com a orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal:

“O Tribunal de origem concluiu que o imóvel destinado à Colônia de Férias não se relacionaria com as finalidades essenciais do sindicato, razão pela qual não

estaria imune à incidência do IPTU. Conforme expresso na decisão agravada, no caso dos autos, a discussão relativa a finalidade do imóvel para fins de caracterização da imunidade tributária ensejaria o reexame de fatos e provas, ao que não se presta o recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. (STF. AI 742339 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IPTU. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. IMUNIDADE. CF/88, ARTIGO 150, VI, 'C' e § 4º. UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL NAS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ASSOCIAÇÃO. VERIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. A imunidade tributária e o preenchimento dos seus requisitos constitucionais (CF, art. 150, VI, 'c') e legais não são aferíveis no e. STF posto encerrar a matéria o reexame de conteúdo relativo a fatos e provas inseridos nos autos, o que é inviável nesta instância mercê do teor da Súmula 279/STF, verbis: 'Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário'. Agravo regimental provido para não conhecer do recurso extraordinário" (RE nº 625.529/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15/8/11).

"As imunidades tributárias de natureza política destinam-se a conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições. Constituem, por isso mesmo, expressões significativas das garantias de ordem instrumental, vocacionadas, na especificidade dos fins a que se dirigem, a proteger o exercício da liberdade sindical (...)" (Excerto do voto do Ministro Celso de Melo na ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1993, DJ 18-03-1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755).

Sendo assim, a área de recreação em questão em nada condiz com os pressupostos constitucionais da concessão de imunidade, razão pela qual, a manutenção da improcedência, à luz das particularidades fáticas do presente litígio, é medida que se impõe.

Em face do exposto, conheço apelo, mas nego-lhe provimento, mantendo indene a sentença objurgada.

Considerado o artigo 85, § 11º, da Lei 13.105/2015, majoro os honorários fixados ao porte de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 08 de maio de 2018.

Mutirão - Câmara Cível I - Provimento nº 391/2017
Apelação nº 0806618-24.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PEDIDO DE VENDA ANTECIPADA DE BEM COMUM – AUTOR/APELANTE CONCEDEU EM ACORDO JUDICIAL DE DIVÓRCIO USUFRUTO DE SUA MEAÇÃO DO IMÓVEL À EX-ESPOSA COMO AUXÍLIO NA VERBA ALIMENTAR DAS FILHAS MENORES – FILHAS QUE COMPLETARAM MAIORIDADE – PEDIDO DE VENDA DO BEM PARA RETOMADA DE SUA MEAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ACORDO QUE NÃO FIXA TERMO FINAL DO USUFRUTO – NECESSIDADE DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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

Campo Grande, 22 de março de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Carlos Leal da Silva interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau que julgou improcedente a ação de venda antecipada de bem comum ajuizada em face de Zilda Maria do Amaral Silva.

Aduz o apelante que embora o julgador singular tenha entendido que não há no termo de separação previsão sobre o termo final para vigência do usufruto em favor da apelada, o acordo é suficientemente claro ao prever que a benesse foi concedida como parte na ajuda dos alimentos; que se quisesse conceder permanentemente sua fração do imóvel em favor da apelada, este teria grafado que o ato se daria a título de doação. Fundamenta que sua filha Djyennyffer Rhanyelly Amaral da Silva hoje possui 26 anos e Betina Amaral da Silva 21, deixando de existir seu dever de prestar alimentos, extinguindo também o usufruto concedido. Assim, pede também seja a apelada condenada ao pagamento do valor dos alugueis, na proporção de 50%, pelo uso do imóvel após o término do usufruto (meados de 2014) até a presente data.

Contrarrazões às fls. 106/115.

VOTO (EM 22/02/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Carlos Leal da Silva interpõe recurso de apelação contra decisão de 1º Grau que julgou improcedente a ação de venda antecipada de bem comum ajuizada em face de Zilda Maria do Amaral Silva.

Conforme já relatado, o apelante afirma em seu recurso que embora o julgador singular tenha entendido que não há no termo de separação previsão sobre o termo final para vigência do usufruto em favor da apelada, o acordo é suficientemente claro ao prever que a benesse foi concedida como parte na ajuda dos alimentos; que se quisesse conceder permanentemente sua fração do imóvel em favor da apelada, este teria grafado que o ato se daria a título de doação.

Fundamenta que sua filha Djyennyffer Rhanyelly Amaral da Silva hoje possui 26 anos e Betina Amaral da Silva 21, deixando de existir seu dever de prestar alimentos, extinguindo também o usufruto concedido.

Assim, pede também seja a apelada condenada ao pagamento do valor dos aluguéis, na proporção de 50%, pelo uso do imóvel após o término do usufruto (meados de 2014) até a presente data.

Pois bem, compulsando o feito, é possível notar que, tal como entendeu o julgador de piso, o acordo celebrado entre as partes não há qualquer prazo final para o usufruto concedido, vejamos (f. 12):

“Com relação à parte do varão, ou seja 50% do imóvel ele entrega em usufruto à mulher, como parte na ajuda dos alimentos”

Ainda, mesmo que não fosse esse o entendimento deste julgador, tenho que a demanda correta para o apelante reaver seu imóvel seria de exoneração de alimentos, pois foi a este título que ele concedeu o usufruto do imóvel à apelada.

Desta feita, no meu sentir, a apelante não comprovou os fatos por ela alegados, sendo certo que o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito reclamado é da autora/apelante, nos termos do art. 373, I do CPC/2015, vejamos:

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.

Alexandre Freitas Câmara, em sua obra Lições de Direito Processual Civil, Vol. I, Lumen Juris Editora, 2009, p. 381, faz importante apontamento sobre o tema, o qual transcrevo abaixo:

“(...) a distribuição dinâmica do ônus da prova não é regra, mas exceção. Como regra geral, e para que se tenha segurança nas relações processuais, aplica-se a máxima tradicional, segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação objeto da prova. Excepcionalmente, e como forma de assegurar a isonomia entre os sujeitos parciais do processo, o juiz poderá determinar, por decisão fundamentada, a inversão do ônus probatório, sempre que verificar que a parte a quem tal ônus normalmente incumbiria não tem mínimas condições de produzir a prova e a parte adversária tem condições totais de o fazer.”

Dessa forma, a teoria clássica do ônus da prova determina que ao autor compete a produção de prova quanto ao fato constitutivo do direito alegado na inicial, e ao réu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, é oportuno mencionar os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart na obra “Prova” (RT, 2009, p. 57), segundo os quais “*a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência*”.

Nesse sentido:

“**EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ÔNUS DA PROVA FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO ALEGADO – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.** O ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito (artigo 333, I, CPC)”. (TJMS - Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2006.005299-7/0000-00 – Corumbá, Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, Quinta Turma Cível, 9.7.2009).

Conclusão:

Diante do exposto, sem mais delongas, conheço do recurso de apelação interposto por Carlos Leal da Silva, contudo nego-lhe provimento, mantendo na íntegra a decisão atacada e, conseqüentemente fixo-lhe honorários recursais no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 22/03/2018)

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

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Carlos Leal da Silva interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da Ação de Venda de Bem Comum promovida em face de Zilda Maria do Amaral Silva. Sustentou que o usufruto dos 50% que lhe cabia sobre o bem imóvel foi entregue como parte de ajuda dos alimentos devidos às filhas ainda menores; que, ao contrário do que entendeu a juíza da causa, apesar de não haver sido estipulado o termo final, a intenção do apelante não era conceder permanentemente sua fração do imóvel em favor da apelada; que a obrigação imposta restou desconstituída com a maioria das filhas; que, ainda que o dever de prestação de alimentos do apelante possa ter intentado incluir a ex-cônjuge, tal dever também estaria cessado em razão da apelada ter contraído novo matrimônio/concubinato. No mais, destacou o direito quanto ao recebimento de aluguel a ser calculado sobre o valor venal do imóvel. Pugnou pelo provimento do recurso.

O ilustre Relator em seu voto negou provimento ao recurso.

De fato, o acordo firmado entre as partes, ao tratar dos alimentos a que estaria obrigado o apelante, dispôs que este entregaria a sua mulher/apelada a fração ideal do imóvel que lhe pertencia (50%), a título de usufruto, como parte dos alimentos, sem que para tanto fosse fixado termo final.

Confira:

“*Com relação a parte do varão, ou seja, 50% do imóvel ele entrega em usufruto à mulher, como parte na ajuda dos alimentos.*” (f. 12) destaqui.

Note-se que em momento algum houve qualquer alusão aos alimentos devidos às filhas menores, ou ainda, se tal obrigação perduraria até que completassem a maioridade. Diante de tais circunstâncias, a princípio, poder-se-ia dizer que os alimentos também seriam para a ex-mulher.

Portanto, como bem destacado pelo ilustre Relator, para que o autor possa requerer a venda desse bem comum, deve primeiro desconstituir a obrigação alimentar instituída, não sendo possível presumir sua extinção em razão das filhas serem maiores ou ainda de estar a apelada supostamente vivendo com terceira pessoa, exigindo tal declaração ação própria.

Posto isto, acompanhando o ilustre Relator, conheço e nego provimento ao presente recurso, ficando, pois, majorados os honorários de sucumbência em mais 3%, devendo, contudo, ser observado o disposto no art. 98, § 3º, do CPC, uma vez que o autor é beneficiário da justiça gratuita.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 março de 2018.

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1402356-46.2018.8.12.0000 - Três Lagoas
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL E MATERIAL – INFIDELIDADE DA EX-COMPANHEIRA E ERRO QUANTO À PATERNIDADE DO FILHO CAÇULA – OFENSA A DIREITOS DA PERSONALIDADE – COMPETÊNCIA JUÍZO CÍVEL.

O tema principal da presente lide não é a violação dos deveres matrimoniais, mas sim a eventual ofensa à moral do autor, após o término da relação conjugal, com a descoberta da infidelidade da ex-companheira e da falsa paternidade de seu filho caçula, sendo assim, competência do juízo residual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de abril de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

L. P. de S., interpõe agravo de instrumento com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela em face de A. C. F. de M. insurgindo-se contra decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, em ação de reparação de danos materiais e morais decorrente de violação de deveres conjugais, rejeitou o pedido de remessa do feito à Vara de Família.

Defende, preliminarmente, o cabimento do presente recurso ante uma interpretação analógica ou extensiva do artigo 1.015, inciso III do Código de Processo Civil.

Sustenta que as partes haviam acordado pela suspensão do prazo de contestação, até a análise do pedido em relação à competência do juízo, o qual foi apreciado, tendo sido, sem fundamentação, rejeitado.

Deste modo, afirma que a decisão seria nula, por ser imotivada.

No mérito, alega que apesar de se tratar de ação indenizatória, a causa de pedir se refere ao dever de fidelidade na relação matrimonial, bem como à paternidade de um filho das partes.

Requer a concessão do efeito suspensivo para obstar o início da contagem do prazo para apresentação de contestação até que haja a decisão definitiva sobre a competência.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso com o reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo da 4ª Vara Cível de Três Lagoas, determinando a remessa dos autos ao Juízo da 1ª Vara Cível de Família da mesma comarca.

Às f. 109-116 o recurso foi recebido nos efeitos devolutivos e suspensivo.

A parte agravada apresentou contraminuta às f. 121-125.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por L. P. de S., com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela em face de A. C. F. de M. insurgindo-se contra decisão proferida pelo juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Três Lagoas que, em ação de reparação de danos materiais e morais decorrente de violação de deveres conjugais, rejeitou o pedido de remessa do feito à Vara de Família.

O presente recurso é tempestivo e satisfaz todos os requisitos formais de admissibilidade, dessa forma, passo ao exame do agravo de instrumento interposto.

O cerne da questão de mérito posta em debate limita-se em determinar a competência para julgar a ação de reparação de dano moral decorrente de quebra de dever conjugal.

Inicialmente, alega a agravante que a decisão seria nula, ante a ausência de fundamentação.

Sem razão.

O juízo ao analisar o pedido de reconhecimento de incompetência assim se pronunciou:

“Rejeito o pedido de remessa do feito à Vara de Família. Embora a ação verse sobre adultério e discuta relação familiar, funda-se em pedido indenizatório, sendo a competência para o julgamento das varas cíveis residuais da Comarca.” (f. 32)

Como se vê, embora sucinta, a decisão agravada não é carente de fundamentação, não podendo, portanto, ser considerada nula, nos termos do art. 11, do Código de Processo Civil/2015.

Pois bem. Em relação à competência para julgar a ação de reparação de danos morais, entendo que também não merece reparos a decisão proferida.

Conforme se depreende dos autos, o autor/agravado e a agravante mantiveram união estável, da qual nasceram 2 filhos. Contudo, recentemente, ao ser citado em ação de reconhecimento de paternidade, descobriu o agravado que o caçula seria fruto de caso extraconjugal.

Com base neste fato, pede a indenização por danos materiais, decorrente do pagamento da pensão alimentícia, bem como dano moral pela humilhação sofrida.

A Resolução 221, deste E. Tribunal de Justiça, estabelece em seu artigo 2º, a, que:

“a) aos das Varas de Família e Sucessões, processar e julgar as ações e incidentes relativos à família em geral, ao casamento, divórcio e separação, à capacidade das pessoas, aos alimentos, as relativas à convivência comum, decorrentes do companheirismo, aos inventários, aos arrolamentos, às sobrepartilhas de bens, às habilitações de créditos, a

testamento, à anulação de partilha e, em geral, a todo e qualquer feito relativo a sucessões e seus respectivos incidentes;”

Observa-se que o tema principal da presente lide não é a violação dos deveres matrimoniais, mas sim os eventuais danos sofridos pelo autor, após o término da relação conjugal, com a descoberta da infidelidade da ex-companheira da falsa paternidade de seu filho caçula.

Logo, o objeto da presente ação são os direitos da personalidade ofendido com a conduta da parte requerida/agravante, os quais pertencem à responsabilidade civil e não ao direito de família.

Assim, não se vislumbra justificativa para que a ação de reparação de danos seja processada perante o juízo especializado.

Ressalto que jurisprudencialmente o entendimento sobre o tema não é pacificado, porém a maioria dos tribunais entende que a competência é da Vara Cível, tendo em vista que a ação indenizatória trata-se de responsabilidade civil.

Neste sentido são os julgamentos abaixo:

RECRUSO INOMINADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SUPOSTA TRAIÇÃO CONJUGAL – SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUIZADO ESPECIAL, RECONHECENDO A COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA CAUSA – SENTENÇA REFORMA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL PARA CONHECER DA AÇÃO INDENIZATÓRIA – FEITO INSTRUÍDO, APTO PARA JULGAMENTO – JULGAMENTO DO MÉRITO – TRAIÇÃO – EX-MARIDO PRETENDE INDENIZAÇÃO POR SUPOSTA TRAIÇÃO DA EX-ESPOSA – SITUAÇÃO VEXATÓRIA NÃO DEMONSTRADA – ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA AO AUTOR – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – PEDIDO CONTRAPOSTO TAMBÉM IMPROCEDENTE, POIS NÃO DEMONSTRADO QUE O AUTOR DENEGRIU A IMAGEM DA AUTORA – SENTENÇA REFORMADA. (TJPR – 1ª Turma Recursal – RI 0003696-77.2012.8.12.01390 – Rel. Juíza Leticia Guimarães – julgamento 20/10/2014 – publicação 22/10/2014)

COMPETÊNCIA – Foro – Pedidos – Cumulação – Indenização por dano moral fundado na conduta ilícita imputada ao réu e pedido de separação judicial (litigiosa) – Ajuizamento perante o Juízo de Família – Impossibilidade – Pedidos que não podem ser cumulados – Hipótese em que se busca exclusivamente efeito patrimonial decorrente da infração dos deveres do casamento, não versando a lide matéria ligada à proteção à família – Competência do Juízo Cível reconhecida – Recurso desprovido.” (TJSP – Agravo de Instrumento n. 496.500-4/0-00/São Paulo, 10ª Câ. Dir. Priv., rel. Testa Marchi, j. 04.09.2007, v.u.)

EMENTA – AÇÃO VISANDO INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS COMPETÊNCIA – INDENIZAÇÃO – JUÍZO CÍVEL – DANOS MORAIS – ADULTÉRIO – POSSIBILIDADE. 1. O ato ilícito alegado, muito embora decorrente de relação familiar, embasa pedido indenizatório, matéria afeta à esfera cível, cuja competência para julgamento não se inclui naquelas atribuídas às varas de família. Entendimento apoiado na Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios. (TJDFT, Apelação Cível no Juizado Especial nº 2006.05.1.008663-8, Relator Sandoval Oliveira.)

Em caso semelhante, envolvendo juízo especializado e juízo residual, esta E. Corte Estadual, determinou que seria competência do juízo residual, *in verbis*:

EMENTA – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL RESIDUAL – EXEGESE DO ARTIGO 33 DA LEI 11.340/2006 C/C ARTIGO 2º, I, “k”, DA RESOLUÇÃO 221/94, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL – CONFLITO CONHECIDO E ACOLHIDO PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL RESIDUAL.

1. Nos termos do artigo 2º, alínea “k”, da Resolução 221/94, aos juízes das varas da violência doméstica e familiar contra a mulher, “compete processar, julgar e executar as causas criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, inclusive a execução de penas restritivas de direitos aplicadas em substituição às privativas de liberdade, nos termos da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 e, igualmente, as Cartas Precatórias extraídas de processos fundados na mesma lei”.

2. Não são todas e quaisquer ações cíveis envolvendo o casal litigante que irão se processar perante a vara de violência doméstica contra a mulher, mas tão-somente aquelas medidas de urgência, que podem redundar, preventiva ou incidentalmente, na necessidade de ajuizamento de ações cíveis destinadas à proteção da incolumidade da mulher, objetivo maior da lei 11.340/2006, como, por exemplo, o afastamento do marido do lar conjugal, para evitar a perpetração de nova violência; busca e apreensão de coisas; cautelares inominadas que objetivam medidas protetivas à mulher quanto à sua incolumidade física.

3. Todavia, em se tratando de pedido de indenização por dano moral, que demanda urgência, a competência, pela especialidade da matéria e pelos fundamentos do pedido, é de uma das varas cíveis residuais.

4. Conflito negativo conhecido e acolhido para, com o parecer do Ministério Público, declarar a competência, no caso, da 5ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, MS, para o processo e julgamento do pedido de indenização por danos morais. (Conflito de Competência n. 160131.11.2014.8.12.0000 – Rel. Des. Dorival Renato Pavan - 4ª Câmara Cível – julgado em 18/03/2014 – publicado em 27/03/2014) (G.N)

Diante de todo o exposto, entende-se que o juízo competente para interpor a ação de dano moral fundamentada na infidelidade conjugal, é do juízo cível, conforme determinado na decisão objurgada.

Isto posto, conheço do agravo de instrumento interposto por L. P. de S., contudo, 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. 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 03 de abril de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0837735-36.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO TRIBUTÁRIO – ISSQN – LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 116/2003 – BONIFICAÇÃO CONCEDIDA POR MONTADORA DE VEÍCULO – MERO INCENTIVO DE VENDA – INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – AUTUAÇÃO DO TRIBUTO INDEVIDA – SENTENÇA REFORMADA PARA DECLARAR NULA TAMBÉM A TRIBUTAÇÃO DE RECEITA RECEBIDA A TÍTULO DE *HOLD BACK* – RECURSO DO CONTRIBUINTE – CONHECIDO E PROVIDO – RECURSO DO MUNICÍPIO – CONHECIDO E 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, negar provimento ao recurso do Município de Campo Grande e dar provimento ao apelo de Auto Master Veículos Ltda., nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Auto Master Veículos Ltda e Município de Campo Grande interpõem recursos de apelação inconformados com a sentença proferida pelo juízo recorrente, nos autos da ação anulatória de tributo – ISSQN, movida pela primeira apelante em face da segunda.

A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para anular o AI n. 1.002.357-01/09, não alcançando a receita da conta n.6220011200.

Auto Master Veículos Ltda apela em relação à única conta julgada improcedente, de n. 6220011200. Afirma que esta receita foi equivocadamente denominada de bônus sobre venda de consórcio, sendo, na verdade, compensação de valores recolhidos pela montadora a título de *Hold Back* (f. 243/259). Assim, não se trata de uma entrada de receita decorrente de prestação de serviço.

Nesses termos, “a conta n. 6220011200 deve receber o mesmo tratamento das contas n. 6220010400 e n. 6220010600, isto é, a não incidência de ISS, pois não se insere no critério material desse imposto (...)”.

Assim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de a anulação do Auto de Infração também abarque a receita referida acima.

O Município de Campo Grande aduz que ocorreu um erro de apreciação na decisão do magistrado *a quo*, já que não se trata da venda do veículo, mas sim, do bônus do valor recebido a título da política que a empresa executa sem qualquer autonomia em função da montadora.

Afirma que, não se fala da sobreposição da taxa de ISSQN sobre o veículo, que claramente, recolhe imposto estadual (ICMS). Tão somente, se questiona os valores recebidos a título de bônus que não são taxados por nenhum dos tributos.

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso para, reformando a decisão, reconhecer a legitimidade do auto de infração.

Contrarrazões da Auto Master Veículos Ltda às f. 564/566.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Auto Master Veículos Ltda e Município de Campo Grande interpõem recursos de apelação inconformados com a sentença proferida pelo juízo recorrente, nos autos da ação anulatória de tributo – ISSQN, movida pela primeira apelante em face da segunda.

Recurso da Auto Master Veículos Ltda

A empresa apela em relação à única conta julgada improcedente, de n. 6220011200.

Afirma que esta receita foi equivocadamente denominada de bônus sobre venda de consórcio, sendo, na verdade, compensação de valores recolhidos pela montadora a título de *Hold Back* (f. 243/259). Assim, não se trata de uma entrada de receita decorrente de prestação de serviço.

Nesses termos, “a conta n. 6220011200 deve receber o mesmo tratamento das contas n. 6220010400 e n. 6220010600, isto é, a não incidência de ISS, pois não se insere no critério material desse imposto (...)”.

Pois bem.

O ISSQN (impostos sobre serviços de qualquer natureza) se trata de imposto municipal, cuja previsão constitucional está no art. 156, III. Confira-se:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Em comentário sobre o ISSQN, Ricardo Alexandre esclarece:

“Segundo o art. 156, III, da CF/1988 compete aos Municípios instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. Assim, ressalvados os serviços constitucionalmente colocados sobre o campo de incidência do ICMS (comunicação e transporte interestadual e intermunicipal), qualquer serviço pode ser tributado pelos Municípios, desde que definido em lei complementar. O tributo possui nítida finalidade fiscal, constituindo-se em importante

fonte de recursos para o desempenho da atividade financeira dos Municípios.” (Direito tributário esquematizado / Ricardo Alexandre. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 580)

O fato gerador do ISSQN corresponde à prestação de serviços constantes da Lista anexa à LC nº 116/2003. Consta do item 10.05 da Lista anexa à LC nº 116/2003, como passível de tributação pelo ISSQN a intermediação de bens móveis.

Confira-se:

“Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

(...)

10.05 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios.”

No caso, é incontroversa a atividade desenvolvida pela apelante Auto Master Veículos Ltda quanto à compra e venda de veículos automotores.

Também restou demonstrado que os créditos realizados na conta n. 6220011200, relacionado pela Autoridade Fiscal por ocasião da lavratura do Auto de Infração, referem-se a créditos de reembolso de valores retidos pela montadora a título de *Hold Back* (f. 205/259).

Assim, quanto aos recursos *Hold Back*, que caracteriza-se como bonificação de incentivo de venda dos produtos da montadora à concessionária, não há incidência do ISSQN, já que tal hipótese não se enquadra na lista de serviços tributáveis, prevista na LC n. 116/2003, não havendo falar-se em existência de intermediação.

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – TRIBUTÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – ISSQN – BÔNUS REPASSADO POR MONTADORA DE VEÍCULOS À CONCESSIONÁRIA NAS OPERAÇÕES DE REVENDA – HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA INTERMEDIÇÃO – INCIDÊNCIA DO ICMS – BITRIBUTAÇÃO – PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO – SENTENÇA MANTIDA – REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. Sobre a bonificação concedida pela montadora como mero incentivo de venda realizada pela concessionária de veículos automotores não pode incidir o ISSQN, haja vista não restar caracterizada a operação de intermediação de serviço prevista no item 10.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003. Honorários advocatícios arbitrados com parcimônia, considerando o valor atribuído à causa e o trabalho desenvolvido pelo causídico. (TJMS; Apelação / Remessa Necessária - Nº 0842656-38.2014.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; julgado em 21.06.2016) *destaquei

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – ISSQN – BÔNUS REPASSADO POR MONTADORA DE VEÍCULOS À CONCESSIONÁRIA NAS OPERAÇÕES DE REVENDA – HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA INTERMEDIÇÃO – INCIDÊNCIA DO ICMS – BITRIBUTAÇÃO – PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO – SENTENÇA MANTIDA – REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. 1 – Havendo cobrança de ISSQN pelo Fisco Municipal sobre bônus

*repassado pela montadora à concessionária de veículos em razão da operação de revenda, e não devido a simples serviço de intermediação entre montadora e consumidor final, deve ser declarada a nulidade do auto de infração emitido por não ser hipótese de incidência do referido tributo, mas sim do ICMS, que inclusive já foi recolhido pelo regime da substituição tributária progressiva . 2 – Reexame necessário desprovido. (TJMS; Remessa Necessária - Nº 0036813-33.2011.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Vladimir Abreu da Silva; julgado em 14.06.2160) *destaquei*

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA – ISS – CRÉDITO REFERENTE AO BÔNUS DE INCENTIVO AO DESEMPENHO PAGO PELA MONTADORA À CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS – HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ANEXO I DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 59/2003, TAMPOUCO DO ANEXO DA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 – AUTO DE INFRAÇÃO NULO – VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ADEQUADAMENTE FIXADOS – PEDIDO DE REDUÇÃO DESCABIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. As hipóteses de incidência do Imposto Sobre Serviço – ISS, estão taxativamente elencadas no anexo I, da Lei Complementar Municipal n. 59/2003, e também no anexo da Lei Complementar n. 116/2003. Deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido inicial contido na ação anulatória de auto de infração, porquanto o crédito de bônus de incentivo ao desempenho pago pela montadora à concessionária de veículos não tem previsão na lista de serviço anexa à legislação complementar e, por consequência, não é fato gerador do ISS. Mantém o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença quando observados os critérios definidos no artigo 20, do CPC, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (TJMS; Apelação / Reexame Necessário - Nº 0826227-93.2014.8.12.0001 - Campo Grande; 2ª Câmara Cível; Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues; julgado em 10.11.2015) *destaquei

EMENTA – REEXAME DE SENTENÇA E RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – ISS – CRÉDITOS DE BÔNUS DE INCENTIVO À VENDA DE PEÇAS DADOS PELA MONTADORA À CONCESSIONÁRIA – HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO MUNICIPAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. Mantém-se a sentença que julgou procedente a ação anulatória, porquanto o crédito de bônus de incentivo à venda de peças feito por montadora à concessionária de automóveis é serviço não previsto na lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, o que não configura, por consequência, hipótese de incidência do ISSQN. (TJMS; Apelação / Reexame Necessário - Nº 0036806-41.2011.8.12.0001 - Campo Grande; 1ª Câmara Cível; Relator Des. Sérgio Fernandes Martins; julgado em 24.02.2015) *destaquei

Logo, não sendo hipótese que se submeta à incidência do ISSQN, deve ser reformada a r. sentença, para declarar a nulidade absoluta do AI n. 1002357/09, também em relação à conta n. 6220011200.

Recurso do Município de Campo Grande

O Município de Campo Grande aduz que ocorreu um erro de apreciação na decisão do magistrado *a quo*, já que não se trata da venda do veículo, mas sim, do bônus, do valor recebido a título da política que a empresa executa sem qualquer autonomia em função da montadora.

Afirma que, não se fala da sobreposição da taxa de ISSQN sobre o veículo, que claramente, recolhe imposto estadual (ICMS). Tão somente, se questiona os valores recebidos a título de bônus que não são taxados por nenhum dos tributos.

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso para, reformando a decisão, reconhecer a legitimidade do auto de infração.

Não obstante os argumentos, entendo que a hipótese em questão (bônus de incentivo), ou comissão pelo sucesso de vendas, não se amolda à exação pelo ISSQN, conforme já salientado acima.

Com efeito, não se trata de hipótese de intermediação ou agenciamento, pois há transferência da propriedade dos produtos da montadora/fabricante para a concessionária apelada (compra e venda de veículos e peças de reposição), incidindo ICMS, de maneira que referido bônus, pago pela montadora à apelada, não pode ser sobretaxado pela apelante como intermediação, bastando constatar que o destinatário do produto do bônus é a própria concessionária e, assim, sujeita referida premiação, ou bônus, em tese, a imposto de renda - IR, mas não a imposto sobre serviço municipal - ISS, evidentemente, inexistente nesse fato.

De se asseverar, somente existira intermediação, agenciamento ou comissão, quando o produto seria comercializado diretamente entre a montadora/fabricante e o consumidor final, com auxílio e serviços prestados diretamente pela concessionária apelada, mas não é o que ocorre nas operações delineadas no auto de infração, pois a apelada logrou demonstrar a aquisição (compra e venda de veículos), sobre os quais há incidência de ICMS, e não ISS, na forma preconizada pelo apelante.

O Tribunal de Justiça de São Paulo em situação idêntica à conclusão do juízo diz que a bonificação concedida por montadora de veículo em face da política de vendas caracteriza somente incentivo e conseqüentemente não há hipótese legal para tributação, principalmente a do ISSQN.

Neste sentido a ementa que segue:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – CONCESSÃO – BONIFICAÇÃO CONCEDIDA POR MONTADORA DE VEÍCULO – MERO INCENTIVO DE VENDA – INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO TRIBUTO – AUTUAÇÃO INDEVIDA – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 252 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE – Recurso não provido”. (TJSP; APL 0004348-30.2011.8.26.0114; Ac. 8805571; Campinas; Décima Quarta Câmara de Direito Público; Rel. Des. João Alberto Pizarini; 29/09/2015).

Assim, não há meios para subsistir a incidência de ISS sobre os bônus de incentivo concedidos pela montadora/fabricante à apelada.

Conclusão

Ante ao exposto, conheço do apelo interposto pela Auto Master Veículos Ltda e dou provimento para reformar a r. sentença, declarando a nulidade absoluta do AI n. 1002357/09, também em relação à conta n. 6220011200.

De outro norte, conheço do recurso interposto pelo Município de Campo Grande e nego-lhe provimento.

Em vista da reforma da sentença, condeno o Município de Campo Grande ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios, os quais arbitro em 12% sobre o proveito econômico obtido, já incluídos os honorários recursais devidos em vista do desprovimento do recurso do Município.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Município de Campo Grande e deram provimento ao apelo de Auto Master Veículos Ltda., 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, 29 de maio de 2018.

5ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1400315-09.2018.8.12.0000 – Campo Grande****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EVICÇÃO – DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO ALIENANTE ANTECESSOR – POSSIBILIDADE – SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS – AUSÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO – DENUNCIAÇÃO QUE IMPLICARIA NÃO SÓ NA AMPLIAÇÃO DA LIDE, MAS NA CRIAÇÃO DE NOVO PROCESSO, COM INAUGURAÇÃO DE PEDIDO E CAUSA DE PEDIR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A denúncia da lide constitui meio processual adequado para que o adquirente possa exercer os direitos decorrentes da evicção (art. 125, I, CPC), sendo cabível àquele que alienou diretamente o imóvel ao alienante demandado.

De outro viés, não há falar na denúncia da lide do serviço de registro de imóveis, porquanto, neste caso não se está diante de relação subsidiária decorrente da cadeia dominial, mas sim de novo processo, cujo fundamento seria a suposta responsabilidade civil do oficial registrador, com inovação de pedido e causa de pedir; nesse caso, não há vínculo jurídico entre o serviço de registro de imóveis e os sujeitos da cadeia dominial.

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, 27 de março de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Espólio de Agenor Gonçalves Brum agrava da decisão interlocutória (f. 85-91) proferida na de conhecimento de natureza condenatória (0810988-15.2015.8.12.0001) ajuizada por Nair Menezes de Santana, em curso na 1ª vara desta capital.

A agravada ajuizou ação afirmando que adquiriu de Agenor Gonçalves Brum, em 08/02/1990, o lote de terreno matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta capital sob o n. 99.450. Narrou que procurou o Serviço Notarial com a finalidade de averbar o formal de partilha extraído do processo de inventário de seu falecido esposo e, na ocasião, tomou conhecimento do cancelamento do lote da matrícula, em razão da determinação proveniente dos autos n. 0046495-46.2010.8.12.0001, da ação anulatória de registro imobiliário promovida por Gil Messias Fleming contra o espólio de Basílio de Almeida Lima, sob o fundamento de estar o imóvel em sobreposição com o imóvel da matrícula n. 67.522. Diante disso, pretende ser reparada pelos consectários da evicção, com a restituição dos valores pagos pela

venda do lote, ressarcimento das despesas e contrato de compra e venda, registro de imóvel, IPTU, ITCMD e custas judiciais.

O juízo singular indeferiu o pedido de denunciação da lide formulado pela agravante, ao argumento de que a referida denunciação da lide somente se justificaria caso o alienante do imóvel em questão não constasse do polo passivo da demanda, já que a denunciação da lide é cabível para que o adquirente possa exercer contra o alienante os direitos relativos à evicção; ademais, o deferimento do pedido importaria desnecessário tumulto processual, pois a incorporação aos autos dos antigos proprietários do imóvel em nada modificaria a questão principal analisada, qual seja, a responsabilidade do alienante pela evicção, e acabaria por prolongar em demasiado a fase instrutória.

O agravante defende o desacerto do *decisum* e discorre sobre a necessidade de redirecionar a ação ao órgão notarial e também aos antigos proprietários do imóvel, por serem terceiros com responsabilidade pelos danos eventualmente advindos do resultado do processo.

Assevera que o direito regressivo resultante da relação processual contra terceiros legitima a aplicabilidade do instituto jurídico como forma de prestigiar os princípios da economia e celeridade processual.

Aduz que a urgência da medida decorre da necessidade de evitar tumulto processual e prejuízo à fase instrutória com o ingresso tardio da litisdenunciada no feito.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, com seu posterior provimento para reformar a decisão agravada, admitindo a denunciação da lide aos anteriores proprietários do bem imóvel e ao cartório de registro de imóveis da 1ª circunscrição desta capital.

Instruiu o feito com os documentos de f. 10-107.

Às f. 110-11 o recurso foi recebido no efeito suspensivo; a contraminuta foi ofertada às f. 115-118.

VOTO (EM 13/03/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Espólio de Agenor Gonçalves Brum agrava da decisão interlocutória (f. 85-91) proferida na de conhecimento de natureza condenatória (0810988-15.2015.8.12.0001) ajuizada por Nair Menezes de Santana, em curso na 1ª vara desta capital.

A agravada ajuizou ação afirmando que adquiriu de Agenor Gonçalves Brum, em 08/02/1990, o lote de terreno matriculado no Serviço de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta capital sob o n. 99.450. Narrou que procurou o Serviço Notarial com a finalidade de averbar o formal de partilha extraído do processo de inventário de seu falecido esposo e, na ocasião, tomou conhecimento do cancelamento do lote da matrícula, em razão da determinação proveniente dos autos n. 0046495-46.2010.8.12.0001, da ação anulatória de registro imobiliário promovida por Gil Messias Fleming contra o espólio de Basílio de Almeida Lima, sob o fundamento de estar o imóvel em sobreposição com o imóvel objeto da matrícula n. 67.522. Diante disso, apresentou pretensão de ser reparada pelos consectários da evicção, com a restituição dos valores pagos pela venda do lote, ressarcimento das despesas e contrato de compra e venda, registro de imóvel, IPTU, ITCMD e custas judiciais.

Ao contestar a ação, o agravante denunciou à lide o titular o órgão notarial competente, considerando ser dele a responsabilidade pela sobreposição de matrícula.

O juízo singular indeferiu o pedido de denunciação da lide formulado pelo agravante, ao argumento de que a medida somente se justificaria caso o alienante do imóvel em questão não constasse do polo passivo da demanda, já que a denunciação da lide é cabível para que o adquirente possa exercer contra o alienante os direitos relativos à evicção; ademais, o deferimento do pedido importaria desnecessário tumulto processual, pois a incorporação aos autos dos antigos proprietários do imóvel em nada modificaria a questão principal analisada, qual seja, a responsabilidade do alienante pela evicção, e acabaria por prolongar em demasiado a fase instrutória.

O agravante defende o desacerto do *decisum* e discorre sobre a necessidade de redirecionar a ação ao órgão notarial e também aos antigos proprietários do imóvel, por serem terceiros com responsabilidade pelos danos eventualmente advindos do resultado do processo.

Assevera que o direito regressivo resultante da relação processual contra terceiros legitima a aplicabilidade do instituto jurídico como forma de prestigiar os princípios da economia e celeridade processual.

Aduz que a urgência da medida decorre da necessidade de evitar tumulto processual e prejuízo à fase instrutória com o ingresso tardio da litisdenunciada no feito.

Requer o recebimento do recurso no efeito suspensivo, com seu posterior provimento para reformar a decisão agravada, admitindo a denunciação da lide aos anteriores proprietários do bem imóvel e ao serviço de registro de imóveis da 1ª circunscrição desta Capital.

Instruiu o feito com os documentos de f. 10-107.

Às f. 110-11 o recurso foi recebido no efeito suspensivo; a contraminuta foi ofertada às f. 115-118.

Passo ao voto propriamente dito.

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade ou não de denunciação da lide pelo alienante imediato, bem como denunciação do serviço de registro de imóveis.

Conforme lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero¹:

A denunciação da lide constitui modalidade de intervenção forçada de terceiro que ao mesmo tempo em que se noticia a existência de determinado litígio a terceiro, propõe-se nova ação eventual de regresso contra o terceiro. Trata-se de ação eventual, porque subsidiária àquela que deu origem ao processo originário, que será analisada apenas caso o denunciante venha a sucumbir no processo originário. Em regra, funda-se a figura no direito de regresso, pelo qual aquele que pode vir a sofrer algum prejuízo, pode posteriormente recupera-lo de terceiro, que por alguma razão é seu garante. Na denunciação, portanto, noticia-se um litígio e exerce-se uma nova ação em juízo, justaposta à primeira, mas dela dependente, para ser examinada caso o denunciante (aquele que tem, frente a alguém, direito de regresso em decorrência da relação jurídica deduzida na ação principal) venha a sofrer prejuízo diante da sentença judicial relativa à ação originária.

Nesse linear, estabelece o art. 125 do Código de Processo Civil que

Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

1 *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. V. II. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 108.

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

A denunciação da lide impõe a existência de alguma relação subsidiária à relação jurídica deduzida originalmente em juízo.

É o caso no qual o alienante, réu na ação de evicção, pretende, através da mesma ação, exercer os direitos em relação àquele que alienou-lhe a coisa evicta.

Assim, afigura-se perfeitamente possível a denunciação da lide aos anteriores proprietários, sendo medida que prestigia o princípio da economia e celeridade processual, vigas do direito processual civil recentemente inaugurado.

De outro viés, não há falar em denunciação da lide quando não tratar-se de relação jurídica justaposta àquela já instaurada.

Na hipótese, cuida-se de ação de evicção, onde não há, por sua própria natureza, discussão sobre a culpa pelo vício, mas tão somente a responsabilidade do alienante.

Luiz Guilherme Marinoni² assevera que:

No modelo do Código de 2015, a denunciação da lide pode veicular o direito de evicção apenas “ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transmitido ao denunciante”. Isso significa dizer que eventual direito de regresso a ser exercido em face de outros sujeitos (que não o alienante imediato) deve ser sempre postulado em via autônoma, não sendo cabível pela via da denunciação.

Deste modo, não há falar em denunciação da lide do serviço de registro de imóveis, já que, neste caso, não se está diante de relação subsidiária decorrente da cadeia dominial, mas sim de novo processo (com inovação de pedido e causa de pedir), cujo fundamento é a possível responsabilidade civil do registrador. Nesse caso, não há vínculo jurídico entre o serviço de registro e os sujeitos da cadeia dominial.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para admitir a denunciação da lide pelo alienante (agravante) dos anteriores proprietários do imóvel, espólio de Basílio de Almeida Lima (representado pela inventariante Soraya Rieffe de Franco) e Florinda Rieffe de Almeida, mas não admitindo a denunciação do serviço registral de imóveis.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 27/03/2018 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 27/03/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Espólio de Agenor Gonçalves Brum interpõe agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão que indeferiu pedido de denunciação à lide proferido nos autos da Ação de Evicção promovida por Nair Menezes de Santana. Aduz que o processo de evicção suportado pelo agravante decorre da ação

² Idem, p. 109.

anulatória de registro imobiliário (Autos n. 0046495-46.2010.8.12.0001) proposta em face do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS), em que houve o cancelamento da matrícula de n. 99.450; que esse mesmo imóvel - objeto discutido naqueles autos – saiu há mais de 20 (vinte) anos do patrimônio do agravante; que dada a condenação do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS), na pessoa de seu titular, emerge ao agravante o direito de buscar o ressarcimento pelos eventuais danos provocados em seu patrimônio; que por força dos princípios da economia e celeridade processual, nítida se faz a responsabilização dos litisdenunciados, quais sejam, os proprietários originais do imóvel e o Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS), pelos eventuais danos decorrentes do processo de evicção, a fim de evitar o manejo de nova ação.

Em seu voto o ilustre relator deu parcial provimento ao recurso apenas para admitir a denunciação do proprietário anterior, mantendo-se a decisão no capítulo que excluiu a denunciação em relação ao Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS).

Pois bem. O dever de garantia da coisa objeto de alienação está previsto no art. 447 do CC, segundo o qual:

“Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública.”

Ainda, de acordo com Nelson Rosenvald:

“(...) além da obrigação principal e dos deveres instrumentais oriundos da boa-fé, o sistema jurídico concebe garantias quanto à tutela física e jurídica do objeto adquirido. Vale dizer que o adquirente será protegido quanto à funcionalidade e à substância do bem, seja diante da existência de vícios ocultos que tornem a coisa imprópria para o uso (art. 441 do CC), bem como no tocante à legitimidade do direito que é transferido.” (Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. 8ª edição. Editora Manole Ltda. 2014. Pág. 467)

Portanto, na ação de evicção a causa de pedir é a perda do bem alienado por força de uma decisão judicial. Note-se que não há questionamento quanto a culpa de qualquer das partes (alienante e comprador), mas tão somente o dever do alienante em garantir o uso e/ou a indenização da coisa objeto de alienação.

Firmada essa premissa dispõe o art. 125 do CPC:

“É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I – ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultarem;

II – àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.” destaquei.

É bem verdade que para a propositura da ação de regresso, o STJ já firmou entendimento no sentido de não ser obrigatória a denunciação, confira:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EVICÇÃO – DESNECESSIDADE DE OFERECER DENUNCIAÇÃO DA LIDE PARA GARANTIR O DIREITO RESULTANTE DA EVICÇÃO – AGRAVO IMPROVIDO. 1. A ausência de denunciação da lide ao proprietário original do bem alcançado pela evicção não impede o evicto de pleitear perdas e danos em ação autônoma. Precedentes. 2. Agravo regimental

improvido.” (AgRg no AREsp 852.408/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016) destaquei.

Contudo, caberá ao denunciante a opção de chamar aos autos o alienante anterior, sendo equivocada a assertiva de que tal prerrogativa processual somente se justificaria no caso do alienante/requerido não figurar no pólo passivo da demanda. E nem se diga que haveria tumulto processual, uma vez que o pedido de denunciação deve ficar restrito à garantia que o alienante está obrigado por força do art. 447 do CC.

Dito isso, como bem destacado pelo ilustre relator, há que ser admitida a denunciação à lide do alienante antecessor, representado pelo espólio Basílio de Almeida Lima, em observância aos princípios da economia processual e celeridade, sendo descabida a imposição da propositura de ação autônoma para tratar da mesma responsabilidade.

Já no que se refere à denunciação do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande (MS), melhor sorte não assiste ao agravante.

Com efeito, a eventual responsabilização daquela serventia está relacionada diretamente à falha na prestação do serviço notarial, sendo, pois, necessário averiguar provas outras que não estão relacionadas com a lide principal (sucessão dominial e evicção), o que implicaria na abertura de instrução probatória complexa para a demonstração de culpa por parte do servidor.

Daí ter agido com acerto a decisão que indeferiu aludida denunciação.

Posto isto, acompanhando o ilustre relator, conheço e dou parcial provimento ao agravo de instrumento para o fim de admitir a denunciação da lide do espólio de Basílio de Almeida Lima (alienante anterior).

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

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

5ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1414261-82.2017.8.12.0000 – Naviraí****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – PRETENSÃO DE REMOÇÃO DO BEM DA COMARCA E EVENTUAL VENDA ANTECIPADA DO VEÍCULO INDEPENDENTEMENTE DA AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Enquanto não decorrido o prazo legal previsto nos §§ 2º e 3º, do art. 3º, do Dec. Lei n. 911/69, alterado pela Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, para o pagamento da integralidade da dívida pendente pelo devedor-fiduciante (parcelas vencidas e vincendas), a posse plena do credor sobre o bem apreendido não pode ser consolidada, sob pena de violação às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Itaú Unibanco S.A. agrava da decisão interlocutória (f. 18-19) proferida na ação de busca e apreensão em alienação fiduciária (0802716-74.2017.8.12.0029) ajuizada contra Coalho Brasil Ltda - ME, em curso na 1ª Vara Cível de Naviraí.

O juízo *a quo* deferiu liminarmente a busca e apreensão do veículo objeto do contrato entabulado pelas partes, diante da comprovação pela instituição financeira da relação contratual e da mora da devedora. Contudo, criou óbice à retirada do bem da comarca, ressaltando também que caso o credor opte pela venda antecipada, esta deverá ser requerida ao juízo.

Alega o agravante que as restrições impostas pelo juízo *a quo* não contam com amparo legal, tendo em vista que o Decreto-Lei n. 911/69, que regulamenta a matéria, estabelece em seu art. 3º, § 1º, que ao credor é viável, em hipóteses semelhantes a *sub judice*, adotar em relação ao bem todas as medidas inerentes ao exercício da propriedade, o que abrangeria remover e alienar o bem.

Acrescenta o recorrente que o dispositivo em questão dispõe que 05 (cinco) dias após a efetivação da liminar, o credor fiduciário terá direito à expedição de novo certificado de registro de propriedade em seu

nome ou de terceiro por ele indicado, o que significa dizer que caso o pagamento da integralidade da dívida não seja feita pelo devedor, o automóvel poderá ser alienado.

Afirma o agravante que esta compreensão já foi firmada pelo STJ em sede de recurso repetitivo representativo de controvérsia, cabendo às instâncias inferiores adequarem-se ao entendimento dominante nos Tribunais Superiores.

Sustenta que não há qualquer previsão legal que imponha ao credor, no caso do devedor não efetuar o pagamento da integralidade do valor do débito no prazo de 05 (cinco) dias, que mantenha o bem na comarca e que não possa vendê-lo.

Requer a antecipação da tutela recursal, para possibilitar ao agravante remover o bem da comarca e vendê-lo, independentemente de autorização judicial para tanto, com posterior provimento do recurso e confirmação da providência.

Instruiu o feito com os documentos de f. 7-80.

Às f. 83-85 o recurso foi recebido no efeito devolutivo; o prazo para responder o recurso transcorreu *in albis*, conforme certificado às f. 89.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Itaú Unibanco S.A. agrava da decisão interlocutória (f. 18-19) proferida na ação de busca e apreensão em alienação fiduciária (0802716-74.2017.8.12.0029) ajuizada contra Coalho Brasil Ltda - ME, em curso na 1ª Vara Cível de Naviraí.

O juízo *a quo* deferiu liminarmente a busca e apreensão do veículo objeto do contrato entabulado entre as partes, diante da comprovação pela instituição financeira da relação contratual e da mora da devedora. Contudo, criou óbice à retirada do bem da comarca, ressaltando também que caso o credor opte pela venda antecipada, esta deverá ser requerida ao juízo.

Alega o agravante que as restrições impostas pelo juízo *a quo* não contam com amparo legal, tendo em vista que o Decreto-Lei n. 911/69, que regulamenta a matéria, estabelece em seu art. 3º, § 1º, que ao credor é viável, em hipóteses semelhantes a *sub judice*, adotar em relação ao bem todas as medidas inerentes ao exercício da propriedade, o que abrangeria remover e alienar o bem.

Acrescenta o recorrente que o dispositivo em questão dispõe que 05 (cinco) dias após a efetivação da liminar, o credor fiduciário terá direito à expedição de novo certificado de registro de propriedade em seu nome ou de terceiro por ele indicado, o que significa dizer que caso o pagamento da integralidade da dívida não seja feita pelo devedor, o automóvel poderá ser alienado.

Afirma o agravante que esta compreensão já foi firmada pelo STJ em sede de recurso repetitivo representativo de controvérsia, cabendo às instâncias inferiores adequarem-se ao entendimento dominante nos Tribunais Superiores.

Sustenta que não há qualquer previsão legal que imponha ao credor, no caso do devedor não efetuar o pagamento da integralidade do valor do débito no prazo de 05 (cinco) dias, que mantenha o bem na comarca e que não possa vendê-lo.

Requer a antecipação da tutela recursal, para possibilitar ao agravante remover o bem da comarca e vendê-lo, independentemente de autorização judicial para tanto, com posterior provimento do recurso e confirmação da providência.

Instruiu o feito com os documentos de f. 7-80.

Às f. 83-85 o recurso foi recebido no efeito devolutivo; o prazo para responder o recurso transcorreu *in albis*, conforme certificado às f. 89.

Agiu com acerto o juízo *a quo* quando, na decisão interlocutória, criou óbice à alienação do veículo apreendido, bem como à retirada do bem da comarca sem autorização judicial para tanto.

A Lei n.º 10.931/2004, ao conferir nova redação aos parágrafos do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 911/1969, dispôs que, uma vez concedida a liminar e executada a medida com a apreensão do bem alienado, o credor-fiduciário, após 05 (cinco) dias da efetivação do ato, passará a ter a posse plena e exclusiva do bem independentemente de qualquer decisão judicial, podendo, inclusive, proceder aos atos de venda a terceiro, aplicando o preço no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo que houver.

Todavia o § 2º, do artigo 3º, do referido Decreto-Lei, confere ao devedor-fiduciante a possibilidade de, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data da efetivação da liminar de busca e apreensão (diga-se, citação), pagar a integralidade da dívida, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese em que terá a restituição do bem livre de qualquer ônus.

No § 3º, está disciplinado que o devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de 15 (quinze) dias e, no § 4º do mesmo dispositivo legal, conferiu-se ao devedor a possibilidade de ofertar defesa ainda que tenha se utilizado da faculdade prevista no § 2º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar a restituição.

Veja-se a redação do artigo 3º, do Decreto-Lei n.º 911/1969:

“Art. 3º. O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

§ 1º Cinco dias após executada a liminar mencionada no caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 02.08.2004, DOU 03.08.2004).

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.” (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 10.931, de 02.08.2004, DOU 03.08.2004).

Da simples leitura deste dispositivo, extrai-se a possibilidade de o devedor pôr fim à demanda, reconhecendo que o credor tem razão. No entanto, tem-se entendido, majoritariamente, que o § 1º, do art. 3º, é inconstitucional, por afrontar o contraditório e a ampla defesa, vale dizer, o devido processo legal.

É que, executando-se a liminar de apreensão do veículo sem o conhecimento do devedor fiduciante, o que ocorre com frequência, impede-se-lhe a apresentação de defesa e, como consequência, obsta o direito do devedor de pagar a integralidade da dívida pendente.

Assim, como forma de preservar o bom andamento do processo, cria-se óbice à expropriação sumária do veículo, motivo pelo qual se justificam tanto a impossibilidade de retirada do bem da comarca, quando de venda antecipada do bem sem autorização do juízo.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801539-96.2016.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – NÃO APLICAÇÃO NA ESPÉCIE – RECURSO PROVIDO.

Não se desconhece a teoria do adimplemento substancial, que prima pela função social de contrato e da boa-fé objetiva. Ocorre que no presente caso a jurisprudência da Corte Superior trilha pelo não cabimento da referida tese do adimplemento substancial, já que não mais se admite a purgação da mora nos autos da ação de busca e apreensão; ao contrário, a recomendação é que o devedor deve pagar a integralidade da dívida pendente (parcelas vencidas e vincendas).

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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, em conformidade com o art. 942 do CPC.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Banco Itauleasing S/A apela da sentença do juízo da 19ª vara cível de competência especial da comarca de Campo Grande que, na ação de reintegração de posse ajuizada contra Juarez Miguel, julgou improcedente a pretensão do autor, revogando a liminar anteriormente deferida, pois entendeu que o apelado efetuou o pagamento de mais da metade do débito (46 parcelas de um total de 60 parcelas), não podendo ser prejudicado com a presente demanda, invocando para tanto a teoria do adimplemento substancial.

O recorrente, em suas razões (f. 97-109), sustenta que a teoria do adimplemento substancial não tem o condão de fazer desaparecer a dívida, ficando possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei n. 911/1969.

Alega que além da constituição em mora através da notificação extrajudicial, o contrato possui cláusula resolutória expressa, dispondo sobre inadimplemento, a qual dispõe que a cliente autoriza a instituição financeira considerar vencido o contrato, e exigível o pagamento da dívida, se o devedor não cumprir qualquer de suas obrigações.

Contrarrazões às f. 134-138.

VOTO (EM06/03/2018)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Banco Itauleasing S/A interpõe apelação contra a sentença do juízo da 19ª vara cível de competência especial da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada contra Juarez Miguel, julgou improcedente a pretensão do autor, revogando a liminar anteriormente deferida, pois entendeu que o apelado efetuou o pagamento de mais da metade do débito (46 parcelas de um total de 60 parcelas), não podendo ser prejudicado com a presente demanda, invocando para tanto a teoria do adimplemento substancial.

O recorrente, em suas razões (f. 97-109), sustenta que a teoria do adimplemento substancial não tem o condão de fazer desaparecer a dívida, ficando possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei n. 911/1969.

Alega que além da constituição em mora através da notificação extrajudicial, o contrato possui cláusula resolutória expressa, dispondo sobre inadimplemento, a qual dispõe que a cliente autoriza a instituição financeira considerar vencido o contrato, e exigível o pagamento da dívida, se o devedor não cumprir qualquer de suas obrigações.

Feita esta digressão passo ao exame da matéria.

Para julgar improcedente a pretensão do autor, o juízo singular se utilizou da seguinte fundamentação:

Isso porque, no caso concreto, de acordo com o contrato (f. 13-18) e a planilha de débito (f. 23), a quantidade total de parcelas era 72 e os pagamentos cessaram a partir da 59ª, o que significa que a parte ré pagou cerca de 80% das prestações devidas (contraprestação e VRG parcelado), durante 5 (cinco) anos, e mais R\$ 4.200,00 de VRG à vista.

Ora, confrontando-se o montante que foi pago pela parte ré (R\$ 52.564,24 e R\$ 4.200,00) com o valor total do contrato (R\$ 65.252,16 f. 18), bem como com o saldo devedor (R\$ 12.918,69 - f. 23), vê-se que a avença já foi cumprida substancialmente pela parte arrendatária, o que torna oportuna a aplicação da teoria do adimplemento substancial ou teoria do inadimplemento mínimo

(...)

Assim, no caso, fazendo-se essa ponderação, a par dos dados já expostos, conclui-se que, conquanto comprovado o descumprimento parcial do contrato pela ré, o referido descumprimento não é apto a ensejar a resolução do contrato, pois tal medida, repise-se, afigura-se desproporcional diante do adimplemento substancial da avença.

Igualmente desproporcional e descabida, por consequente, a retomada do bem objeto do contrato, e sua venda, bastando, aliás, ver o seu valor de mercado atual (tabela fipe) para se concluir pela falta de razoabilidade da retomada e suas consequências.

Não se desconhece a teoria do adimplemento substancial, que prima pela função social de contrato e da boa-fé objetiva. Ocorre que, no presente caso, o decreto-lei n. 911/69, norma extravagante ou especial, não abre caminho, em tese, para a aplicação da referida tese do adimplemento substancial, uma vez que o STJ não mais admite a purgação da mora nos autos da ação de busca e apreensão, mas declarando a necessidade do pagamento da integralidade da dívida pendente (parcelas vencidas e vincendas).

Neste sentido, o Ministro Sidnei Beneti, examinando o Recurso Especial n. 1055.468-MS, reformou acórdão deste TJMS, da relatoria do Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, com o seguinte fundamento:

“(...) 3.- A orientação desta Corte firmou-se no sentido de que, a partir da edição da Lei n. 10.931/04, não há mais por que falar em purgação da mora, uma vez que, sob o novo regime, cinco dias após a execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada com o credor fiduciário, devendo o devedor pagar a integralidade do débito remanescente para que o bem lhe seja restituído livre do ônus.

Nesse sentido:

Ação de busca e apreensão. Decreto-Lei nº 911/69 com a redação dada pela Lei nº 10.931/04.

1 - Com a nova redação do art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69 pela Lei nº 10.931/04, não há mais falar em purgação da mora, podendo o credor, nos termos do respectivo § 2º, ‘pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus’.

2 - Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 767.227/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 13.2.06.).

4 - Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso especial afastando a extinção do processo, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de origem para o prosseguimento do feito.

Intimem-se. Brasília (DF), 31 de março de 2009. Ministro Sidnei Beneti Relator.”

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da expressão “pagamento integral da dívida pendente” constante no § 2º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/69 é de que ela abrange tanto as parcelas vencidas como as parcelas vincendas, de modo que o credor pode exigir o pagamento de todas as parcelas contratuais, não havendo abusividade na cláusula contratual que prevê o vencimento antecipado da dívida em caso de mora do devedor.

Assim, a tese sustentada pelo juiz *a quo* conflita com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que, ao não permitir a referida purgação com o pagamento da dívida vencida, rechaça, ainda que de forma indireta, a aplicação da teoria do adimplemento substancial invocada na fundamentação da sentença recorrida.

Sendo certo que o réu apelado não depositou o valor integral da dívida pendente, que abrange as parcelas vincendas e vencidas, tem-se incorreta a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito.

Logo, impertinente, no caso, a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

Posto isso, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedente o pedido de busca e apreensão, tornando definitiva a antecipação de tutela concedida às f. 35-36, declarando extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, invertidos os ônus sucumbenciais.

Em consequência, declaro consolidada a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, valendo-se este acórdão, se for o caso, como título hábil para a transferência do certificado de propriedade.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 20/03/2018 em face do pedido de vista antecipada do 2º vogal (Des. Sideni), após o relator dar provimento ao recurso. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM20/03/2018)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Pedi vista dos autos, para melhor analisar a demanda, em decorrência das peculiaridades da matéria debatida.

Banco Itauleasing S/A interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença de improcedência proferida nos autos da Ação de Busca e Apreensão promovida em face de Juarez Miguel. Aduz que a teoria do adimplemento substancial não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta sim potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação. Cita precedentes do STJ.

O ilustre relator deu provimento ao recurso, julgando-se procedente a pretensão inaugural.

Com efeito, ao ser julgado o Recurso Especial n. 1255179/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, citado pelo apelante, restou consignado:

“EMENTA – RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL – FINANCIAMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – INADIMPLENTO PARCIAL – AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS – INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO – BUSCA E APREENSÃO – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969 – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DEVER DE INDENIZAR – INEXISTÊNCIA – PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL – INDEFERIMENTO – TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO – INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. 1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia. 2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da “teoria do adimplemento substancial do contrato”. 3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes. 4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca e apreensão, nesse cenário,

constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida. 5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação. 6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor. 7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação. 8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.” (Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015) destaquei.

Ocorre que o entendimento daquele colegiado não foi unânime.

Confira o voto proferido pelo Min. Moura Ribeiro:

“(...) O credor fiduciário deve pagar indenização por danos morais na hipótese em que foi ajuizada busca e apreensão do veículo baseada em premissa falsa de que não houve o pagamento de várias parcelas do contrato de financiamento, quando na verdade houve a falta de pagamento de apenas uma parcela e o pagamento de todas as outras, que foram recebidas pelo credor. Isso porque se aplica a Teoria do Adimplemento Substancial, que permite a relativização dos efeitos dos contratos quando a resolução do pacto não atender aos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato. Além disso, o banco poderia ter se valido de simples cobrança ou execução da nota promissória representativa da parcela não paga para reaver seu crédito.” destaquei.

Frise-se que aludido posicionamento não foi isolado, tendo sido acompanhado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, confira:

“(...) É um caso típico de adimplemento substancial, configurando abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, por se tratar de conduta contrária à boa-fé objetiva. Houve, sem dúvida alguma, o inadimplemento de uma prestação intermediária, correspondente a aproximadamente 3% do valor da dívida total. O banco tinha a possibilidade de entrar com uma medida menos gravosa, que era uma demanda de cumprimento da obrigação (ação de execução, monitória ou cobrança). Ninguém contesta a existência do crédito. O abuso de direito decorreu da opção do banco credor de ingressar, desde logo, com a medida mais gravosa contra o devedor inadimplente, mediante a formulação de uma afirmação inverídica de que haveria outros débitos. Isso acabou conduzindo o juiz, erroneamente, a deferir uma medida liminar de busca e apreensão. Assim, embora dispondo de um meio menos gravoso, utilizou-se o credor exatamente do mais gravoso, que foi a busca e apreensão. É hipótese típica de aplicação do instituto do adimplemento substancial, um adimplemento que é muito próximo do resultado final, embora este não tenha sido alcançado, que seria a quitação integral do débito. O adimplemento substancial determina apenas a limitação da eficácia do direito subjetivo

do credor, que não poderia ter-se utilizado diretamente da medida mais gravosa. Por isso, com a mais respeitosa vênua, tenho que o voto do eminente Ministro Moura Ribeiro está perfeitamente adequado para a situação.” destaquei

Frise-se que mais recentemente, ou seja, em 16/03/2017, ao julgar o REsp 162255/MG, a 2ª Seção do STJ manteve o mesmo posicionamento quanto a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos regidos pelo Decreto 911/69, contudo, mais uma vez não foi unânime, ficando vencido o voto do Ministro Marco Buzzi, o qual, em síntese, traz a seguinte síntese:

“(...)Constata-se que o adimplemento já implementado pelo devedor se aproxima bastante do valor contratado, a determinar o adimplemento substancial do ajuste e inviabilizar a possibilidade da casa bancária (fornecedora) de deflagrar a demanda de busca e apreensão, voltada exclusivamente à ruptura do vínculo negocial, com a retomada do bem cuja propriedade já está praticamente consolidada ao devedor”.

Portanto, apesar de respeitar o posicionamento adotado pela maioria daquele colegiado, venho me posicionando em sentido contrário, mais precisamente em consonância com os demais ministros daquela corte superior, cujos votos restaram vencidos, por entender ser a posição mais justa e mais consentânea com a orientação do legislador consumerista.

Assim, feitas essas considerações, tenho que o fato da parte já ter pago comprovadamente mais de 77% do contrato é suficiente para fins de aplicação da teoria do adimplemento substancial. Acerca disso, insta salientar que a teoria do substancial adimplemento visa impedir o uso desequilibrado, injusto, do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimento desnecessário em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONTRATO BANCÁRIO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – CASO CONCRETO – PURGAÇÃO DA MORA EM VALORES QUE ENTENDE DEVIDOS – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA DÍVIDA – LIMINAR REVOGADA – RECURSO PROVIDO. A apelante, comprovou ter adimplido substancialmente a dívida, de sorte que cabe ao credor, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, diante de tal fato, se atentar a outras vias judiciais para reaver o crédito, sem que haja a necessidade do desapossamento do bem e o rompimento do contrato.” (Apelação Cível 0046045-06.2010.8.12.0001. Relator(a): Des. Amaury da Silva Kuklinski; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 25/11/2015; Data de registro: 26/11/2015) destaquei.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – DECISÃO MONOCRÁTICA – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – INDEFERIMENTO DA LIMINAR – CASO CONCRETO – CONTRATO DE CONSÓRCIO – ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – POSSIBILIDADE DO CREDOR INTENTAR OUTRAS MEDIDAS JUDICIAIS PARA REAVER O CRÉDITO CONSORCIAL, SEM QUE HAJA O DESAPOSSAMENTO DO BEM E O ROMPIMENTO DO CONTRATO – EXEGESE DA NORMA CONSUMEIRISTA ALBERGADA NA CARTA CONSTITUCIONAL SOB ENFOQUE DA DEFESA DO CONSUMIDOR – RESGUARDO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO – NEGATIVA.” (TJ-RS - AI: 70046827796 RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Data de Julgamento: 05/01/2012, Décima Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/01/2012) destaquei.

“DIREITO CIVIL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – SENTENÇA PELA IMPROCEDÊNCIA – APELAÇÃO CÍVEL – ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO EM CONSÓRCIO – AFASTADA – CUMPRIMENTO SIGNIFICATIVO DO AJUSTE EM PERCENTUAL SUPERIOR A 80%. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – 1. A teoria do adimplemento substancial significa que o devedor satisfaz a sua obrigação em sua quase totalidade. 2. Destarte, não há que se falar em busca e apreensão do bem tendo em vista o cumprimento de grande parte do débito contratado. Contudo, isso não significa dizer que o apelado não possa ser cobrado por outros meios. Recurso conhecido e não provido – Decisão unânime.” (TJ-AL - APL: 05002431820088020019 AL 0500243-18.2008.8.02.0019, Relator: Des. Paulo Barros da Silva Lima, Data de Julgamento: 30/03/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/04/2015) destaquei.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – CONSÓRCIO – ADIMPLEMENTO PELO RÉU-AGRAVADO DE PARCELA SUBSTANCIAL DO CONTRATO – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DA LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO QUE SE IMPÕE – RECURSO DESPROVIDO.” (TJ-SP - AI: 21478885120148260000 SP 2147888-51.2014.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 29/09/2014, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/10/2014)

Note-se que os precedentes citados encontram-se em harmonia com os votos proferidos pelos Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino no julgamento do REsp n. 1255179/RJ e do Ministro Marco Buzzi no REsp nº 1622555/MG, este último publicado em 16/03/2017, daí porque, a meu juízo, não merece reforma a sentença que concluiu pela extinção do processo, sem resolução do mérito, dada a aplicação na hipótese da teoria do adimplemento substancial.

Diante do exposto, peço vênha para divergir do ilustre relator e votar pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação. Em razão da sucumbência, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, os honorários advocatícios fixados em primeiro grau ficam majorados para o total de 15% sobre o valor atualizado da causa.

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

Acompanho o voto do relator.

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos dos votos do relator e 1º vogal, vencido o 2º vogal, que lhe negava provimento. Este processo se submeterá à técnica de julgamento do art. 942 do CPC.

VOTO (EM24/04/2018)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º Vogal)

A controvérsia posta no presente recurso de apelação cível reside em saber se é aplicável à ação de busca e apreensão, motivada pelo inadimplemento de contrato de financiamento de automóvel, garantido por alienação fiduciária, a teoria do adimplemento substancial para extinguir o feito, por falta de interesse de agir, conforme entendeu o douto juízo *a quo* e o desembargador relator do recurso.

A meu ver, não se aplica ao caso dos autos a teoria do adimplemento substancial destinada a evitar a rescisão contratual quando observado o pagamento substancial da vença pela parte inadimplente, de modo que a questão teria que se resolver pelas vias de cobrança.

Isso porque a ação de busca e apreensão em muito difere da ação de resolução contratual, tendo em vista as peculiaridades do contrato de alienação fiduciária e o fato de que a referida demanda não tem por objeto o desfazimento da relação contratual, mas o cumprimento da obrigação inadimplida, sendo possibilitado ao réu que permaneça com o bem através do pagamento da integralidade da dívida, purgando a mora então existente.

A alienação fiduciária é instrumento jurídico em que o devedor transfere em favor do credor determinados bens, o qual passa então a figurar como titular do domínio do bem (domínio resolúvel ante o adimplemento das condições pactuadas e pagamento integral do preço convencionado), bens esses que ficam discriminados como garantidores do cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor. A propriedade, com isso, sai do patrimônio do devedor e se transfere ao credor, até que haja o encerramento do contrato, daí a razão de se tratar de um domínio resolúvel, a saber, aquele que se extingue verificada determinada condição.

Assim, na sistemática do instituto da alienação fiduciária em garantia, regulamentada pelo Dec-Lei 911/69, alterado pela Lei 10.931/04, a propriedade e a posse indireta do bem, assinado o contrato e promovido o crédito do dinheiro em conta do devedor, passam a ser da titularidade do credor. O bem se encontra precariamente nas mãos do devedor, que manterá a posse direta enquanto cumprir com as obrigações contratuais assumidas, de pagar as prestações convencionadas.

Surgindo o inadimplemento e positivado este pela notificação judicial ou extrajudicial para pagamento do saldo devedor encontrado, aquela propriedade, que é do credor, consolida-se plenamente a propriedade e a posse (agora direta, resultante da busca e apreensão se for bem móvel) em suas mãos, o que se vê pela redação do art. 3º, § 1º, do Dec-Lei 911/69, na redação dada pela lei referida.

Desta forma, a aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos dessa espécie desnatura o instituto, afrontando sobremaneira o princípio da obrigatoriedade dos contratos, uma vez que se trata de negócio jurídico idealizado para fomentar a aquisição de bens através de juros mais baixos, cujas taxas são fixadas considerando a segurança quanto ao pagamento do valor financiado.

Há norma específica que rege a contratação objeto da presente demanda, de modo que a aplicação da teoria em questão, advinda do princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 422 do Código de Processo Civil, vai de encontro à referida norma especial que é expressa em assentar a necessidade de pagamento da integralidade da dívida, para viabilizar a restituição do bem ao devedor fiduciante.

Totalmente pertinente é a observação de Eduardo Luiz Bussata, quando preleciona:

“A averiguação do(s) parâmetro(s) a ser(em) utilizado(s) pelo julgador para determinar se o inadimplemento é ou não de escassa importância, constitui condição sine qua non para a sua aplicabilidade e utilidade prática. A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de “escassa importância”... É necessário fazer uma advertência: a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes. De fato, a pretensão de buscar parâmetros fixos e abstratos, aplicáveis indistintamente à generalidade dos casos, está fadada ao insucesso. Isso em razão de que a diversidade de interesses que movem as partes faz de cada negócio jurídico contratual

*único, inconfundível, com características e funções completamente distintas de outro congênere. A teoria do adimplemento substancial não é aplicável mediante uma análise axiomático-dedutiva”.*¹

Logo, deve ser levado em consideração que mesmo que se considerasse que o pagamento de mais de 77% do valor financiado poderia ser considerado adimplemento substancial – e a meu modo de ver não é – é indiscutível que a natureza do contrato de alienação fiduciária em garantia impede a extinção da ação de busca e apreensão, de modo que cabe ao devedor pagar a integralidade da dívida (que já não é tão onerosa) para reaver o bem ou impedir a sua constrição.

Há que se examinar a espécie e a natureza do contrato, seu tempo de duração, o período futuro de execução, em havendo trato sucessivo ou continuado, e em especial o valor das prestações, de forma que o caso concreto pode deixar em evidência que mesmo faltando 20% do preço final, não terá ocorrido, pelas peculiaridades da relação jurídica celebrada entre as partes, adimplemento substancial do respectivo contrato.

A questão foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial com a finalidade de extinguir a ação de busca e apreensão, conforme arestos que transcrevo a seguir:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69 – INCONTROVERSO INADIMPLENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48) – EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL – DESCABIMENTO – ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA – RECONHECIMENTO.

2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS).

3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO.

4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que

¹ Autor citado, “Resolução dos Contratos e Teoria do Adimplemento substancial”, *Coleção Prof. Agostinho Alvim*, Editora Saraiva, 2007, p. 100./101.

o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado.

Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente.

Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual.

Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas).

A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. *Recurso Especial provido.* (REsp 1622555/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017)

RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL – FINANCIAMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – INADIMPLEMENTO PARCIAL – AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS – INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO – BUSCA E APREENSÃO – AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969 – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – DEVER DE INDENIZAR – INEXISTÊNCIA – PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL – INDEFERIMENTO – TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO – INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO.

1. Ação indenizatória promovida por devedor fiduciante com o propósito de ser reparado por supostos prejuízos, de ordem moral e material, decorrentes do cumprimento de medida liminar deferida pelo juízo competente nos autos de ação de busca e apreensão de automóvel objeto de contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia.

2. Recurso especial que veicula pretensão da instituição financeira ré de (i) ver excluída sua responsabilidade pelos apontados danos morais, reconhecida no acórdão recorrido, por ter agido, ao propor a ação de busca e apreensão do veículo, em exercício regular de direito e (ii) ver reconhecida a inaplicabilidade, no caso, da “teoria do adimplemento substancial do contrato”.

3. A prerrogativa conferida ao recorrente pelo art. 501 do Código de Processo Civil - de desistir de seu recurso a qualquer tempo e sem a anuência do recorrido ou eventuais litisconsortes - encontra termo final lógico no momento em que iniciado o julgamento da irresignação recursal. Não merece homologação, no caso, pedido de desistência recursal apresentado após já ter sido proferido o voto do relator e enquanto pendia de conclusão seu julgamento em virtude de pedido de vista. Precedentes.

4. A teor do que expressamente dispõem os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 911/1969, é assegurado ao credor fiduciário, em virtude da comprovação da mora ou do inadimplemento das obrigações assumidas pelo devedor fiduciante, pretender, em juízo, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente. O ajuizamento de ação de busca

e apreensão, nesse cenário, constitui exercício regular de direito do credor, o que afasta sua responsabilidade pela reparação de danos morais resultantes do constrangimento alegadamente suportado pelo devedor quando do cumprimento da medida ali liminarmente deferida.

5. O fato de ter sido ajuizada a ação de busca e apreensão pelo inadimplemento de apenas 1 (uma) das 24 (vinte e quatro) parcelas avençadas pelos contratantes não é capaz de, por si só, tornar ilícita a conduta do credor fiduciário, pois não há na legislação de regência nenhuma restrição à utilização da referida medida judicial em hipóteses de inadimplemento meramente parcial da obrigação.

6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menos importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual - esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral. (REsp 1255179/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015)

No mesmo sentido, em decisão exarada na data de ontem, 22.05.2017:

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.070.705 – MA (2017/0059291-4)

RELATOR: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE: BANCO VOLKSWAGEN S.A

Decido.

A irresignação prospera.

Com efeito, a Segunda Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que não se aplica a chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” aos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo

Decreto-Lei n.º 911/1969.

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos,

para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos conseqüências legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso especial provido. (REsp 1622555/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017).

Por força do exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial a fim de que, afastada a aplicabilidade da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” ao caso sob exame, retornem os autos à instância de origem para prosseguimento do feito. Publique-se. Intimem-se. Brasília-DF, 18 de maio de 2017. Ministro Antonio Carlos Ferreira

Publicado em, 22/05/2017)”

E existem inúmeros outros acórdãos, bem assim como, agora, por força do acórdão da 2ª Seção Cível por primeiro transcrito, centenas de decisões monocráticas, todas no mesmo sentido.

Confira-se: agravo em Recurso Especial Nº 1.070.705 - MA (2017/0059291-4), Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, 22/05/2017; AREsp 1006931, Relator Ministro Moura Ribeiro, Data da Publicação 15/05/2017; AgInt no REsp 1608046 Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze Data da Publicação 09/05/2017; REsp 1442110, Relator Ministro Luis Felipe Salomão Data da Publicação 26/04/2017; AREsp 1066624, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Data da Publicação 04/04/2017; AREsp 1066629 Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Data da Publicação 07/04/2017.

O acórdão primeiro transcrito, assim, exarado no âmbito da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento no sentido de reconhecer a existência de interesse de agir do demandante em promover ação de busca e apreensão, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento.

Conforme consignou o Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do Resp n. 1622555/MG:

“(...)Respeitada compreensão diversa, tem-se que a lei não poderia ser mais clara quanto à exigência de quitação integral do débito, como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Ou seja, nos termos da lei, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente”.

E arremata o eminente ministro: *“de se concluir, por conseguinte, que a propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial”.*

Deveras, a aplicação da teoria do adimplemento substancial é incompatível com o instituto da alienação fiduciária, porque aqui o credor – como se viu – não busca a resolução do contrato, mas o bem alienado fiduciariamente. Além disso, o devedor tem a oportunidade de pagar, no bojo da própria ação, a dívida pendente, pelo que a teoria adotada no voto do e. relator não tem qualquer aplicação ao caso presente.

Finalmente, se o credor exerceu uma das ações previstas no ordenamento jurídico para tutela de seu direito, que foi a ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, assim o fez exercendo

uma legítima pretensão, de tal forma que o judiciário não pode remetê-lo para via diversa, a pretexto de aplicação de uma teoria que não tem nenhuma incidência no instituto da alienação fiduciária.

A decisão do douto magistrado de primeiro grau, com todo respeito, é teratológica, e não deveria encontrar amparo nesta Corte de Justiça, pelas razões acima expendidas e, de igual forma, porque atenta contra o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial julgado sob o regime dos recursos repetitivos, RESP nº 1418.593/MS, que firmou a orientação de que ao devedor é lícito o pagamento da dívida pendente como forma de evitar a busca e apreensão do bem, o que elimina qualquer possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso em foco.

Como contido no aresto acima destacado, *“a aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada”*. Aplicar essa teoria, na realidade, conspira contra referido recurso especial, de tal forma que, respeitosamente, não posso comungar do entendimento do douto juízo e do e. relator.

Diante do exposto, acompanho o ilustre relator para dar provimento ao recurso de apelação, afastando por inteiro a aplicação da teoria do adimplemento substancial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1403776-86.2018.8.12.0000 – Ponta Porã
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DO FORO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO DOS PROMITENTES COMPRADORES APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO EM DISCUSSÃO – INEXISTÊNCIA DE NORMA QUE AUTORIZE O DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA – PREVALÊNCIA DO FORO ELEITO NO MOMENTO DA TRATATIVA – DEVOLUÇÃO DE PARTE SUBSTANCIAL DO VALOR PAGO PELOS PROMITENTES COMPRADORES – DECISÃO CASSADA – REMESSA DOS AUTOS PARA O JUÍZO COMPETENTE – RECURSO PROVIDO.

Em matéria de competência prevalece, como critério geral, a natureza da relação jurídica litigiosa, que se define a partir do pedido e da causa de pedir no momento da propositura da ação.

Na hipótese, a causa de pedir da ação de conhecimento não atrai a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor relacionadas à facilitação de defesa de direito, já que não se trata de litígio atrelado a direito que tenha exsurgido de relação de consumo, mas sim de ação que reclama direitos do comprador de rescindir a relação jurídica regida pelas normas de direito civil e reaver valor despendido pela aquisição de unidade habitacional.

Consoante orientação do STJ, apesar da proteção contratual do consumidor estabelecida pelo CDC, o benefício do foro privilegiado estampado no art. 101, I, do CPC não resulta, per se, em nulidade absoluta das cláusulas de eleição de foro estabelecidas contratualmente. (STJ, REsp 1675012/SP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Poly Promotion Quatro Spe Empreendimentos Imobiliários Ltda agrava da decisão que concedeu tutela de urgência de natureza antecipada requerida por Luzinete José dos Santos e Santos e outro na ação de rescisão contratual, determinando-lhe para, no prazo de 10 (dez) dias, devolver a estes a quantia correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor por eles pagos pela promessa de compra e

venda de unidade imobiliária no condomínio Costa Paradiso Club Residenziale, na zona rural Barra dos Coqueiros, no Estado do Sergipe, sob pena de multa diária no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) até o limite de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Requer a concessão do efeito suspensivo e a consequente reforma da decisão sob duas vertentes: a incompetência do juízo singular, já que há cláusula de eleição do foro; e ausência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, porquanto, embora tenha acordado com a extinção do contrato de compromisso de compra e venda do imóvel, divergiu dos agravados quanto a forma de restituição dos valores, qual seja, em parcela única e imediata porque, além de ser uma situação que compromete a liquidez da empresa, diversos foram os dispêndios com tributos incidentes na transação formalizada e com a edificação propriamente dita.

Diz não ser aplicável na antecipação de tutela de urgência o enunciado da Súmula 543 do STJ por não ter dado causa à rescisão e ausente está o perigo de dano pontuado no art. 300 do CPC, existindo sim, perigo de dano inverso caso perdure a decisão.

Instruiu as razões de recurso com documentos de f. 16-63.

Recepcionado o recurso no efeito devolutivo, dilatando-se, no entanto, de 10 (dez) para 30 (trinta) dias o prazo para a agravante restituir os agravados 75% (setenta e cinco por cento) do valor pago por estes àquela.

Contrarrazões às f. 74-81 acompanhada de documentos (f. 82-94).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Poly Promotion Quatro Spe Empreendimentos Imobiliários Ltda agrava da decisão que concedeu tutela de urgência de natureza antecipada requerida por Luzinete José dos Santos e Santos e outro na ação de rescisão contratual, determinando-lhe para, no prazo de 10 (dez) dias, devolver a estes a quantia correspondente a 75% (setenta e cinco por cento) do valor por eles pagos pela promessa de compra e venda de unidade imobiliária no condomínio Costa Paradiso Club Residenziale, na zona rural Barra dos Coqueiros, no Estado de Sergipe, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 (trezentos reais) até o limite de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Requer a concessão do efeito suspensivo e a consequente reforma da decisão sob duas vertentes: a incompetência do juízo singular, já que há cláusula de eleição do foro; ausência dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, porquanto, embora tenha acordado com a extinção do contrato de compromisso de compra e venda do imóvel, divergiu dos agravados quanto a forma de restituição dos valores, qual seja, em parcela única e imediata porque, além de ser uma situação que compromete a liquidez da empresa, diversos foram os dispêndios com tributos incidentes na transação formalizada e com a edificação propriamente dita.

Diz não ser aplicável na antecipação de tutela de urgência o enunciado da Súmula 543 do STJ por não ter dado causa à rescisão e ausente está o perigo de dano pontuado no art. 300 do CPC, existindo, sim, perigo de dano inverso caso perdure a decisão.

Instruiu as razões de recurso com os documentos de f. 16-63.

Recepcionado o recurso no efeito devolutivo, dilatando-se, no entanto, de 10 (dez) para 30 (trinta) dias o prazo para a agravante restituir aos agravados 75% (setenta e cinco por cento) do valor pago por estes àquela, por ser este incontroverso.

Contrarrazões às f. 74-81 acompanhada de documentos (f. 82-94).

Incompetência do juízo

Repele a agravante a tramitação do processo no foro do domicílio dos agravados em razão das partes terem eleito foro quando firmaram a promessa de compra e venda de unidade imobiliária.

Os agravados, na contestação, destacam a competência do Foro de Ponta Porã, por ser o local em que possuem domicílio e ser a relação de consumo, subtraindo, desta feita, a competência do foro eleito no contrato.

No âmbito do direito do consumidor as normas de acesso à justiça e facilitação de defesa traduzem-se em mecanismos criados para proteger aquele que busca a proteção de algum direito nascido de uma relação de consumo. São normas criadas para facilitar o acesso aos órgãos administrativos e jurisdicionais, bem como para propiciar a adequada e efetiva tutela do consumidor enquanto sujeito hipossuficiente e vulnerável da relação de consumo.

Corolário dessa principiologia adotada, o art. 101, I, do CDC, estabelece que “*nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (...) a ação pode ser proposta no domicílio do autor*”.

A literalidade da norma não deixa dúvidas de que o foro especial do domicílio do consumidor pode ser invocado por aquele que pretende ajuizar ação com causa de pedir na responsabilidade do fornecedor, implica dizer, nas ações fundadas na reparação por fato do produto ou serviço.

Todavia, não é este o caso dos autos.

Na hipótese específica, em que pese ser de consumo a relação entre compradores e vendedora, o fato é que a causa de pedir da ação é de rescisão contratual e devolução dos valores pagos. Não está atrelada à vícios de produto ou serviço, nem ilícito praticado por fornecedor ou dano ao consumidor. Não é o caso, portanto, da aplicação do foro especial do consumidor, já que não se trata de ação fundada na responsabilidade do fornecedor, mas sim em relação patrimonial e obrigacional de cunho privado.

Não se pode olvidar que em matéria de competência prevalece, como critério geral, a natureza da relação jurídica litigiosa, que se define a partir do pedido e da causa de pedir no momento da propositura da ação, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente (art. 43, CPC).

Portanto, se a ação possui como causa de pedir a rescisão do contrato por desinteresse dos compradores, os autores agravados, e devolução dos valores pagos, a relação discutida é de cunho obrigacional, regida pelo diploma civil, pouco importando se, após a propositura da ação, se instaure debate (via de defesa) sobre outras situações relativas a relação de consumo.

Percuciente a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves¹ sobre a regra processual que consagra a *perpetuatio jurisdictionis*:

A regra da perpetuação da competência impede que o processo seja itinerante, tramitando sempre aos sabores do vento, mais precisamente aqueles gerados por mudança de fato (por exemplo, domicílio) ou de direito (por exemplo, uma nova lei afirmando que todo torcedor da Portuguesa deve ser demandado no foro de seu domicílio). A fixação, por

1 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Curso de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivum, 2016, p. 61.

outro lado, serve também para evitar eventuais chicanas processuais de partes imbuídas de má-fé, que poderiam gerar constantemente mudanças de fato para postergar a entrega da prestação jurisdicional.

Desta forma, com razão a agravante no que diz respeito a incompetência do juízo para processar e julgar a presente ação, mormente quando o Superior Tribunal de Justiça vem homenageando a cláusula do foro de eleição estabelecidas nas relações de consumo, ainda que fixadas em contrato de adesão, reservando o afastamento de sua validade apenas nos casos em que reconhecida a sua abusividade, a inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Poder Judiciário. (EDcl nos EDcl no CC 146.960/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, julgado em 22/11/2017, DJe 28/11/2017).

Confira-se a tratativa conferida pelo Superior Tribunal de Justiça a questão análoga:

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – COMPETÊNCIA TERRITORIAL – RELATIVA – ALTERAÇÃO POR CONVENÇÃO DAS PARTES – ABUSIVIDADE NÃO CONFIGURADA – POSSIBILIDADE.

1. Ação de rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 25.01.2015. Exceção de incompetência arguida em 26.03.2015. Agravo em recurso especial distribuído ao gabinete em 24.04.2017. Julgamento: CPC/1973.

2. O propósito recursal é o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão de compra e venda de imóvel.

3. A alteração da competência territorial por contrato de adesão, por si só, não permite inferir pela nulidade da cláusula, devendo, para tanto, concorrer a abusividade ou a ilegalidade.

4. Apesar da proteção contratual do consumidor estabelecida pelo CDC, o benefício do foro privilegiado estampado no art. 101, I, do CPC não resulta, per se, em nulidade absoluta das cláusulas de eleição de foro estabelecidas contratualmente.

5. O STJ possui entendimento no sentido de que a cláusula que estipula a eleição de foro em contrato de adesão, só poderá ser considerada inválida quando demonstrada a hipossuficiência ou a dificuldade de acesso da parte ao Poder Judiciário.

6. Nesta perspectiva, a situação de hipossuficiência de uma das partes, por sua manifesta excepcionalidade, deve ser demonstrada com dados concretos em que se verifique o prejuízo processual para alguma delas.

7. A condição de consumidor, considerada isoladamente, não gera presunção de hipossuficiência a fim de repelir a aplicação da cláusula de derrogação da competência territorial quando convencionada, ainda que em contrato de adesão.

8. Recurso especial conhecido e provido, para determinar que a ação seja processada e julgada no foro estipulado contratualmente. (STJ, REsp 1675012/SP, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 14/08/2017)

Nesse linear, não se pode olvidar que são consideradas abusivas e, portanto, inquinadas de nulidade, as cláusulas de eleição de foro em contratos de consumo quando forem estabelecidas em prejuízo do acesso do consumidor à jurisdição.

Na hipótese específica, não verifico abusividade na cláusula contratual que fixou o Foro da Comarca de Barra dos Coqueiros, no Estado de Sergipe, por ser o local das tratativas e realização do negócio jurídico e eleito de comum acordo pelos litigantes.

Consigno, por outro lado, que eventual dificuldade de acesso de defesa dos compradores, ora agravados, decorre da mudança de seu domicílio posterior, porquanto, como se vê às f. 33 dos autos na origem, à época do negócio residiam em Paulo Afonso, no Estado da Bahia, o que torna também inviável acolher a abusividade da cláusula contratual de eleição do foro da situação do imóvel.

Logo, razão é de ser dada a agravante no sentido de reconhecer-se a incompetência do juízo da Comarca de Ponta Porã.

Posto isso, reconheço a incompetência do juízo de Ponta Porã para processar e julgar o Processo nº 0802637-28.2017.8.12.0019, devendo ser o processo encaminhado para o Foro da Comarca de Barra dos Coqueiros, no Estado de Sergipe, por ser o eleito pelos litigantes no instrumento cuja rescisão se postula.

Por via de consequência, casso a decisão que determinou à agravante que restitua aos agravados o montante de 75% do valor repassado por estes àquela, pela promessa de futura aquisição de unidade imobiliária.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1408707-69.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO – ALIMENTOS PROVISÓRIOS ATÉ PARTILHA DOS BENS – NECESSIDADE DOS ALIMENTOS – CAPACIDADE DE PAGAMENTO – RECURSO PROVIDO.

Considerando a comprovada incapacidade atual da agravante (ex-esposa) para manter sua subsistência, bem como a capacidade de pagamento do agravado, aliado ao fato de estar na posse dos bens do casal, a ex-esposa faz jus aos alimentos provisórios até a partilha de bens.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de abril de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

S. T. C. A. de A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão proferida nos autos da ação de divórcio ajuizada contra J. A. de A., consistente em fixar alimentos provisórios em 3 (três) salários mínimos mensais, até que seja ultimada a partilha de bens do casal.

Afirma que teve que alugar um imóvel para fixar sua nova residência, e que seu rendimento (R\$ 4.691,77), mesmo que acrescido dos alimentos provisórios arbitrados não é o suficiente para suportar as despesas mensais.

Informa que o agravado está usufruindo do imóvel que também é seu, e que o agravado possui rendimentos que possibilitam o pagamento dos alimentos pretendidos.

Pede a antecipação da pretensão recursal para majoração do valor fixado a título de alimentos provisórios para o limite de 20% ou 30 % sobre o valor dos rendimentos do agravado.

Ao final, pede o provimento do recurso com reforma da decisão e majoração dos alimentos provisórios.

A decisão de f. 45-7, antecipou a tutela recursal e majorou os alimentos provisórios fixados na decisão agravada em 3 salários mínimos para 20% sobre a renda líquida do agravado.

Sem contraminuta (f. 70).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

S. T. C. A. de A. interpõe agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos da ação de divórcio ajuizada contra J. A. de A., consistente em fixar alimentos provisórios em 3 (três) salários mínimos mensais, até que seja ultimada a partilha de bens do casal.

A decisão que recebeu o agravo antecipou a tutela recursal e majorou a verba alimentar fixada na decisão agravada para 20% sobre o rendimento líquido do agravado (f. 45-7):

“Com efeito, é certo que o casal possui patrimônio que encontra-se sob a posse e administração exclusiva do agravado, de modo que entendo estar presente a possibilidade do pagamento, bem como a necessidade da agravante, na medida em que esta deixou o imóvel e atualmente paga aluguel.

Diante do exposto, antecipo a tutela recursal pretendida e majoro para 20% sobre o rendimento líquido do agravado, os alimentos provisórios.

Entendo que não há perigo da irreversibilidade da medida, pois a fixação dos alimentos é provisória, de modo que com o avançar da instrução, à luz de maiores provas, o encargo fixado poderá ser alterado, desde que comprovado inequivocamente que não atende ao binômio necessidade-possibilidade.

Tendo em vista o comprovante de rendimentos apresentado às f. 43, defiro, apenas para o processamento do presente recurso, os benefícios da assistência judiciária gratuita, sem prejuízo de eventual impugnação em contestação.”

Rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por intempestividade.

É que da decisão liminar no processo originário houve a interposição de embargos de declaração, e estes interrompem o prazo recursal.

Daí porque não há que falar-se em intempestividade recursal.

Analiso o mérito.

Após compulsar os autos principais, bem como o agravo de instrumento interposto pelo ora agravado (autos n.º 1408382-94.2017.8.12.0000), contra a mesma decisão, mantenho a antecipação da tutela recursal no sentido de fixar alimentos provisórios em 20% sobre a renda líquida do agravado.

Isso porque o pedido de alimentos da agravante tem fundamento no dever de mútua assistência entre os cônjuges, previsto no art. 1.566, III, do CC, e sua fixação, em sede de tutela de urgência, depende de prova inequívoca da necessidade da requerente e da possibilidade do requerido, o que restou cabalmente demonstrado nos autos.

No caso dos autos, restou comprovado que o casamento durou cerca de 27 (vinte e sete anos), período em que o casal constituiu considerável patrimônio, o qual encontra-se em plena administração do agravado.

Não bastasse isso, a agravante afirmou estar morando em imóvel locado, e que auferia renda líquida de cerca de R\$ 4.691,17 (f. 05), valor que não é suficiente para suportar as despesas básicas mensais, o demonstra a necessidade de auxílio financeiro até a partilha dos bens.

De outro lado, a capacidade de pagamento também restou demonstrada nos autos com a juntada de comprovante de rendimentos do agravado às f. 10 (art. 1.694, § 1º, do CC).

Não bastasse isso, oportuno ressaltar que a obrigação de alimentar ex-cônjuge também é proveniente do dever de solidariedade, bem como do dever de mútua assistência entre os cônjuges e encontram amparo legal no art. 1.694, do Código Civil:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Nas lições de Maria Berenice Dias¹:

“A obrigação alimentar em favor do cônjuge tem fundamento no dever de cuidado, nada mais do que o adimplemento da promessa ‘na riqueza ou na pobreza’ feita quando do casamento. Flávio Tartuce chama de alimentos pós-divórcio o direito a alimentos depois de dissolvido o casamento, tendo como origem os princípios da solidariedade (CF 3º, I) e da dignidade humana (CF 1º III).”

Pelo exposto, dou provimento ao recurso para majorar os alimentos provisórios fixados na decisão em 3 (três) salários mínimos para 20% (vinte por cento) sobre a renda líquida do agravado.

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. 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^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 03 de abril de 2018.

¹ Manual de Direito das Famílias, 9º ed, Revista dos Tribunais, 2013, pág 551.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800349-43.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE ABSOLUTA – *QUERELA NULLITATIS* – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO NA AÇÃO DE EXECUÇÃO – OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

A *querela nullitatis* é uma ação declaratória de inexistência do ato questionado, e não de invalidade, e por tais razões fica claro que somente é cabível o seu ajuizamento quando houver violação a um dos pressupostos processuais de existência, quais sejam: a) jurisdição; b) citação; c) capacidade postulatória do autor e, d) petição inicial.

Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a *querela nullitatis* é remédio para o combate de sentença contaminada pelos vícios transrescisórios, os quais tornam o julgado inexistente, hipótese que não se verifica nos 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de maio de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de apelação cível interposta por Oseias Luis dos Santos contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação declaratória de nulidade *querela nullitatis* que move contra Mohamed Youssef El Jarouche, julgou improcedentes os pedidos.

O apelante alegou, em síntese, que não figurou nos autos do processo executivo, apenas e tão somente teve conhecimento da referida execução quando da imissão da posse, oportunidade em que fora despejado de sua residência, apanágio de sua família, ocorrido em 20.07.2004.

Sustentou que o exequente, ora apelado, foi nomeado depositário fiel, e não o apelante que sempre esteve na posse do imóvel, e que, nesta qualidade, é quem deveria ter sido encarregado de tal encargo, e assim, conhecedor de tal situação, teria oportunidade, logo após penhora, de ajuizar os devidos embargos de terceiro.

Afirmou que a utilização da ação anulatória para desconstituir a constrição (adjudicação) sobre o imóvel não interfere nem retira a legitimidade à lide na substituição dos embargos de terceiro. Além do mais, ao terceiro sempre será facultado o uso das vias ordinárias para reivindicar o bem sob constrição judicial.

Argumentou que restou comprovado pelos documentos carreados aos autos que o executado vendeu o imóvel para a pessoa de Noracil de Melo Cerqueira muito antes do ajuizamento da execução, e apenas e tão somente registrou a escritura de compra e venda no dia 23.10.2001.

Sustentou que a inexistência de citação e intimação válidas torna inexistente a relação jurídica processual, a qual somente se perfectibiliza com a existente e válida citação do requerido ou terceiro de boa fé para compor a lide, o que não ocorreu no caso em testilha, razão pela qual é perfeitamente possível o ajuizamento de *querela nullitatis*.

Ao final, pediu o provimento do recurso, para reformar integralmente a r. sentença, uma vez que ao terceiro sempre será facultado o uso das vias ordinárias para reivindicar o bem sob constrição judicial e, assim, sua não utilização não altera o direito material existente. Por conseguinte, a robusta prova documental carreada nos autos comprova que o imóvel foi alienado pelo executado no dia 28.05.1997, e, por sua vez, a execução apenas fora ajuizada em 21.08.2001, ocorreu apenas que a escritura de compra e venda não havia sido registrada junto ao cartório de registro de imóveis.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 145-50, na qual pede o desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Oseias Luis dos Santos contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação declaratória de nulidade *querela nullitatis* que move contra Mohamed Youssef El Jarouche, julgou improcedentes os pedidos.

O apelante sustentou, em síntese, que deveria ter sido citado nos autos da ação de execução n.º 0006820-31.2001.8.12.0021, já que era terceiro de boa-fé, tendo sido mencionado nos autos dos embargos de terceiro opostos por Noracil de Melo Cerqueira que o imóvel tinha sido vendido em 09.06.2000, conforme comprova o contrato de compra e venda às f. 25-6 dos autos, em que fora reconhecida a firma da assinatura do vendedor pelo Cartório do 2º Ofício de Três Lagoas/MS.

Narrou que não figurou nos autos do processo executivo, e teve conhecimento da referida execução tão somente quando da imissão da posse, após a adjudicação judicial, oportunidade em que foi despejado de sua residência em 20.07.2004.

Defende também que não ocorreu a fraude à execução declarada nos autos da execução n.º 0006820-31.2001.8.12.0021, pois o executado vendeu o imóvel para a pessoa de Noracil de Melo Cerqueira muito antes do ajuizamento da execução, apesar de ter levado a escritura de compra e venda ao registro no dia 23/10/01.

Para melhor esclarecimentos, convém tecer algumas considerações sobre os fatos ocorridos.

O apelado Mohamed Youssef El Jarouche ingressou com ação de execução por quantia certa contra devedor solvente contra o devedor Flávio Rubens Dias, autos n.º 0006820-31.2001.8.12.0021, no qual foi penhorado o imóvel matriculado sob n.º 28.887, em 30 de abril de 2002 (f. 39). Após a penhora,

em 30.09.2002, foi declarada a fraude de execução e anulada a venda e compra do imóvel ocorrida em 23.10.2001, onde figurou como comprador Noracil de Melo Cerqueira.

Noracil de Melo Cerqueira apresentou, então, embargos de terceiro (autos n.º 021.02.008373-5) sob o fundamento que o imóvel era bem impenhorável e que já o tinha vendido a seu cunhado, terceiro de boa-fé, motivo pelo qual, inclusive, foi extinta a ação sem julgamento de mérito, com declaração de ilegitimidade ativa da parte (f. 44-6).

O imóvel penhorado foi adjudicado em 12.12.2003 (f. 48) e houve imissão na posse em 20.07.2004 (f. 52).

O pedido do apelante não merece prosperar.

Apesar de não haver previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro atual, a *querela nullitatis* sobrevive no nosso sistema, em que pese as divergências entre os doutrinadores sobre as hipóteses de cabimento, em razão das interpretações dadas às expressões nulidade e inexistência jurídica. Enquanto alguns intérpretes do direito afirmam inexistir esta diferenciação, outros a defendem firmemente.

Sobre o tema a Ministra Eliana Calmon bem esclareceu no julgamento do REsp nº 1015133/MT:

“(...) O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois elementos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação querela nullitatis e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário. 5.2. A nulidade absoluta insanável – por ausência dos pressupostos de existência – é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art.485 do CPC (ação rescisória). A chamada querela nullitatis insanabilis é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram (...)”

Assim, fica claro que somente é cabível o ajuizamento de *querela nullitatis* ou ação de declaração de inexistência de relação jurídica quando houver violação a um dos pressupostos processuais de existência, quais sejam: a) jurisdição; b) citação; c) capacidade postulatória do autor e, d) petição inicial.

Explicitando, cabível a *querela* contra a) sentenças com ausência de decisório; b) sentenças proferidas em processos instaurados por meio de uma ação, faltando uma de suas condições; c) sentenças em que teria a citação nula aliada à revelia; d) sentenças em que não tenha citado litisconsórcio necessário unitário; e) sentenças que não contenham assinatura do Juiz ou não estejam escritas.

Se ocorrido o suposto vício insanável, a nulidade não convalesce com a incidência da coisa julgada, não se submete ao prazo prescricional e, muito menos, sobre ela se opera a preclusão, podendo, a qualquer momento, uma vez constatada, ser suscitada a nulidade via ação ordinária *querela nullitatis insanabilis*.

Na hipótese dos autos, não há qualquer vício na sentença prolatada nos autos da ação de execução n. 0006820-31.2001.8.12.0021, tampouco nos embargos de terceiro, que justifique a propositura da presente demanda com o fito de obter a declaração de nulidade da penhora e adjudicação concretizadas nos autos.

O inconformismo do apelante não está relacionado a nenhum tipo de vício formal, havendo uma mera insurgência em relação ao entendimento externado pelo julgador, o que é de todo inadmissível.

Como bem frisou o magistrado de primeira instância, não havia qualquer razão para que o apelante fosse citado nos autos da execução, pois não era o devedor do título executivo, tampouco seria o caso de citação nos embargos de terceiro, eis que o próprio embargante Noracil de Melo Cerqueira, à época do ajuizamento dos embargos referidos, alegou que vendeu o bem ao seu cunhado, ora apelante, portanto, seria o caso de o apelante atuar como litisconsorte ativo nos embargos de terceiro ou mesmo ter apresentado os embargos em seu próprio nome, mas não o fez.

O apelante não se enquadra em qualquer das hipóteses de litisconsórcio passivo necessário na ação de origem. Assim, não há defeito na citação, como alega o recorrente, porque simplesmente não haveria de ser citado.

Ademais, o apelante deveria ter ajuizado os embargos de terceiro, no prazo de 5 (cinco) dias da ciência do ato atentatório à posse que afirma que detinha naquela ocasião, nos termos do art. 1048, do CPC/73, vigente a época.

Por fim, também não há que se discutir a propriedade do imóvel nestes autos, tampouco a fraude à execução declarada nos autos da ação de execução n.º 0006820-31.2001.8.12.0021, eis que foram matérias amplamente discutidas nos autos da execução e nos embargos de terceiro. Tal discussão é própria de recurso, não de ação declaratória de nulidade.

Diante desses fundamentos, e como a análise do pedido subsidiário não foi objeto de apelo, a sentença deve ser mantida em sua integralidade.

Pelo exposto, conheço o recurso e a ele nego provimento.

Majoro os honorários advocatícios para 20% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, observado que o apelante é beneficiário da justiça gratuita.

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. Sérgio Fernandes Martins

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^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 08 de maio de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0802347-12.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL REJEITADA – MATÉRIA PRECLUSA – DECISÃO DO STJ – EMPRESA DE RADIODIFUSÃO – INTERESSE DA UNIÃO NÃO CONFIGURADO – PRELIMINARES AFASTADAS – MÉRITO – RÁDIO COMUNITÁRIA QUE REALIZA CHAMADAS PUBLICITÁRIAS – VIOLAÇÃO DE DEVER LEGAL DE TRANSMITIR APENAS INFORMES INSTITUCIONAIS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as partes devem alegar toda a matéria de defesa em momento oportuno, sob pena de não mais ser possível sua análise posterior, em razão da preclusão (AgRg no REsp n.º 1.172.941/PR, Relator Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, 15/06/2010).

Quanto ao conflito de competência, o STJ já decidiu que em casos de interesses particulares, no caso dos autos tão somente a irregularidade na atividade de serviços de radiodifusão, não é competente a Justiça Federal, visto que não há interesse da União, mormente porque é discutida a suposta desvantagem comercial sofrida por uma das partes.

Havendo provas de que a rádio comunitária realizou chamadas publicitárias durante sua programação, transmitindo a descrição dos produtos e serviços anunciados em conjunto com preços e formas de pagamento, a condenação na obrigação de não fazer é medida que se impõe.

Sentença mantida. Recurso desprovido.

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 negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

Des. Marcelo Câmara Rasslan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Associação Cultural Comunitária de Três Lagoas - Rádio Pantanal interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos de ação de obrigação de não fazer cumulada com reparação de danos que lhe move Rádio e Televisão Caçula Ltda, que julgou parcialmente procedente o pedido feito na inicial.

Em razões recursais, a apelante sustenta preliminarmente a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, tendo em vista que a matéria é de interesse da União, pois esta possui competência para fiscalizar os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Aduz a ofensa ao contraditório e ampla defesa, visto que não foi oportunizado momento para que a apelante se manifestasse sobre os documentos (CD/DVD) trazidos pela apelada nos autos. Ainda, argumenta que não há nos autos prova da ocorrência do dano material para o deferimento da tutela antecipada, devendo a decisão ser cassada.

No mérito, afirma que os programas veiculados se deram em forma de apoio cultural, sendo este possível com o pagamento dos custos relativos à transmissão da programação, mediante divulgação de mensagens institucionais da entidade apoiadora. Alega que o que houve, em verdade, foi um equívoco de interpretação quanto ao que seria considerado propaganda, afirmando que o que é proibido pela legislação é apenas a divulgação de preço e condições de pagamento e isto não ocorreu, devendo a sentença ser reformada, eis que a apelante cumpre todas as normas que regulam as rádios comunitárias.

Por fim, sustenta que não foi recolhida corretamente a taxa judiciária, tendo em vista que um terceiro não habilitado no processo realizou o pagamento que não era de sua obrigação, devendo ser cancelada a ação pois não houve seu cumprimento por quem é parte autora nem tampouco este terceiro comprovou seu interesse em pagar a taxa.

Dessa forma, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso interposto para o fim de reformar a sentença, condenando a apelada ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Contrarrazões às f. 388-94, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Associação Cultural Comunitária de Três Lagoas - Rádio Pantanal interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2.^a Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, nos autos de ação de obrigação de não fazer cumulada com reparação de danos que lhe move Rádio e Televisão Caçula Ltda, que julgou parcialmente procedente o pedido feito na inicial.

A apelante sustenta, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, tendo em vista que a matéria é de interesse da União pois possui competência para fiscalizar os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens. Aduz a ofensa ao contraditório e ampla defesa, visto que não foi oportunizado momento para que a apelante se manifestasse contra os documentos (CD/DVD) trazidos pela apelada nos autos. Ainda, fundamenta que não há nos autos prova da ocorrência do dano material para o deferimento da tutela antecipada, devendo a decisão ser cassada.

No mérito, afirma que os programas veiculados se deram em forma de apoio cultural, sendo este entendido como o pagamento dos custos relativos à transmissão da programação, mediante divulgação de mensagens institucionais da entidade apoiadora. Alega que o que houve, em verdade, foi um equívoco de interpretação quanto ao que seria considerado propaganda, afirmando que o que é proibido pela legislação é apenas a divulgação de preço e condições de pagamento e isto não ocorreu, devendo a sentença ser reformada, eis que a apelante cumpre todas as normas que regula as rádios comunitárias.

Por fim, sustenta que não foi recolhida corretamente a taxa judiciária, tendo em vista que um terceiro não habilitado no processo realizou o pagamento que não era de sua obrigação, devendo ser cancelada a

ação pois não houve seu cumprimento por quem é parte autora nem tampouco este terceiro comprovou seu interesse em pagar a taxa.

Dessa forma, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso interposto para o fim de reformar a sentença, condenando a apelada ao pagamento dos ônus da sucumbência.

Pois bem. De início cumpre analisar as preliminares apontadas pela parte.

Afirma a apelante que por se tratar de prestação de serviço de rádio comunitária, a competência para o processamento e julgamento do feito deve ser da Justiça Federal, porquanto se analisa a forma do exercício da atividade.

Contudo, não merece prosperar a alegação da apelante. A princípio, verifica-se que a preliminar arguida já foi afastada pelo magistrado singular na decisão interlocutória (f. 268-9), passível de impugnação por recurso próprio, o qual não foi interposto pela parte apelante.

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, as partes devem alegar toda a matéria de defesa em momento oportuno, sob pena de não mais ser possível sua análise posterior, em razão da preclusão (AgRg no REsp n.º 1.172.941/PR, Relator Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, 15/06/2010).

Há de se destacar, ainda, que especificamente quanto ao conflito existente no caso dos autos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu inúmeras vezes no sentido de que a competência para processar e julgar feitos em que não haja interesse direto da União é da Justiça Estadual.

Assim, tem-se o teor da decisão monocrática em conflito de competência n. 121.780/MS (2012/0065303-7), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

“1. Trata-se de conflito negativo de competência, instaurado entre o Juízo Federal da 1ª Vara de Coxim - SJ/MS, Suscitante, e o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, suscitado, nos autos de ação ordinária de obrigação de não fazer c/c reparação de danos, proposta por Rádio Vale do Taquari Ltda. em desfavor de FM Pantaneira, mantida pela Associação Comunitária e Cultural Pantaneira. A ação teve origem no Juízo de Direito da 2ª Vara de Coxim/MS, que proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido da parte autora, no sentido de “confirmar a decisão que antecipou os efeitos da tutela”. A Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, em manifestação juntada às f. 188/190, afirmou não ter qualquer interesse jurídico na demanda. Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul acolheu a preliminar de incompetência do Juízo de Direito e anulou a sentença (f. 282/286), tendo os autos sido remetidos à Justiça Federal. Por sua vez, Juízo Federal da 1ª Vara de Coxim - SJ/MS entendeu por bem suscitar o presente conflito, por entender que “há um impasse no que diz respeito à competência do julgamento da ação, uma vez que a mesma é da Justiça Estadual Comum”. O Ministério Público Federal manifestou-se pela competência do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (f. 308/310). É o relatório. Decido.

2. A questão já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo-lhe aplicável o disposto nas Súmulas de n.ºs 150, 224 e 254. Tendo sido reconhecida a ausência de interesse jurídico de ente federal na lide (Súmula 150/STJ), descabe à Justiça Estadual reexaminar a decisão proferida pela Justiça Federal (Súmula 254/STJ). Destarte, nos termos do disposto na Súmula 224 desta Corte “excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito de competência”.

3. *Outrossim, O Superior Tribunal de Justiça ao julgar ação havida entre particulares envolvendo a composição societária de empresa de radiodifusão, assim decidiu: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO – EMPRESA DE RADIODIFUSÃO – COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA – AÇÃO PROPOSTA POR PARTICULAR CONTRA PARTICULAR – INTERESSE DA UNIÃO NÃO CONFIGURADO – REMESSA DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA FEDERAL – IMPOSSIBILIDADE. - Tratando-se de causa entre os sócios de uma empresa de radiodifusão, ou seja, uma ação proposta por particular contra particular, na qual não se vislumbra a existência de interesse da União, não ocorre deslocamento de competência. - A União Federal, apenas, intervém no exercício da “administração pública de interesses privados” para autorizar ou não a composição societária. O seu interesse, que motiva a intervenção da Justiça Federal é o manifestado como ré, assistente ou opoente – acerca do direito sub judice. In casu, não está em jogo direito algum da entidade federal, mas uma providência a ser reclamada junto à União Federal para que se possa considerar validamente integrada a sociedade. Quando muito, haveria uma relação de prejudicialidade entre a autorização da União e o prosseguimento do processo ordinário cível entre os particulares.- Ademais, no momento em que a União Federal intervier na medida cautelar, proposta perante a justiça comum, afirmando interesse jurídico na solução do conflito os autos, evidentemente, serão deslocados para a Justiça Federal, porque o juízo comum não pode absorver uma causa federal, mas o juízo federal pode absorver, por conexão, uma medida cautelar proposta inicialmente perante a justiça comum.- Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Uruaçu - GO, o suscitado, declarando nulos os atos decisórios do Juízo Federal (CC 34.200/GO, Relator p/ o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 10.04.2002).”*

Desta forma, como a ação se dá entre particulares e que não foi reconhecido pelo Juízo Federal qualquer interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, a competência é da Justiça Comum Estadual.

4. *Ante o exposto, não conheço do conflito e determino sejam os autos remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, para apreciar o recurso de apelação. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 25 de abril de 2013. Ministro Luis Felipe Salomão Relator (Ministro Luis Felipe Salomão, 07/05/2013)”. (grifou-se).*

Demais disso, a circunstância dos autos não versa sobre a concessão ou autorização da prestação de serviços de radiodifusão, o que atrairia a competência da Justiça Federal. Conforme se observa, a parte apelada, autora do feito, alega tão somente a irregularidade no desempenho da atividade, consubstanciada na veiculação de propagandas comerciais. Vê-se, portanto que o que ocorre, em verdade, é um conflito de interesses particulares, visto que é discutida a suposta desvantagem comercial sofrida pela apelada.

Assim, rejeito a preliminar de incompetência.

De outro lado, rejeito parte do apelo que diz respeito ao cerceamento de defesa em razão da alegada falta de oportunidade nos autos para que a apelante se manifestasse contra os arquivos de áudio disponibilizados pela parte apelada. Tal afirmação não merece prosperar visto que não houve manifestação da requerida nesse sentido, conforme bem apontado pela magistrada singular em audiência de instrução e julgamento (f. 331).

Não bastasse, do mesmo modo rejeito o apelo no que tange à alegação da falta de requisito para a concessão da antecipação da tutela, por se tratar de matéria não impugnada mediante a interposição de recurso próprio, por ocasião de seu deferimento.

Ambas as matérias encontram-se, portanto, preclusas.

Quanto à alegação de que a distribuição do feito deveria ser cancelada pois a taxa judiciária foi recolhida por terceiro não habilitado no processo, tenho que totalmente descabida e sem embasamento jurídico a pretensão da apelante. Para a prestação jurisdicional basta que haja o pagamento do preparo e das custas iniciais, pouco importando que quem o tenha feito seja terceira pessoa, posto que se presume que o tenha feito por ordem do interessado.

Assim, afasto tal alegação e passo a analisar o mérito recursal.

Aduz a apelante que os programas veiculados se deram em forma de apoio cultural, sendo este o entendido como o pagamento dos custos relativos à transmissão da programação, mediante divulgação de mensagens institucionais da entidade apoiadora. Afirmo ainda que a rádio é legal, caminha dentro da lei, zela e preza pelas orientações do Ministério das Comunicações.

Pois bem. Conforme análise das provas colacionadas aos autos, verifica-se que a apelante estaria realizando chamadas publicitárias durante a sua programação, deixando de transmitir apenas propagandas institucionais.

Tal situação restou demonstrada, pois, ouvindo os arquivos de áudio disponíveis, percebo seu conteúdo publicitário eis que anunciam nomes e preços de produtos ou serviço, evidentemente com natureza de oferta publicitária. E em complemento, frente à particularidade da rádio comunitária não almejar lucro, é claro que seus preços podem ser mais vantajosos do que aqueles praticados pelas concorrentes comerciais, de maneira que a perda de receita pode ser significativa, ainda mais em tempos de diminuição de procura, noticiada pela própria apelada.

Com efeito, personificando-se como associação, é evidente que a apelante, mesmo que recolha tributos e contribua para o Ecad, não almeja lucro e assim, fazendo veiculação de comerciais, concorre indevidamente com as demais rádios, com o que não se pode concordar, até porque a lei o proíbe.

Outrossim, fundamental destacar que a medida em nada prejudica a recorrente, se ela estiver – como afirma – realmente apenas veiculando propaganda institucional, pois a vedação imposta e a multa prevista somente incidirão em caso de afronta à lei, o que não ocorrerá se transmitir apenas material institucional.

Como se não bastasse, é mister salientar também que, ao contrário do alegado pela recorrente, a forma de apresentação da sua programação não é aquela facultada legalmente, pois é claro que, conforme tive oportunidade de ouvir, não se transmite apenas propaganda institucional, mas sim aquela com nítido propósito comercial – e não meramente de patrocínio –, o que é vedado.

Destaco, ainda, o entendimento da magistrada singular que bem observou:

“(...) No caso em tela com a oitiva dos CD's trazidos às f. 180, 233, 244, 263, 266 e 346, sobram elementos que demonstram a veiculação de propagandas de cunho exclusivamente comercial, tendo em vista que se observa o anúncio de várias empresas que atuam neste município, com a divulgação de nomes, preços de produtos ou serviços, chamamentos promocionais etc, ou seja, características que, a meu entender, transcendem os limites de informes de 'apoio cultural' ao qual está sujeita a requerida.”

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau.

Deixo de majorar os honorários advocatícios com fundamento no art. 85, § 11 do Novo CPC, porque fixados no percentual máximo (20%).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0816657-54.2012.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO – COLISÃO ENTRE DUAS MOTOS QUE TRAFEGAVAM NUMA MESMA FAIXA DE ROLAMENTO – RESPONSABILIDADE CIVIL – MANOBRA IMPRUDENTE DE CONVERSÃO À ESQUERDA – NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA – EXCESSO DE VELOCIDADE – CULPA CONCORRENTE DAS PARTES ENVOLVIDAS NO ACIDENTE – RESPONSABILIDADE PRESUMIDA DA EMPRESA RÉ – EXTENSÃO DOS DANOS – DANOS MORAIS DEVIDOS – ABALO MORAL DEMONSTRADO – DANO ESTÉTICO NÃO DEMONSTRADO – LUCROS CESSANTES COMPROVADOS – DANO MATERIAL EMERGENTE PARCIALMENTE DEMONSTRADO – SENTENÇA REFORMADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA CONFIGURADA – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO.

Constata-se culpa concorrente quando há a demonstração de que o acidente de trânsito ocorreu em razão da falta de cuidado de ambas as pessoas envolvidas.

A empresa ré possui responsabilidade pelos atos praticados pelo condutor do veículo envolvido no acidente, considerando a pertinência do vínculo profissional e, ainda, o horário de expediente que aquele estava cumprindo, a teor do que dispõe o art. 932, inc. III do CC.

Os danos morais caracterizam-se pelo sofrimento e sequelas físicas suportadas pela parte autora, que, como dito, em razão do acidente, submeteu-se a tratamento médico para cura de graves lesões em suas pernas, encontrando-se com limitação definitiva em sua perna direita.

O dano estético, em resumo, é qualquer alteração externa da aparência humana que, em relação à situação anterior, promova piora estética da pessoa; é a ofensa, culposa ou dolosa, permanente na integridade física do ofendido, logo, invoca a responsabilidade civil para a sua total reparação.

As perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

O dano emergente, também chamado de positivo, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão de ato ilícito, caracterizado pelo ordenamento jurídico como aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Marcio Vinicius Paes de Bona Nardi, inconformado com a sentença de improcedência do pleito formulado nos autos da ação de ressarcimento de danos (Feito nº 0816657-54.2012.8.12.0001, da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizado em face de Innova Móveis Personalizados Ltda, interpôs apelação cível (f. 330-349).

Afirmou, em síntese, que, o disposto no art. 38 do CTB não deve ser isoladamente considerado no caso, devendo-se, ainda, observar o que dispõem os arts. 26, 28, 36 e 37, todos do CTB.

Referiu não haver dúvidas que na hipótese restou demonstrado que o funcionário da empresa apelada deu causa ao acidente de trânsito que causou danos ao apelante, interceptando-o quando fez a conversão à esquerda.

Dispôs que de acordo com os arts 34, 36 e 37 do CTB, o condutor do veículo deve dirigir com atenção, antes de realizar a manobra, ou seja, antes de começar a se aproximar da linha divisória da pista deve tomar as devidas precauções.

Alegou que não se trata de acidente entre veículos que, por sua dimensão, dentro de uma única via trafegam somente um atrás do outro, argumentando que diante das dimensões dos veículos (motos) conseguem transitar, com segurança, dentro de uma única faixa de rolamento (f. 338).

Expôs que o funcionário da empresa apelada sem prestar a devida atenção e cuidado deslocou a sua moto para a esquerda e acabou por interceptar a rota do apelante.

Mencionou que a redução de velocidade perpetrada pelo funcionário da apelada foi contrária às normas de trânsito, conforme dispõe o art. 43 do CTB.

Aduziu que o funcionário da apelada, em patente negligência, submeteu os demais condutores a um enorme risco ao obstruir a marcha normal dos demais veículos sem se certificar de que poderia fazê-lo.

Sustentou a responsabilidade objetiva da parte apelada em razão da conduta de seu funcionário (art. 932, inc. III do CC) e, por isso, pleiteou a reforma do julgado recorrido, julgando-se procedente o pleito autoral, relativos aos danos morais, materiais e lucros cessantes suportados pelo apelante.

A empresa apelada apresentou resposta ao recurso do autor (f. 355-362), oportunidade em que pugnou pelo seu não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marcio Vinicius Paes de Bona Nardi, inconformado com a sentença de improcedência do pleito formulado nos autos da ação de ressarcimento de danos (Feito nº 0816657-54.2012.8.12.0001, da 1ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS) ajuizado em face de Innova Móveis Personalizados Ltda.

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.

Breve relato dos fatos que permeiam a demanda

Extraí-se dos autos que o apelante ajuizou a presente demanda com o objetivo de ser ressarcido por danos suportados em razão de acidente de trânsito ocorrido em 26/04/2011, o qual, segundo alega, ocorreu por culpa do funcionário da empresa ré, ora apelada, ao conduzir uma motocicleta, interceptando a trajetória da moto Honda Biz conduzida pelo autor-apelante, ao proceder a conversão para a esquerda.

Alegou que o acidente foi a falta de atenção do motorista do veículo 2 (dois), tendo em vista que o veículo 1 (um) estava do seu lado e, mesmo assim, tentou atravessar na frente deste na tentativa de cruzar a rua em uma manobra totalmente imprudente, a qual originou o sinistro (f. 3).

Após a apresentação de defesa (f. 112-127) e realização de audiência de instrução, em que foram colhidos depoimentos testemunhais (f. 288) e, ainda, do funcionário da empresa demandada, ouvido como informante (f. 294), o juízo *a quo* proferiu a sentença recorrida, pela qual julgou improcedente o pleito autoral, *in verbis*:

(...) restou demonstrado e comprovado é que o autor estava em alta velocidade, não observou que o motorista da outra motocicleta estava sinalizando para virar à esquerda, vindo a ocorrer a colisão.

A manobra imprudente do autor acabou ocasionando a colisão. Deveria o autor ter esperado o outro condutor fazer à conversão para, em seguida, prosseguir seu caminho.

A conduta do autor constituiu verdadeira negligência, caracterizando a culpa no acidente. Diante de tais evidências, resta claro que o acidente decorreu de culpa exclusiva do autor.

(...) não tendo havido demonstração de que o acidente ocorreu por falta de cuidado do motorista da motocicleta conduzida por Renato Ferreira Carvalho, à época dos fatos funcionário da requerida, não cumpriu o autor com o ônus que lhe incumbia por força do inciso I, do art. 373, do CPC. (f. 323-324)

Inconformado, o demandante interpôs o presente recurso, afirmando, em síntese, não haver dúvidas de que na hipótese restou demonstrado que o funcionário da empresa apelada deu causa ao acidente de trânsito que causou danos ao apelante, interceptando-o quando fez a conversão à esquerda.

Mérito recursal

Da dinâmica do acidente e sua responsabilidade

Como relatado, o autor, inconformado com a improcedência dos pedidos iniciais, manejou o presente recurso, alegando *error in iudicando*, porquanto o julgador na origem equivocou-se ao imputar-lhe a culpa pelo acidente de trânsito noticiado nos autos.

O boletim de ocorrência de trânsito, lavrado pela autoridade competente, relata os fatos segundo as declarações dos condutores. Senão vejamos:

“PELA AV. MASCARENHAS DE MORAES, NO SENTIDO LESTE/OESTE, TRAFEGAVAM O V1 (HONDA/BIZ) E O V2 (WUYANG/125) – AO CHEGAREM NA RUA

CAXAMBÚ, OCORREU A COLISÃO DA FRONTAL E FLANCO ANTERIOR DIREITO DO V1 NO FLANCO ANTERIOR ESQUERDO DO V2, QUE INICIAVA CONVERSÃO À ESQUERDA PARA ADENTRAR NO Nº: 450. DO ACIDENTE RESULTOU DANOS MATERIAIS NOS VEÍCULOS E DUAS VÍTIMAS". (f. 33)

De acordo com o croqui do acidente, restou comprovado que os veículos que se envolveram no acidente, ambos motocicletas, trafegavam numa mesma pista de rolamento (f. 37), sendo que a moto conduzida pelo funcionário da empresa apelada, ao tentar proceder conversão à esquerda, acabou atingindo a motocicleta conduzida em alta velocidade pelo demandante, ora apelante.

Acerca da dinâmica do acidente, mostrou-se esclarecedor o depoimento da testemunha Evanilde Gomes de Brito, in verbis:

(...) estava esperando para atravessar a avenida a pé, porque seu carro estava do outro lado; viu que vinha um rapaz de moto, dando sinal para entrar e atrás vinha uma Biz em alta velocidade, aí teve o acidente; os dois vinham no mesmo sentido; a Biz bateu na traseira da outra moto; não respeitou o outro rapaz que estava dando seta; o motociclista estava dando seta para entrar na Innova (f. 288).

O art. 34 do Código de Trânsito Brasileiro determina que “O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade”.

Ademais, o art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro impõe o dever do condutor de veículo de ter domínio, dirigindo com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Outrossim, regulamenta o art. 29, § 2º, do CTB a observância ao zelo pela incolumidade de todos os atores do tráfego, regramento esse bem claro quanto à exigência de cautela pelo motorista, além de ponderar os fatores velocidade, condições do local e circulação.

Desta forma, denota-se que todos os condutores de qualquer veículo automotor devem considerar todas as possibilidades antes de efetuar uma conversão, sem se descartar, até mesmo, que outro veículo possa estar trafegando em alta velocidade.

Cumprе consignar que no caso é incontroverso que o autor-apelante trafegava pela preferencial, quando ocorreu o acidente. No entanto, o fato de trafegar pela preferencial não é salvo conduto para imprimir alta velocidade.

Diante deste cenário, considerando as provas carreadas aos autos, conclui-se que não há como se afastar a culpa do funcionário da empresa apelada, mostrando-se impositivo o reconhecimento da concorrência de culpa de ambas as partes que se envolveram no acidente *sub judice*.

Com relação ao autor, restou demonstrado que a sua conduta também contribuiu para a ocorrência do acidente, pois, apesar de trafegar na via de rolamento preferencial, se estivesse em velocidade compatível com a via, teria tido tempo suficiente para frear a moto que conduzia e, por isso, evitar a colisão ou, pelo menos, minimizá-la.

Por outro lado, não se pode afastar a responsabilidade do funcionário da empresa ré, ora apelada, que procedeu conversão à esquerda, sem se atentar que a moto conduzida pelo autor possuía preferência naquela via.

Deve-se ressaltar que a colisão entre os veículos ocorreu porque ambos estavam trafegando em uma mesma pista de rolamento, tendo a interceptação ocorrido por concorrência de culpa de ambas as partes envolvidas no acidente.

O autor porque conduzia sua moto imprimindo velocidade incompatível com a via e o funcionário da empresa ré porque efetuou conversão à esquerda, em via de rolamento de mão dupla (Av. Mascarenhas de Moraes), sem se acautelar da possibilidade de fazê-lo, interceptando a trajetória da moto do autor.

Constata-se, pois, a existência de culpa concorrente, devendo cada parte ser responsabilizada, conforme o grau de sua culpabilidade, nos termos do disposto no art. 945 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Sobre a culpa concorrente, pertinente a lição doutrinária de Sérgio Cavalieri Filho¹:

Fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorrente do comportamento culposos de ambos. A doutrina atual tem preferido falar, em lugar da concorrência de culpas, em concorrência de causas ou de responsabilidade, porque a questão, como teremos oportunidade de ver (item 13.4), é mais de concorrência de causa do que de culpa. A vítima também concorre para o evento, e não apenas aquele que é apontado como único causador do dano. (...)

Vê-se do exposto que na culpa concorrente as duas condutas – do agente e da vítima – concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contanto, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima.

Portanto, ao contrário do que concluiu o juízo de primeira instância, houve a demonstração de que o acidente de trânsito *sub judice* decorreu da falta de cuidado de ambas as pessoas envolvidas, em igual proporção, razão pela qual se impõe a reforma da sentença.

Como cediço, o dever de indenizar pressupõe a demonstração de três requisitos, quais sejam, conduta, nexo causal e dano.

Dispõem os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo 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.

A responsabilidade civil, como se sabe, é a obrigação imposta por lei à determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas.

Em tema de responsabilidade civil, portanto, interessa ao julgador perquirir e identificar a conduta que reflete a obrigação de indenizar, e por essa obrigação responderá o próprio causador do dano – responsabilidade direta –, ou terceiro que esteja ligado ao ofensor – responsabilidade indireta. Nesta última,

¹ Programa de Responsabilidade Civil. 6ª ed. Ed. Malheiros. 2006. pág. 66-68.

estamos no campo da responsabilidade presumida, que, em certo grau, assemelha-se muito à responsabilidade objetiva, todavia, com esta não se confunde.

Assim, a responsabilização depende unicamente de se provar a culpa do terceiro causador do dano, não sendo necessária a prova da culpa daquele que tem o dever de indenizar. Consubstanciada a primeira, qual seja, a culpa de terceiro, remanesce automaticamente a segunda – o dever de indenizar. O tema está contemplado nos atuais arts. 932 e 933 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Inferre-se, desta forma, que o Código Civil não trata, aqui, como acreditam alguns, de responsabilidade objetiva, pois esta não comporta discussão sobre a ocorrência de culpa de quem quer que seja e nos casos dos artigos citados, é preciso provar a culpa do causador do evento, não precisando, apenas, a demonstração da culpa do responsável pelo ressarcimento dos danos, o que faz com que essa responsabilização seja diferente, sendo denominada de “culpa presumida”, para alguns, objetiva imprópria ou impura, para outros.

Não fosse isto, para haver o dever de indenizar deverão estar presentes, ainda, os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta dolosa ou culposa; dano indenizável e nexo de causalidade, ou seja, o liame que liga a conduta do agente ao dano.

Como dito, na hipótese, a empresa ré possui responsabilidade pelos atos praticados pelo condutor do veículo envolvido no acidente, considerando a pertinência do vínculo profissional e, ainda, o horário de expediente que aquele estava cumprindo, a teor do que dispõe o art. 932, inc. III do CC, conforme concluiu, inclusive, o juízo *a quo*, ao apreciar a alegação de ilegitimidade passiva (f. 320-321).

Definida, pois, a responsabilidade civil do autor, bem como do funcionário da empresa ré em relação ao acidente de trânsito sob julgamento, cabe analisar a extensão dos prejuízos alegados na inicial, devendo a ré arcar com 50% (cinquenta por cento).

Isto porque, enfatize-se, não há falar que os danos decorreram mais por culpa do autor ou do funcionário da empresa demandada, o que induz, por consequência, no dever de ambos arcarem em idêntica proporção pelos mesmos.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – HIPÓTESE EM QUE DEMONSTRADA A CULPA CONCORRENTE DAS PARTES, EM IDÊNTICA PROPORÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS FIXADA, OBSERVADO O GRAU DE CULPA DAS PARTES – ABATIMENTO DO VALOR JÁ PAGO EXTRAJUDICIALMENTE – APELO PARCIALMENTE PROVIDO – UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70072256670, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, Julgado em 06/09/2017)

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO – DANOS MORAIS – (...) CULPA CONCORRENTE RECONHECIDA, À

MEDIDA QUE O CONDUTOR DO AUTOMÓVEL TRAFEGAVA COM DESATENÇÃO NA DIREÇÃO E EM EXCESSO DE VELOCIDADE, ELEMENTOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA O INFORTÚNIO, E O CICLISTA AGIU COM CULPA AO ATRAVESSAR A RODOVIA FEDERAL, À NOITE, SEM O CUIDADO NECESSÁRIO – REFLEXO SOBRE AS VERBAS INDENIZATÓRIAS – (...) APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. (Apelação Cível Nº 70066927906, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 23/11/2016)

Dos danos suportados

Dano moral

Extraí-se da inicial que o autor defende a necessidade de ser indenizado a título de dano moral em razão de alegados sofrimentos decorrentes das graves lesões resultantes do acidente de trânsito noticiado nos autos (fratura distal do fêmur da perna direita e fratura cominutiva no terço proximal da tíbia da perna esquerda).

Aduziu que em razão de suas pernas terem ficado visualmente tortas em decorrência do acidente, defende fazer jus à indenização a título de dano moral no importe de R\$100.000,00 (cem mil reais).

No que tange os danos morais, seu cabimento é pacífico, e independe do prejuízo patrimonial, caracterizando-se no sofrimento e sequelas físicas suportadas pela parte autora, que, como dito, em razão do acidente, submeteu-se à tratamento médico para cura de graves lesões em suas pernas, encontrando-se com limitação definitiva em sua perna direita.

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 lesão sofrida pelo autor restou comprovada.

A esse respeito, é oportuno trazer à colação os ensinamentos do jurista Cavaliere Filho² ao asseverar que:

“Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural e bens materiais, por mais deplorável que seja seu estado biopsicológico, ainda que destituída de consciência, enquanto ser humano será detentora de um conjunto de bens integrantes de sua personalidade, mas precioso que o patrimônio, que deve ser por todos respeitado. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com o dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente.”

Nesse sentido, leciona Yussef Said Cahali: *“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física dor-sensação, como a denomina Carpenter nascida de uma lesão material; seja a dor moral dor-sentimento, de causa material”* (Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 7).

Na hipótese dos autos, infere-se que o demandante foi submetido a perícia médica nos autos da ação de cobrança que ajuizou para auferir indenização a título de seguro obrigatório, em que o perito judicial, quando questionado acerca da existência de eventual deformidade estética, consignou que *“Há pequena exostose sugerindo desvio ósseo em articulação proximal de fíbula direita, sem prejuízos estéticos significativos”* (f. 157).

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p. 77.

Em conclusão, o perito judicial mencionou que

“(...) o periciado deve ser considerado portador de sequelas incapacitantes afetando o membro inferior direito, conforme descritas, decorrentes de lesões provocadas pelo acidente registrado no processo, restando invalidez de caráter parcial e permanente, especificamente para atividades que impliquem esforços e movimentos com o membro lesado, bem como longa permanência de pé, deambulando ou parado” (f. 159).

Portanto, conclui-se que, em decorrência dos danos experimentados, o autor-apelante faz jus à indenização a título de dano moral, considerando que os transtornos suportados pelo autor transbordou o mero aborrecimento, posto que o impediu de deambular por longo período, além de ocasionar-lhe de forma permanente, invalidez parcial para atividades que exijam esforços com a perna direita.

No tocante ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, há que se levar em conta o princípio da proporcionalidade, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito.

De outro lado, deve o Juiz se utilizar de parâmetros previstos em leis e jurisprudência, valendo-se ainda da experiência e exame de todas as circunstâncias fáticas para a fixação da respectiva indenização, de sorte a reparar o dano mais amplamente possível.

Neste sentido, Cavalieri Filho discorre sobre este tema com rara acuidade jurídica, afirmando que:

“Creio que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a laferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes.” (Cavalieri Filho, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, p.90)

Para a fixação do *quantum* dos danos morais, deve o Magistrado pesar a gravidade e duração da lesão, a possibilidade de quem deve reparar o dano e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta que a reparação não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie.

A respeito dos parâmetros para a fixação do dano moral, pertinente o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-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 e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta anti jurídica. (STJ, Quarta Turma, REsp 265.133/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julg.: 19/09/2000).

No caso concreto, face às circunstâncias delineadas acima, bem como as particularidades pertinentes às partes, incluindo o grau de culpabilidade, atribuída em 50% (cinquenta por cento) para cada uma das partes envolvidas, o valor da indenização deve ser fixado de forma a preencher as finalidades precípua desta com relação aos prejuízos imateriais, sem ocasionar o enriquecimento ilícito das partes.

Assim, após considerar as peculiaridades da hipótese vertente, concluiu-se que o valor indenizatório pelos danos morais constatados, deve ser arbitrado em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), cujo montante, por um lado, não se mostra baixo, assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais e, por outro, não se apresenta elevado a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa do lesado, que concorreu para a ultimação dos prejuízos suportados.

Dano estético

Acerca do alegado dano estético, o demandante argumentou que ficou mais de 6 (seis) meses com sua mobilidade comprometida, em razão do engessamento, até a virilha, de suas pernas e que, mesmo após a realização de tratamento fisioterápico, possui deformidade permanente nos seus membros inferiores, alegando que suas duas pernas ficaram tortas, restando impossibilitado de realizar atividades físicas permanentemente (f. 6).

Por isso, pleiteou a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de dano estético no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Acerca do dano estético ensina Maria Helena Diniz:

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeição da vítima, consistindo numa simples lesão desgostosa ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa.

Quando falamos em dano estético, estamos falando da ofensa à beleza externa de alguém, ou seja, da integração das formas físicas de alguém. Ele surge a partir de um sentimento de constrangimento ou de humilhação e desgosto que o lesado tem ao ver que não existe mais a harmonia de seus traços, e que no lugar destes existirá uma marca, mesmo que pequena, que lhe desperte a sensação de inferioridade.

Aqui não se trata apenas de horripilantes feridas, mas de qualquer mudança ou transformação, bastando existir um desequilíbrio entre o presente e o passado.

Essa nova, e indesejada, característica deverá ser permanente, pois caso contrário, se o dano é reparável, só provocará um abalo patrimonial facilmente indenizável e reparável. Freire (1926) apud Lopez (2004, p. 48), trás como características de uma lesão deformante a aparência, irreparabilidade e permanência. Mesmo que possam existir artifícios para disfarçar o dano, ele não libertará o ofensor de sua reparação. Sobre isso tanto a doutrina nacional como estrangeira tem sido pacífica, ate mesmo porque o dano estético não trás constrangimento apenas em relação ao que a sociedade ver e pensa da pessoa lesada, mas também o que ela acha de si mesma. Essa deformidade não precisará

ser vista a todo instante, sendo suficiente que ela exista no corpo, e não só nele parado, mesmo que em partes íntimas.

Em relação aos disfarces, relevante é a decisão proferida no STJ do Espírito Santo, que diz respeito ao dano decorrente de perda de um dos olhos e que afirma: “A prótese ocular pode, se bem feita, esconder o dano estético, não o elimina, e, com certeza, reativa o dano moral cada vez que é removida para os cuidados de higiene e novamente instalada”. (Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil. 22. ed. revista, atualizada e ampliada de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, pág. 80)

O dano estético, em resumo, é qualquer alteração externa da aparência humana que, em relação a situação anterior, promova piora estética da pessoa; é a ofensa, culposa ou dolosa, permanente na integridade física do ofendido, logo, invoca a responsabilidade civil para a sua total reparação.

Com efeito, apesar de o autor defender a necessidade de auferir indenização a título de dano estético, não se extrai dos autos qualquer demonstração da ocorrência deste, considerando a conclusão da perícia médica que constatou a ausência de prejuízos estéticos significativos, a justificar o referido pleito.

Logo, neste ponto, julgo improcedente o pleito autoral.

Danos materiais

Por fim, cumpre apreciar a ocorrência de danos materiais, os quais, segundo a inicial, atinam-se a lucros cessantes e, ainda, danos emergentes.

Lucros cessantes

Sobre os lucros cessantes, estabelece o art. 402 do Código Civil: “*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*”.

Celso Agrícola Barbi, ensina que: “*É necessário que estas perdas tenham efetivamente acontecido, pois não se indenizam danos meramente imagináveis. É mister, portanto, sejam elas comprovadas quanto a sua existência, mesmo que não determinado desde logo seu valor.*” (Comentários ao CPC, Vol. I, TI/82).

Acerca do ônus probatório para a comprovação dos alegados lucros cessantes, mostra-se pertinente, também, a lição de Yussef Said Cahali: (...) “*em relação ao prejuízo, pressuposto necessário à obrigação de indenizar, a lei não estabelece presunção, competindo à parte, que tem interesse na demonstração do dano, ministrar a respectiva prova.*” (RT 591/18).

Assim, conclui-se que a mera possibilidade de lucros negativos é insuficiente para a reparação civil, razão pela qual, embora não se exija uma certeza absoluta, o critério mais acertado estaria em condicioná-la a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos da vida conjugado às circunstâncias peculiares ao caso concreto.

De acordo com as regras de distribuição do ônus probatório, incumbe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, ao passo que ao réu cabe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do adverso (CPC, art. 373, I e II).

Nesse contexto, compete à parte autora o ônus de provar o que e quanto deixou de lucrar, a teor do que dispõe o art. 402 do CC.

Em relação à matéria, Carlos Roberto Gonçalves ensina, “*in verbis*”:

O requisito da “certeza” do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro... deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas. (Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Sexta Edição. Estado de São Paulo: Editora Saraiva, ano de 2007, página n. 392).

No particular, o demandante alega que deixou de receber seus vencimentos de forma completa pelo prazo de abril até dezembro de 2011, reduzindo mensalmente o valor de R\$ 581,46, com exceção do mês de abril, que a redução foi maior (R\$ 766,00 – anexo), deixou ganhar o equivalente a R\$ 5.417,68 (f. 17).

Em análise dos autos, denota-se que o autor comprovou possuir, à época do acidente, renda mensal de R\$1.200,00 (mil e duzentos reais) (f. 31), cujo importe, no entanto, possui desconto previdenciário obrigatório e, por isso, deve sofrer o decréscimo relativo a este, com o fito de refletir de forma correta o rendimento líquido que o autor deixou de usufruir por conta do seu afastamento do trabalho, em virtude das lesões decorrente do acidente de trânsito *sub judice*.

Outrossim, de fato, denota-se que o rendimento mensal do autor-apelante fora reduzido, levando-se em conta que o valor do benefício previdenciário a ele deferido limitou-se ao montante de R\$618,54 (seiscentos e dezoito reais e cinquenta e quatro centavos), conforme se infere da carta de concessão / memória de cálculo do INSS, a partir de 12/05/2011 (f. 89).

Assim, prospera a pretensão autoral, que deverá impor à requerida o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor que o autor deixou de auferir no período de maio a dezembro do ano de 2011 (enquanto fora afastado do trabalho e auferiu benefício previdenciário – auxílio doença).

Com efeito, para tanto, o cálculo deve utilizar como base o valor de R\$1.200,00, com o decréscimo atinente ao desconto obrigatório relativo à contribuição previdenciária (INSS), que vem descontado diretamente no holerite do empregado, bem como o valor de R\$618,54 (seiscentos e dezoito reais e cinquenta e quatro centavos) relativo ao valor do benefício previdenciário que lhe foi deferido (f. 89).

Ademais, ainda para fins de apuração do valor dos lucros cessantes, impõe-se consignar que a quantia deve ser corrigida pelo IGPM/FGV e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar de cada pagamento, a teor do que dispõem as Súmulas 43 e 54 do STJ.

Danos emergentes

O dano emergente, também chamado de positivo, “*importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão de ato ilícito*”³, caracterizado pelo ordenamento jurídico como aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

O Código Civil estabelece, como regra geral, que a “*indenização mede-se pela extensão do dano* (art. 944)”, ou seja, a indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo.

Segundo a inicial, o autor suportou gastos em decorrência do acidente no valor de R\$ 1.249,61 (mil duzentos e quarenta e nove reais e sessenta e um centavos), atinente a compras de materiais, remédios e, ainda, locação de cadeira de rodas, com base em recibo, notas e cupons fiscais juntados à f. 85 e 101-103.

3 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. - 5ª ed. rev. aument. e atual. 2ª tiragem - São Paulo, Malheiros, 2004, pág.90.

Compulsando os autos, denota-se que o autor desincumbiu de comprovar o dispêndio parcial do referido valor, porquanto o valor de R\$794,28 relativo a suposto conserto da motocicleta que pilotava no momento do acidente não possui prova nos autos.

Em que pese a alegação neste sentido, não há nos autos qualquer indício de prova acerca do alegado dano emergente, a justificar o pleito autoral.

Entretanto, com relação a outros valores relativos a locação de cadeira de rodas (f. 85-86), aquisição de equipamentos para conforto e segurança do autor, já que ficou impossibilitado de se locomover (comadre plástica, papagaio plástico, bacia e bandeja) (f. 101-103), denota-se que o demandante desincumbiu-se do ônus que lhe competia, razão por que prospera o pleito de forma parcial, em razão da já mencionada concorrência de culpa das partes litigantes, cujos valores devem ser acrescidos de correção monetária e juros de mora desde a data de cada desembolso.

Inversão do ônus da sucumbência

Diante do parcial provimento do pleito recursal, que ensejou a parcial procedência do pleito autoral, verifica-se a sucumbência recíproca das partes, devendo o autor arcar com 60% dos ônus da sucumbência e a parte ré com 40%.

Ademais diante do cunho condenatório do presente julgado, fixo a verba honorária em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a teor do que dispõe o § 2º do art. 85 do CPC.

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 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, com fulcro no § 2º do art. 85 do CPC (f. 325).

Com efeito, como dito alhures, diante do provimento parcial da insurgência recursal, que resultou na parcial procedência do pleito autoral, determinou-se a inversão do ônus sucumbenciais, diante da recíproca sucumbência das partes litigantes.

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso merece parcial provimento, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado das partes nesta fase recursal, razão pela qual, levando-se em conta *o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço* (§ 2º do art. 85, CPC), fixo o valor dos honorários advocatícios em 2% (dois por cento) do valor atualizado da condenação, cujo percentual deve ser acrescido àquele supra fixado (15%), devendo ambas as partes arcar com o respectivo valor, na proporção de acima determinada, observado, todavia, o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC⁴, com relação ao autor, por este litigar sob o pálio da justiça gratuita (f. 104).

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Marcio Vinicius Paes de Bona Nardi e dou-lhe parcial provimento, para, reformando a sentença recorrida, julgar parcialmente procedente o pleito autoral, com o fito de condenar a empresa ré a efetuar o pagamento de:

4 § 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, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

- R\$4.000,00 (quatro mil reais) a título de dano moral, que deve ser corrigido monetariamente pelo IGPM a partir da data do arbitramento e, ainda, de juros de mora a contar da data do acidente;

- 50% (cinquenta por cento) do valor que o autor deixou de auferir no período de maio a dezembro do ano de 2011 (enquanto fora afastado do trabalho e auferiu benefício previdenciário – auxílio doença), considerando, para tanto, o valor de seu rendimento mensal (R\$1.200,00), com o decréscimo do respectivo desconto previdenciário obrigatório e o valor do benefício previdenciário (auxílio-doença) que lhe foi pago neste período, a título de lucros cessantes, que deve ser acrescido de juros e correção monetária a contar de cada efetivo pagamento, cujo montante deve ser apurado por simples cálculos (§ 2º do art. 509 do CPC); e, por fim,

- 50% (cinquenta por cento) do valor desembolsado pelo autor, com relação aos medicamentos e objetos adquiridos em razão das lesões decorrentes do acidente, conforme recibos, notas e cupons fiscais de f. 101-103, a título de danos materiais, a ser acrescido de juros e correção monetária do efetivo desembolso, cujo montante deve ser apurado por simples cálculos (§ 2º do art. 509 do CPC).

Outrossim, julgar improcedente o pleito autoral com relação ao alegado dano estético.

Por consequência, diante da sucumbência recíproca das partes, deve o autor arcar com 60% e a ré com 40% dos ônus da sucumbência, inclusive com o valor da verba honorária, que fixo em 17% (dezessete por cento) sobre o valor da condenação, a teor do que dispõem os §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

3ª Câmara Cível**Apelação nº 0804808-95.2016.8.12.0017 – Nova Andradina****Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DE DOAÇÃO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – ATRIBUIÇÃO DE DOIS TERRENOS PARA A MESMA FAMÍLIA – UNIÃO ESTÁVEL – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO DAS NORMAS REGENTES DA DOAÇÃO – EQUIPARAÇÃO DE COMPANHEIROS E CÔNJUGES – INDENIZAÇÃO DEVIDA – VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Nos termos da Lei Municipal n. 906/2010, o imóvel doado não pode receber destinação diferente pelo prazo de cinco anos contados do “habite-se”, sendo irrelevante, pois, o prazo de registro da doação. De outro vértice, tal prazo não se confunde com o prazo prescricional para propositura de eventuais demandas envolvendo os imóveis objetos de doação. Isso porque, na esteira da teoria da *actio nata*, o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que se verifica na data da violação da obrigação pelo donatário. Preliminar de prescrição afastada.

O art. 2º da Lei Municipal 906/2010, ao vedar a concessão do benefício àqueles que sejam proprietários de outro imóvel urbano, registrado ou não, e nem mesmo ser possuidor com *animus domini*, em seu nome e/ou de seu cônjuge, abrange igualmente os companheiros, pois a teleologia da norma se orienta com vistas à proteção do núcleo familiar.

A Lei Municipal 1.191/2014 autoriza o pedido de indenização, pelo valor atualizado do terreno, quando constatada a ausência do preenchimento dos critérios objetivos para a doação, tratando-se de norma que concretiza o princípio da razoabilidade, evitando a oneração excessiva de qualquer dos litigantes.

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 prescrição e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Rienni de Paula Queiroz e Marcio Lustosa Santos, ambos qualificados, nos autos da ação de cobrança de indenização por desvio de finalidade de doação ajuizada pelo Município de Nova Andradina, igualmente qualificado, inconformados com a sentença de parcial procedência, interpuseram apelação cível.

Suscitam os recorrentes, preliminarmente, que a pretensão do autor, quer para a cobrança de valores referentes às doações, quer para anulação destas, encontra-se fulminada pela prescrição, vez que as doações foram registradas em cartório no dia 21/11/2011, tendo o prazo prescricional findado em 21/11/2016.

Argumentam, ainda, que a assertiva referente à existência de união estável entre os requeridos foi inaugurada na sentença, não sendo causa de pedir ou objeto de prova na lide. Aduzem que a simples coabitação não basta para que se conclua pela existência de união estável, não havendo nos autos investigação acerca dos elementos subjetivos para caracterização de tal entidade familiar, o que afasta a possibilidade de condenação.

Asseveram ainda que, mesmo que se restasse comprovada a união estável, tal fato não configuraria desvio de finalidade, já que não houve violação das exigências previstas pela Lei Municipal nº. 906/2010.

Alegam que o art. 1º, inciso II, da Lei Municipal 1.191/2014, bem como recomendações expedidas pelo Ministério Público Estadual só fundamentam a indenização quando houve alienação dos terrenos doados, hipótese não verificada no caso, já que os requeridos ainda residem no local.

Alternativamente, aduzem que o valor da indenização deve tomar em conta o valor dado aos lotes na época da doação, sendo descabida a indenização com base em valores atuais, já que a valorização decorreu da construção de moradias pelos servidores públicos no local.

Pugnam pelo provimento do recurso para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos iniciais, com condenação integral do autor ao pagamento dos ônus de sucumbência.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 183-189) pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Como relatado, trata-se de recurso de apelação cível que Rienni de Paula Queiroz e Marcio Lustosa Santos, interpõem nos autos da ação de cobrança de indenização por desvio de finalidade de doação ajuizada pelo Município de Nova Andradina, que, inconformado com a sentença de procedência proferida na origem (f. 137-143), objetivam sua reforma.

Efeitos legais da apelação e juízo de admissibilidade

Em razão da entrada em vigor do NCPC/2015, o juízo de admissibilidade recursal e a eventual deliberação acerca dos efeitos a serem atribuídos à apelação passou a ser competência exclusiva do relator, na forma do seu art. 1.012.

Considerando-se que o novel *Codex* não mais repete a expressão “*será recebida*”, passando a prescrever, no *caput* no art. 1.012, que “*a apelação terá efeito suspensivo*”, não se afigura mais necessário providenciar o recebimento autônomo do apelo, já que os efeitos operam-se automaticamente por força de lei (*ope legis*).

Até porque, consoante dispõe o § 1º do art. 1.012 do NCPC/2015, “*além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: (...)*”.

Quer isso dizer, então, que não subsiste necessidade de o Estado-Juiz afirmar em qual efeito está a receber o recurso de apelação, bastando ao jurisdicionado cotejar o teor da sentença com as previsões

contidas no art. 1.012, *caput* e parágrafos, para concluir se o *decisum* está ou não a produzir efeitos a partir da publicação.

Por outro lado, havendo necessidade de alteração dos efeitos legais da apelação, subsiste a possibilidade de concessão de efeito suspensivo *ope judicis*, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 1.012 do NCPC/2015 (suspende-se a eficácia da sentença nas hipóteses em que, por lei, o efeito do apelo é apenas devolutivo), ou mesmo o deferimento de tutela provisória nos recursos, conforme previsão do art. 932 II, do mesmo Diploma Processual (concede-se eventual eficácia à sentença, quando, por lei, os efeitos da apelação são devolutivo e suspensivo). Nestes casos, então, caberá ao relator da apelação deliberar sobre o pedido.

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Cumprido destacar que a lide versa sobre pedido de condenação em favor da Fazenda Pública Municipal em valor inferior a cem salários mínimos, ficando dispensada a remessa necessária, nos termos do art. 496, § 3º, III, do Código de Processo Civil.

Breve relato dos fatos

Como dito, trata-se de ação de cobrança de indenização por desvio de finalidade da doação ajuizada pelo Município de Nova Andradina em desfavor de Rienni de Paula Queiroz e Marcio Lustosa Santos.

O autor informou em sua inicial que foram doados aos requeridos os lotes de terreno nºs 11 e 12, da quadra 12, do Conjunto Habitacional dos Funcionários Públicos, consoante autorização da Lei Municipal nº. 906/2010, tendo sido apurado o descumprimento dos termos da lei regente, vez que houve a unificação dos lotes, com alteração do projeto arquitetônico, de modo que passaram a utilizar como habitação familiar o imóvel no todo.

Pugnou pela condenação do valor de R\$ 39.051,72, referente à soma do valor de mercado dos dois terrenos.

O pedido foi julgado parcialmente procedente, com a condenação dos requeridos ao pagamento de R\$ 16.635,45, ao fundamento de que a existência de união estável entre os requeridos tornaria nula a segunda doação realizada.

Contra tal decisão recorrem os réus, nos termos do relatório.

Preliminar de prescrição

Os recorrentes alegam, preliminarmente, que ocorreu a prescrição da pretensão do autor, uma vez que decorridos mais de cinco anos do registro da doação.

Sem razão, contudo.

Deve-se consignar que a lei regente da doação (Lei Municipal n. 906/2010) determina, em seu art. 6º que “*aos imóveis doados não poderá ser dada destinação diferente de habitação familiar dos beneficiários, por um período de 05 (cinco) anos, contados do habite-se*”.

Assim, sendo certo que o “habite-se” em favor dos requeridos foi expedido em 27/02/2012, não haveria que se falar em prescrição, já que a ação foi proposta antes do decurso do prazo de cinco anos, ou seja, distribuída em 23/12/2016.

De outro vértice, o prazo de cinco anos previsto na lei municipal não se confunde com o prazo prescricional para propositura de eventuais demandas envolvendo os imóveis objetos de doação.

Isso porque, na esteira da teoria da *actio nata*, o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão.

No caso em análise, se os donatários possuem obrigação de não dar ao imóvel destinação diferente do legal pelo período de cinco anos, somente quando violada tal obrigação, mesmo que constatada no último dia do prazo da lei municipal, surgiria para a administração, a partir de então, a pretensão de revisão do ato jurídico praticado, que prescreveria nos cinco anos seguintes.

Afasto, pois, a preliminar de prescrição.

Mérito

No mérito, melhor sorte não resta aos recorrentes.

Deve-se afastar, inicialmente, a alegação de que a existência de união estável é assertiva que foi inaugurada na sentença, não sendo causa de pedir ou objeto de prova na lide.

Isso porque, da própria narrativa da petição inicial extrai-se a suposta violação da Lei Municipal nº 906/2010 pelo fato dos requeridos constituírem um casal de contemplados (f. 04-05), argumentando-se o desvio de finalidade ante a utilização de 02 (dois) terrenos por 01 (uma) só família (f. 06).

A existência da unidade familiar, ademais, além de não impugnado, foi reconhecida pelos próprios requeridos em sua peça defensiva, do que decorre a desnecessidade de produção de provas para sua demonstração, nos expressos termos do art. 374, III, do Código de Processo Civil.

Não deve ainda ser acolhida a alegação de que não houve violação das exigências da Lei Municipal n. 906/2010.

Com efeito, reza o art. 2º da referida lei que:

“Art. 2º. Os beneficiários não poderão ser proprietários de outro imóvel urbano, registrado ou não, e nem mesmo ser possuidor com animus domini, em seu nome e/ou de seu cônjuge.”

Verifica-se, portanto, que a *mens legis* se orienta pela impossibilidade de doação de mais de um imóvel para integrantes da mesma entidade familiar.

Nem se diga, por outro lado, que não poderia ser equiparada a figura do cônjuge àquela do companheiro, pois, na esteira da reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, equiparam-se os efeitos jurídicos decorrentes do casamento e da união estável, ambos modelos de constituição familiar.

No escólio do Ministro Luiz Fux,

“Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre as entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade

de que o ato jurídico do casamento – rectius, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes, patrimoniais (como v.g., o regime de bens) e extrapatrimoniais. A união estável, por seu turno, demandará, em muitos casos, a produção de outras provas facilmente substituídas, num casamento, pela respectiva certidão, mas, como entidades familiares, funcionarão substancialmente do mesmo modo” (ADPF 132).

Assim, a distinção entre cônjuge e companheiro, pretendida pelos recorrentes, além de constituir interpretação literal e simplista da lei, não encontra amparo no ordenamento jurídico, que equipara em direitos e obrigações os componentes de ambas as formas de entidade familiar.

Também não pode ser acolhida a alegação de que a Lei Municipal 1.191/2014 só autoriza o pedido de indenização quando houve alienação dos terrenos doados. Ao contrário, verifica-se pelo art. 1º, I, desta lei, que a indenização pode ser buscada quando constatada a ausência do preenchimento dos critérios objetivos para a doação:

“Art. 1º. Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a cobrar de forma parcelada, em até 48 (quarenta e oito) vezes, a indenização dos terrenos doados nos Conjuntos Habitacionais Universitário e Universitário II, sendo o respectivo valor cobrado:

I – dos beneficiados que não cumpriram os critérios objetivos de seleção da Lei 1.121/2012, mas que iniciaram ou já concluíram a construção de moradia nos terrenos doados; e,

II – do beneficiado originário, que praticou desvio de finalidade do imóvel, solidariamente ao respectivo alienatário.

Art. 2º O valor da cobrança da indenização supracitada, realizada em cumprimento à Recomendação 001/2013 do Ministério Público Estadual, levará em consideração o valor de mercado dos terrenos, o qual será corrigido mensalmente pelo índice IGPM-FGV, bem como haverá a incidência de juros moratórios de 1% ao mês sobre o valor das parcelas não pagas na data do vencimento.”

De se notar, ainda, que referida lei foi instituída com o escopo de evitar a reversão do bem ao patrimônio do município, o que demandaria maiores gastos para este, assim como maior prejuízo aos residentes já estabelecidos no imóvel.

Trata-se, portanto, de norma concretizadora do princípio da razoabilidade, tendo encontrado interpretação ampla para que fosse aplicada mesmo para alcançar as doações realizadas anteriormente à sua edição.

Nesse sentido a jurisprudência desta câmara cível:

“EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL–AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DA DOAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – TERRENO DOADO PELO MUNICÍPIO – DESCUMPRIMENTO DOS ENCARGOS ESTIPULADOS NA LEI N.º 906/2010 – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – APLICAÇÃO DA LEI N.º 1.191/2014 – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Havendo provas de que o beneficiário não cumpriu os encargos que lhe foram impostos quando da doação de terreno, o poder público pode pleitear a indenização do seu valor em razão do desvio de finalidade. Apesar de a Lei Municipal n.º 1.191/2014 ter sido editada em data posterior ao ato de doação, deve ela ser aplicada para o fim de permitir o ressarcimento do valor do terreno doado, mormente

por trazer situação mais benéfica para ambas as partes, atendendo, assim, ao princípio da razoabilidade.” (TJMS. Apelação n. 0802884-83.2015.8.12.0017; Relator Des. Eduardo Machado Rocha, j. 17/10/2017)

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE DA DOAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO DE IMÓVEL – DOAÇÃO DE TERRENO POR MEIO DE TÍTULO PROVISÓRIO DE CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO – DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA NA LEI Nº 906/2010 – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO. Verificado que o apelante não cumpriu com a obrigação legal assumida quando foi beneficiado com a doação de terreno, não merece reforma a sentença que o condenou ao pagamento de indenização por desvio de finalidade da doação. Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide. (TJMS. Apelação n. 0802872-69.2015.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j. 09/08/2016, p: 10/08/2016)

Assim, a interpretação a ser dada a lei deve ser ampla, não se prestando, porém, para alterar as condições estabelecidas para a doação por lei anterior.

Por conseguinte, e sendo certo que a doação dos imóveis se deu para atender à população de baixa renda, visando a garantia do direito social de habitação ao maior número de famílias possível, verifica-se a violação de sua finalidade quando os companheiros, omitindo essa informação, adquirem dois terrenos para a construção de imóvel conjugado com maior área, com violação à isonomia frente às demais entidades familiares beneficiadas e possível postergação dos direitos de outra família carente, devendo ser mantido igualmente o critério legal de valoração da indenização, que evita o enriquecimento sem causa de qualquer dos litigantes.

Quanto ao valor da indenização, correta e elegante a solução jurídica apresentada na sentença, que considerou ilegítima a doação de menor valor, condenando os requeridos no pagamento da quantia de R\$ 16.635,45, devidamente corrigida, não havendo que considerar a alegação dos apelantes quanto ao valor dos terrenos à época da doação.

Logo, nego provimento ao apelo, mantendo a sentença vergastada por seu fundamento.

Sucumbência recursal

Diante da sucumbência dos réus, bem como desprovimento deste recurso, impõe-se a fixação dos honorários recursais, que arbitro em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, em favor do patrono do Município autor, considerando-se a baixa complexidade da causa e desnecessidade de grande dilação probatória.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Rienni de Paula Queiroz e Marcio Lustosa Santos e, rejeitando a prejudicial de mérito, nego-lhe provimento, mantendo a sentença no que mais dispõe.

Por consequência, condeno os réu-apelantes no pagamento de honorários recursais em favor da Procuradoria do Município, que arbitro em 2% (dois por cento) do valor atualizado da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a prescrição e negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

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. Nélcio Stábile.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1403993-32.2018.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – SISTEMA DE COTAS – CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO FENOTÍPICA – LEGALIDADE – NÃO ENQUADRAMENTO DO CANDIDATO NOS REQUISITOS PARA INCLUSÃO NA LISTA DE COTAS RACIAIS – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA.

A autodeclaração do candidato, no ato de inscrição do certame, para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não é absoluta, sendo passível de verificação por procedimento administrativo, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa.

Na avaliação fenotípica do candidato, não são avaliados a origem genética do candidato, até porque, o preconceito e a discriminação existentes na sociedade não têm origem em diferenças de genótipo humano, mas sim em elementos fenotípicos (de aparência) de indivíduos e grupos sociais.

Caso concreto em que o candidato foi submetido à verificação pela Comissão Especial do Certame, que considerou que o seu conjunto de características fenotípicas não satisfazem as exigências para aprovação no sistema de cotas, uma vez que não o definem como negro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Declarou seu impedimento o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Filipe Bezerra de Souza, qualificado nos autos, impetra o presente mandado de segurança em face de ato praticado pelo Presidente da Banca Examinadora do VIII Concurso Público de Provas Para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Afirmou, em síntese, que se inscreveu, se submeteu e foi aprovado no VIII Concurso Público de Provas Para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, regulamentado pelo Edital nº 01, de 04 de agosto de 2017, conforme cópia em anexo, inscrição nº 8812, para o cargo efetivo de técnico de nível superior, na especialidade analista de sistema.

Alegou que por ser filho de pai negro com mãe branca, quando da inscrição, autodeclarou-se afrodescendente, na condição de pardo, dentro dos parâmetros da exigência editalícia, concorrendo então, nessa condição. Aduziu que ao submeter-se à comissão especial designada para averiguação da condição de pretos ou pardos, foi surpreendido com a conclusão de não deter características fenotípicas capazes de autorizar, restando indeferida sua pretensão. Referiu que em decorrência do indeferimento de sua inscrição na concorrência por cotas, foi remanejado para a classificação geral, impondo-lhe, por óbvio, além da preterição equivocada, prejuízo na ordem classificatória.

Expôs que, inconformado com tal decisão, interpôs o recurso cabível, instruindo-o, inclusive, com fotografias de seu pai e avô paterno negros, porém, novamente, não alcançou êxito, considerando a manutenção da decisão indeferitória de sua inscrição na condição de pardo, exclusivamente, em decorrência do argumento de não possuir características fenotípicas, razão pela qual impetra o presente mandado de segurança.

Sustentou que possui o direito de permanecer no certame, dentro das quotas destinadas aos afrodescendentes, considerando ser, inequivocamente e, independentemente da conclusão subjetiva dos membros das comissões referidas, filho de pai negro com mãe branca, o que lhe confere então, a condição necessária para alcançar a pretensão.

Dispôs que a pura e simples exigência fenotipa para a caracterização dos afrodescendentes e sem a indispensável fundamentação, extrapola o limite do razoável e da própria legalidade, constituindo-se, inclusive, em abuso de poder, já que se torna impossível desconsiderar a descendência do candidato, ainda mais quando comprova, extreme de dúvida, ser filho de pai negro e mãe branca. Em vista disso, requer a concessão de liminar objetivando sua manutenção no certame, na condição de cotista de afrodescendente, na colocação que obteve no concurso.

A liminar foi indeferida (f. 668/374).

Devidamente intimadas, as autoridades coatoras prestaram informações.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Afere-se da inicial que o impetrante pretende a anulação da decisão proferida pelo Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, na qualidade de Presidente da Comissão Examinadora do VII Concurso Público de Provas para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul que, em sede recursal, ratificou decisão da Comissão Especial, acenando para o não enquadramento do impetrante na condição de pessoa preta ou parda com base no fenótipo.

O artigo 1º, da Lei nº 12.016/09 é cristalino ao preceituar:

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

Ensina Gilmar Mendes que “o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração¹”.

E no caso em testilha, não se vislumbra a inquestionabilidade da existência do direito líquido e certo.

Como dito, a comissão especial do concurso, designada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, excluiu o candidato por entender que não apresentava fenótipo compatível com os afrodescendentes.

Inicialmente, cumpre assentar que a decisão administrativa que excluiu o candidato do concurso observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de seguir estritamente os preceitos da Lei nº 12.990/2014 e as previsões do edital do certame. Senão vejamos.

Com o advento da Lei 12.990, de 09 de junho de 2014, criou-se a obrigatoriedade de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos, no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas e das sociedades de economia mista, controlas pela União, serem reservadas aos candidatos negros.

De acordo com o artigo 2º, do mesmo diploma legal, poderão concorrer, às vagas reservadas a candidatos negros, aqueles que se autodeclarem pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público, conforme o quesito de cor ou raça, utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE, nestes termos:

Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE.

Nesse passo, estabeleceu o Edital nº 02 de Retificação do Edital de Abertura Do VII Concurso Público de Provas Para a Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do SuL, publicado em 7/3/2017, o seguinte:

“21. São considerados negros, nos termos da Lei nº 12.990/2014, aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

21.2. Para concorrer como negro, o candidato deverá declarar essa condição no formulário de inscrição, identificando-se como de cor preta ou parda, caso contrário, não concorrerá às vagas desse grupo, mas automaticamente às vagas de ampla concorrência.

21.3. Caso seja detectada falsidade na declaração, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

21.4. Para averiguação da condição declarada, o candidato sujeitar-se-á, depois do resultado final, à avaliação por comissão a ser designada, conforme regras que serão estabelecidas em edital próprio.

1 Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pág.: 357

21.5. As vagas não preenchidas pelos negros serão ocupadas pelos demais candidatos habilitados, com estrita observância à ordem de classificação obtida pelos candidatos no Concurso Público.”

Assim, para que o candidato pudesse ingressar no serviço público, oferecido pelo Tribunal de Justiça, ele deveria preencher o requisito de ser de cor negra ou parda, conforme o quesito cor ou raça, utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Sobre o quesito usado pelo IBGE, consultando o site do instituto denominado “Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios PNAD”, verifica-se:

“Capítulo I

Conceituação das Características Investigadas:

“Características das famílias Família Condição na família Características gerais e de migração Idade Cor ou raça Naturalidade em relação ao município e à Unidade da Federação. Tem-se, para tanto, a seguinte descrição:

Consideraram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia)”.

Portanto, conclui-se que o IBGE se utiliza do mesmo critério que a Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014, qual seja, a autodeclaração.

Entretanto, a autodeclaração do candidato, no ato de inscrição do certame, para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros, não é absoluta, sendo passível de verificação por procedimento administrativo, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.990/2014, assim dispõe:

“Parágrafo único. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

Por sua vez, o item 5 do edital nº 3 de 22 de janeiro de 2018 (f. 70/75, é bastante claro no sentido de que os candidatos que tiverem sua condição de afrodescendente negada, deverão ser enquadrados nas regras de classificação geral do certame, inclusive no que tange às notas mínimas para aprovação, razão pela qual, são passíveis de exclusão do certame.

In casu, não houve ilegalidade no procedimento administrativo, que concluiu que “apesar de o candidato possuir a *cúrtis* parda, o conjunto de características fenotípicas não satisfazem as exigências para aprovação no sistema de cotas, uma vez que não o definem como negro” (f. 686).

Na verdade, o fenótipo do impetrante, deixa dúvidas quanto à sua etnia. Da simples observação dos documentos trazidos aos autos não é possível concluir que ele seja uma pessoa da raça negra, já que apesar de possuir a *cúrtis* parda-clara (f. 18), possui lábios e nariz finos, além de cabelos ondulados.

Importa ressaltar, ainda, que na avaliação fenotípica do candidato, não são avaliados a origem genética do candidato, até porque, o preconceito e a discriminação existentes na sociedade não têm origem em diferenças de genótipo humano, mas sim em elementos fenotípicos (de aparência) de indivíduos e grupos sociais.

A legislação de regência utiliza como critério para o enquadramento na condição de preto ou pardo o fenótipo do declarante, assim compreendida a manifestação visível ou detectável de um genótipo, isto é, as características próprias visíveis do candidato; são as características físicas do impetrante, e não de seus ascendentes, que devem ser consideradas. Assim sendo, a ascendência genética não basta, por si só, para se comprovar o direito a se inscrever pelo sistema de cotas raciais.

É importante destacar aqui, que a demonstração do histórico racial do impetrante (genótipo) é questão que demandaria dilação probatória e, por tal razão, se revela incompatível com o rito do mandado de segurança.

O mesmo deve ser dito acerca da insurgência com relação aos critérios legais de avaliação (genotípico ou fenotípico): o mandado de segurança não é meio idôneo para afastar ofensa em tese, e não se presta para discutir as escolhas políticas concretizadas no texto da lei.

Portanto, não havendo nos autos, portanto, a prova do direito líquido e certo do impetrante, tampouco a existência de ato ilegal, tem-se que o seu pedido deve ser julgado improcedente, denegando-se a segurança pleiteada, facultando-lhe eventualmente a defesa de suas pretensões pela via ordinária.

Nesse sentido, vale colacionar alguns julgados:

“MANDADO DE SEGURANÇA – ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE AFRODESCENDENTE DE CANDIDATA EM CONCURSO PÚBLICO – QUESTIONAMENTO EM TORNO A DECISÃO DA COMISSÃO DO CERTAME QUE DESCLASSIFICOU A IMPETRANTE EM RAZÃO DE NÃO PREENCHER OS REQUISITOS PARA O PREENCHIMENTO DE VAGA DESTINADA A AFRODESCENDENTE – PRELIMINARES – AFASTADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA BANCA EXAMINADORA – OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECADENCIAL PARA A IMPETRAÇÃO DO “MANDAMUS” – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NÃO CONFIGURADA – MÉRITO – ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – VIA MANDAMENTAL INADEQUADA PARA AFERIR A CERTEZA SOBRE O TEMA, DADA A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA O QUE É INVIÁVEL O ENFRENTAMENTO NO REMÉDIO HERÓICO – DECISÃO IMPUGNADA FUNDAMENTADA E QUE ATENDE OS REQUISITOS LEGAIS E CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO EDITAL – ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA – SEGURANÇA DENEGADA.” (TJPR - Órgão Especial - MSOE 0506373-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Sérgio Arenhart - Unânime - J. 21.05.2010).

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE ESCREVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO – PRETENSÃO DE RETRATAÇÃO QUANTO À OPÇÃO FEITA PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS ÀS PESSOAS NEGRAS – RECURSO ADMINISTRATIVO INDEFERIDO PELO PRESIDENTE DA COMISSÃO EXAMINADORA – INEXISTÊNCIA DE DECISÃO TERATOIDE E/OU ILEGAL – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADA – SEGURANÇA DENEGADA.” (Agravado de Instrumento nº 2243544-30.2017.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, Colenda 13ª Câmara de Direito Público, j. 28/03/18)

EMENTA – DIREITO ADMINISTRATIVO – CONCURSO PÚBLICO – SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO – COTA RACIAL – SUBCOMISSÃO DE VERIFICAÇÃO DA AFRODESCENDÊNCIA – EXCLUSÃO DO CANDIDATO, POR NÃO APRESENTAR AS CARACTERÍSTICAS FENOTÍPICAS DO ART. 4º DA LEI Nº 14.273/2003 – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – CRITÉRIOS POLÍTICOS DO LEGISLADOR QUE NÃO PODEM SER DISCUTIDOS NO ÂMBITO DO PRESENTE “WRIT” – COR “NEGRA” OU “PARDA” NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. a) O critério legal estabelecido na Lei 14273/2003 para a verificação da afrodescendência justo ou não, adequado ou não, considera o fenótipo do indivíduo que se declara afrodescendente, e não suas origens familiares, sendo evidente que a auto-declaração do candidato não veda a verificação do conteúdo declarado, pelos membros da Banca do Concurso. b) Sendo o critério o fenótipo e não o genótipo do indivíduo, não servem como prova a juntada de fotografias de ascendentes e outros familiares negros ou pardos, se nelas não se constata, “ictu oculi”, a mesma característica no candidato que se declarou afrodescendente. c) Tampouco pode ser tida como prova pré-constituída a declaração unilateral, emitida por Instituição privada de Ensino Superior, que informa ter o apelado se declarado “pardo” para fins de ingresso no sistema de cotas, mormente se essa qualidade seja na cor da pele, seja em traços faciais característicos não é observada na cópia da cédula de identidade juntada. 2) APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO – REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (TJPR - 5ª C. Cível - ACR - 843110-1 - Curitiba - Rel: Leonel Cunha - Unânime - J. 27.03.2012)

Dispositivo final

Ante ao exposto, com o parecer, voto pela denegação da segurança.

Em observância ao princípio da causalidade, condeno o impetrante no pagamento das despesas processuais, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC², por este litigar sob o pálio da justiça gratuita. Sem honorários advocatícios, porque indevidos nos termos das Súmulas nº 105 do STJ, nº 512 do STF e do art. 25 da Lei 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. Declarou seu impedimento o des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

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, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800411-16.2014.8.12.0032 - Deodápolis
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PUBLICAÇÕES QUE NÃO OBSERVAM O PEDIDO DE INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS – NULIDADE – ARTIGO 272, § 5º, do CPC E ART. 113, § 3º, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE – INSURGÊNCIA NO PRIMEIRO ATO A PARTIR DO CONHECIMENTO DO PREJUÍZO – ANULAÇÃO DA SENTENÇA E REPUBLICAÇÃO DOS ATOS DESDE O PLEITO – PROVIDO.

Havendo pedido expresso para que as publicações judiciais no processo sejam feitas em nome dos advogados constituídos, necessária a anulação da sentença de extinção do feito pela ausência de pagamento das custas iniciais, haja vista o disposto no artigo 272, § 5º, do CPC e art. 113, § 3º, do Regimento Interno desta Corte.

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, 16 de maio de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Francisco José de Oliveira, Maria Nazare de Souza e Souza, Mario Medeiros Pacheco, Airton Medeiros Pacheco, Admir Medeiros Pacheco, Vilson Medeiros Pacheco, Valdete Medeiros Pacheco de Sousa, Terezinha Medeiros de Andrade, Vilma Medeiros de Matos, Osvaldo Rosa, Paulo Eder Rampani, Rubens Guanaes, Lorival Antonio Baggio e Osvaldo Medeiros Pacheco, nos autos da ação de cumprimento de sentença de título judicial coletivo de n. 0800411-16.2014.8.12.0032 em que contendem com Hsbc Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, oferecem recurso de apelação.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que: a advogada que lhes assistem na presente causa não foi intimada para os atos processuais praticados, sobretudo, da determinação para pagamento das custas, razão pela qual a sentença deve ser cassada, reabrindo prazo para a citada quitação, por intimação da advogada subscritora; há nos autos determinação, em data anterior à sentença de extinção, para intimação pessoal dos autores que, injustificadamente, não fora cumprida pela serventia, devendo o julgamento de primeiro grau ser cassado, impondo-se o prosseguimento do feito com a intimação pessoal dos requerentes; e, fazem jus ao benefício da justiça gratuita, haja vista não terem condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo dos seus sustentos, sendo desnecessária a produção de prova em tal sentido.

Ao final, requerem o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, deferindo-lhes a discutida benesse, reconhecendo a ocorrência de nulidade de intimação ou necessidade de intimação pessoal dos autores, com o retorno do feito ao primeiro grau para regular processamento.

Sem contrarrazões.

Em vista do pedido de justiça gratuita, os suplicantes foram intimados para comprovarem as suas hipossuficiências, porém não se manifestaram, razão pela qual a benesse foi indeferida com a determinação de recolhimento do preparo, o que foi atendido às páginas 262-265.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Francisco José de Oliveira, Maria Nazare de Souza e Souza, Mario Medeiros Pacheco, Airton Medeiros Pacheco, Admir Medeiros Pacheco, Vilson Medeiros Pacheco, Valdete Medeiros Pacheco de Sousa, Terezinha Medeiros de Andrade, Vilma Medeiros de Matos, Osvaldo Rosa, Paulo Eder Rampani, Rubens Guanaes, Lorival Antonio Baggio e Osvaldo Medeiros Pacheco, nos autos da ação de cumprimento de sentença de título judicial coletivo de n. 0800411-16.2014.8.12.0032 em que contendem com Hsbc Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, oferecem recurso de apelação.

O recorrentes propuseram a presente demanda em desfavor do recorrido, alegando, em síntese, que, como titulares de contas poupanças com data base prevista na primeira quinzena, têm o direito adquirido de postular em juízo, como legitimado pela ação Civil Pública, para receber do requerido a diferença da correção monetária referente ao mês de janeiro de 1989, tendo como parâmetro para esse fim, o Índice de Preços ao Consumidor - o IPC, na ordem de 42,72%, acrescidos de juros remuneratórios de 0,5% ao mês, capitalizados, calculados desde a data em que deveriam ter sido creditados até o efetivo pagamento. Por derradeiro, busca o diferimento das custas ao final; a intimação para pagamento voluntário da importância de R\$ 284.593,10 (duzentos e oitenta e quatro mil quinhentos e noventa e três reais e dez centavos), devidamente corrigida para o dia do pagamento, com os acréscimos dos juros remuneratórios, moratórios, custas processuais, no prazo de 15 dias a partir do recebimento desta, sob pena de ser aplicada a multa prevista no artigo 475-J do CPC, no importe de 10% (dez por cento); e, decorrido o prazo legal previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil, sem que o executado efetue o pagamento voluntário do débito, requer a fixação de honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença no importe de 20% (vinte por cento).

A parte dispositiva da sentença de extinção do feito, sem julgamento do mérito está assim descrita:

“Declaro extinto o processo, por cancelamento da distribuição, sem julgamento do mérito, na forma do art. 290 c/c art. 485, IV, ambos do CPC. Sem custas e sem honorários.

Sentença

O Cartório publique e registre a sentença. O Cartório intime da sentença todos interessados, por meio da publicação do texto acima destacado no Diário da Justiça.

Arquivar os autos

Transitada em julgado, não havendo requerimentos, não pendendo decisão e cumpridas as determinações expressas nestes autos, bem como as legais, as regulamentares

e as do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, o Cartório archive os autos independente de nova conclusão.” (sic, p. 226)

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Alegação de Nulidade da Sentença

Alegam os recorrentes que a advogada que lhes assistem na presente causa não foi intimada para os atos processuais praticados, sobretudo, da determinação para pagamento das custas, razão pela qual a sentença deve ser cassada, reabrindo prazo para a citada quitação, por intimação da advogada subscritora.

Através da petição de página 213, os requerentes pediram que *“todas as publicações fossem feitas em nome dos três advogados cadastrados nos autos como representantes dos autores, sob pena de nulidade nos termos do art. 271 § 2 do CPC: Andre Luis Lobo Blini OAB-SP 272.028; Gisele Baggio da Silva Sartor OAB-MS 10.855 e Fátima Aparecida Zuliani Figueira OAB-SP 119.384.”* (sic), ou seja, observando os nomes dos advogados constituídos (p. 19-32).

Na sequência, decidiu-se em primeiro grau que não se tratava de caso de isenção das custas para cumprimento de sentença, determinado recolhimento das despesas iniciais, em cinco dias, sob pena de cancelamento da distribuição (p. 214). A intimação dessa decisão foi publicada no nome de apenas um dos causídicos constituídos (p. 216), sem que houvesse manifestação dos demandantes (p. 217), o que ensejou a imposição para que estes fossem intimados pessoalmente da necessidade de quitação das custas iniciais, sendo esta publicada em 04/07/2017, também apenas no nome de um dos advogados constituídos.

Assim, em razão dos demandantes, através da advogada não intimada, terem postulado em 01/08/2017, apenas a suspensão do feito até o julgamento do RESP 1.3361.800-SP (p. 222), foi proferida a sentença proferida atacada, extinguindo o feito, com fulcro no artigo 290¹, cumulado com art. 485, IV², do CPC.

Ocorre que o artigo 272, § 5º, do CPC prevê expressamente a necessidade de observância ao pleito de intimação dos advogados da parte:

“Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

(...)

§ 5º Constando dos autos pedido expresse para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.”

Ademais, há no regimento interno desta Corte disposição no mesmo sentido da acima descrita:

1 Art. 290. Será cancelada a distribuição do feito se a parte, intimada na pessoa de seu advogado, não realizar o pagamento das custas e despesas de ingresso em 15 (quinze) dias.

2 Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

“Art. 113. Só haverá republicação quando a irregularidade anotada afetar a substância do ato publicado, inclusive por omissão ou incorreção do nome dos advogados das partes e interessados.

(...)

§ 3º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.”

Assim, o não atendimento ao pedido formulado pela parte para que todas as publicações sejam feitas em nome dos três advogados cadastrados nos autos como seus representantes, importa, no caso, na anulação da sentença para que haja a republicação dos atos posteriores a partir de tal requerimento, inclusive, porque assim reclamado na primeira oportunidade em que verificada a falha e prejuízo aos autores.

A respeito:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARTA PRECATÓRIA. INTIMAÇÃO DAS PARTES SOBRE O LAUDO DE AVALIAÇÃO – PUBLICAÇÃO DA INTIMAÇÃO APENAS EM NOME DOS ADVOGADOS DA ORA AGRAVADA – VÍCIO CAPAZ DE LEVAR À REPUBLICAÇÃO COM REABERTURA DE PRAZO – PRIMEIRA PUBLICAÇÃO CONSIDERADA VÁLIDA – PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO – ACRÉSCIMO DE MULTA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. É considerada inválida a publicação de intimação que não atende ao seu objetivo, com a não identificação de todos os advogados que atuam na causa, razão pela qual é necessária a republicação, com reabertura de prazo, com a finalidade de fazer constar o nome dos patronos da executada. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1403662-84.2017.8.12.0000, Brasília, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 30/05/2017, p: 01/06/2017) Destaquei

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL – INTIMAÇÃO ATRAVÉS DE PUBLICAÇÃO NO ÓRGÃO OFICIAL, DIRIGIDA A UM DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDO PELA PARTE – NULIDADE INEXISTENTE – ENDEREÇAMENTO ESPECÍFICO DESDE QUE HAJA PEDIDO EXPRESSO – AUSENTE PEDIDO EXPRESSO NO CASO EM DESTAQUE – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. O CPC/2015, sacramentando entendimento jurisprudencial de outrora, adota como legítima a intimação do ato processual endereçada a qualquer dos advogados constituídos pela parte, salvo se houver pedido expresso de direcionamento em nome da sociedade ou dos advogados indicados (§§ 1º e 5º do art. 272). Ausente tal pedido não há nulidade na intimação feita pelo diário da justiça com a indicação de um dos advogados. (TJMS. Agravo Regimental n. 0056055-75.2011.8.12.0001, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 08/11/2016, p: 09/11/2016) Destaquei

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação para anular a sentença e determinar a republicação dos atos processuais deste processo a partir do pedido formulado à página 213, com a inclusão do nome causídicos ali indicados. Por consequência, deixo de fixar ou majorar os honorários recursais, já que incabíveis nesta hipótese.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

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

Campo Grande, 16 de maio de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0806799-23.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – PRESCRIÇÃO – ANUAL – TERMO INICIAL – DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE – LAUDO PERICIAL ELABORADO EM AÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUE MOTIVOU A CONCESSÃO JUDICIAL DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ – EXTINÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

A ação do segurado buscando receber o valor do prêmio em desfavor da seguradora, prescreve em um ano (Súmula n. 101, STJ), contado da ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula n. 278, STJ), considerado, para tanto, a data do laudo pericial elaborado em ação previdenciária que motivou a concessão da aposentadoria por invalidez.

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.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

André Farias Domingos, nos autos da ação de cobrança de seguro de n. 0806799-23.2017.8.12.0001 em que contende com Pan Seguros S.A., oferece recurso de apelação.

O recorrente, em síntese, aduz que não há se falar em ocorrência da prescrição, reconhecida em primeira instância, porquanto é de um ano o prazo para a sua incidência, a contar da ciência do segurado quanto a negativa da cobertura.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando-se procedente o pedido inicial.

O reclamo foi respondido, batendo-se a recorrida pelo improvimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

André Farias Domingos, nos autos da ação de cobrança de seguro de n. 0806799-23.2017.8.12.0001 em que contende com Pan Seguros S.A., oferece recurso de apelação.

O recorrente propôs a presente demanda em desfavor da recorrida, alegando, em síntese, que: firmou contrato de seguro de proteção financeira com a requerida, sendo que, em data de 15.11.2013, sofreu acidente automobilístico, que gerou lesão incapacitante e, por consequência, implicou sua invalidez permanente, possuindo direito à indenização correspondente, motivo pelo qual requereu a condenação da ré ao pagamento do valor do prêmio de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

A parte dispositiva da sentença de extinção do feito pela ocorrência da prescrição, está assim descrita:

“Ante o exposto, acolho a prejudicial de prescrição da pretensão de cobrança do seguro e, por consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, II, do CPC.

Pela sucumbência, condeno o autor ao pagamento das custas, despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo, com moderação, em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/15, considerando a natureza da causa.

Salienta-se que a cobrança desses encargos ficará suspensa, na forma do art. 98, § 3º, do CPC/15.

Transitada em julgado, arquivem-se.” (sic, p. 174)

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Prescrição

Alega o recorrente que não há se falar em ocorrência da prescrição, reconhecida em primeira instância, porquanto é de um ano o prazo para a sua incidência, a contar da ciência do segurado quanto a negativa da cobertura.

Verifico, no presente caso, que, diferente do que sustenta o apelante, a sentença atacada não deve ser alterada.

Ocorre que, conforme se observa do documento de página 11, o requerente foi vítima de acidente automobilístico em 15.11.2013, do qual lhe resultou invalidez funcional (p. 16-57) e aposentadoria por invalidez (p. 68-69).

Ora, considerando que é de um ano o prazo prescricional para a propositura da presente demanda em que se busca o recebimento de valor de seguro, haja vista a disposição do artigo 206, § 1º, II, b¹, do Código Civil, bem como o conhecimento sobre a consolidação das suas lesões sofridas com o acidente automobilístico e indicação de incapacidade (Súmula n. 278², do STJ), que, na hipótese trazida, se deu

1 Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

(...)

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

(...)

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

2 O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

com a concessão do benefício previdenciário, aposentadoria, datada de 10.11.2014 (p. 69) e o seu pedido administrativo à seguradora ocorreu no ano de 2017, a prescrição reconhecida em primeiro grau deve ser confirmada.

Ademais, muito bem destacou-se em primeiro grau que

“(...) o autor não demonstrou ter permanecido em constante tratamento médico para recuperação de sua integridade física, tampouco comprovou que após a concessão da aposentadoria por invalidez procurou outros meios para reverter a lesão. Ao reverso, na inicial deixou claro que o acidente acarretou a deficiência ensejadora do benefício previdenciário, reforçando o liame entre o sinistro e a doença incapacitante.” (sic, p. 173)

Assim, como o autor não requereu o pagamento do valor segurado dentro de um ano a contar do seu conhecimento da consolidação das suas lesões, imperioso a declaração da prescrição anual.

A respeito:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATO DE SEGURO – INVALIDEZ PERMANENTE – REPARAÇÃO SECURITÁRIA – PRESCRIÇÃO ANUAL – OCORRÊNCIA – TERMO INICIAL – DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ DO SEGURADO ATRAVÉS DE LAUDO PERICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Mantém-se a decisão que declarou a ocorrência de prescrição para o ajuizamento da ação de cobrança de indenização de seguro, porquanto a prescrição anual a ser computada nas ações de segurados contra a seguradora há de ser contada a partir da data em que o contratante teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão de sua incapacidade, o que, no caso, ocorreu a partir da ciência do laudo pericial elaborado em ação previdenciária que motivou a concessão judicial de aposentadoria por invalidez. (TJMS. Apelação n. 0008606-79.2015.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 12/12/2017, p: 13/12/2017)

Logo, não merece reforma a sentença recorrida.

Honorários Recursais

Em vista da baixa complexidade da questão trazida no recurso, do pouco tempo de sua duração em segundo grau de jurisdição e do local de prestação do serviço, bem como não houve o acolhimento da tese recursal, e, atendendo os itens I, II, III e IV, do § 2º, do artigo 85³, do Código de Processo Civil, majoro em 1% os honorários de sucumbência devidos pelo recorrente em favor do causídico contratado pela recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo-se na íntegra a sentença julgada.

Em consequência, majoro em 1% os honorários de sucumbência devidos pelo recorrente em favor do causídico contratado pela recorrida, cuja a cobrança ficará suspensa, na forma do art. 98, § 3º, do CPC.

³ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

2ª Câmara Cível**Apelação nº 0829855-85.2017.8.12.0001 – Campo Grande****Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – AJUIZAMENTO DO FEITO EXPROPRIATÓRIO ANTES DA LEI COMPLEMENTAR DE N. 118/2005 – TERMO INICIAL – NOTIFICAÇÃO PARA PAGAMENTO DO TRIBUTO – INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUE SÓ OCORRE COM A CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, I DO CTN ANTES DA ALTERAÇÃO OCORRIDA EM 2005 – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA EXCLUSIVAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 106 DO STJ – PRESCRIÇÃO PARCIAL VERIFICADA – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Por se tratar de IPTU, cujo lançamento é realizado de ofício pela Administração, o crédito tributário torna-se definitivo a partir do momento em que é feita a notificação do contribuinte acerca do lançamento do imposto.

A partir da constituição definitiva do crédito tributário, inicia-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a propositura da ação de execução fiscal, sendo que, no presente feito, é de se reconhecer a prescrição do crédito tributário relativo ao IPTU de 1997, independentemente de qualquer discussão relativa à mudança da redação do art. 174, do CTN.

Em processo de execução fiscal ajuizado anteriormente à Lei Complementar de n. 118/2005, é pacífica a orientação do STJ de que o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação pessoal produz esse efeito.

Ajuizada a execução fiscal dentro do prazo prescricional de cinco anos e constatado que a demora na citação do devedor não foi ocasionada por desídia da Fazenda Pública Municipal, mas sim pela morosidade do judiciário, não merece acolhida a decretação da prescrição em relação ao IPTU de 1998, sendo perfeitamente aplicável, ao caso, a Súmula de n. 106, do STJ.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Della Senta Metalurgica Industrial Ltda, nestes embargos à execução fiscal em que contende com Município de Campo Grande, oferece recurso de apelação.

A recorrente aduz, em síntese, que, uma vez que não houve impugnação administrativa do débito tributário, a execução fiscal já poderia ter sido proposta. Nesse contexto, o início do prazo prescricional deu-se com a constituição definitiva do crédito em 10/02/1997 e 10/02/1998, mas a ação somente foi proposta aos 08/11/2002, quando já teria ocorrido a prescrição, sendo certo, ainda, que compareceu espontaneamente nos autos, não se podendo alegar que a citação deu-se por demora imputável ao Poder Judiciário.

Ao final, pleiteou o conhecimento e provimento do reclamo.

Contrarrazões às páginas 86-89.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto por Della Senta Metalurgica Industrial Ltda, nestes embargos à execução fiscal em que contende com Município de Campo Grande.

A recorrente aduz que, uma vez que não houve impugnação administrativa do débito tributário, a execução fiscal já poderia ter sido proposta. Nesse contexto, o início do prazo prescricional deu-se com a constituição definitiva do crédito em 10/02/1997 e 10/02/1998, mas a ação somente foi proposta aos 08/11/2002, quando já teria ocorrido a prescrição, sendo certo, ainda, que compareceu espontaneamente nos autos, não se podendo alegar que a citação deu-se por demora imputável ao Poder Judiciário.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do apelo, recebo-o em seu efeito devolutivo (arts. 1.012, § 1º, III e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Com efeito, nos termos do artigo 174, do CTN, a ação de cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva, ou seja, a partir do momento em que se torna indiscutível.

Assim, não obstante entendimentos contrários, definiu-se que, nos tributos sujeitos lançamento de ofício, como no caso do IPTU, a constituição do crédito tributário dá-se com a notificação ao sujeito passivo para realização do pagamento, iniciando-se, a partir daí, o termo inicial do prazo prescricional quinquenal para a cobrança do débito tributário.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA – IPTU – LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO A PARTIR DO LANÇAMENTO EM 1º DE JANEIRO DE CADA ANO – ALEGAÇÃO DE QUE O CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL ESTABELECE UM PRAZO MAIOR PARA PAGAMENTO DO TRIBUTO – DIREITO LOCAL – INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280 DO STF – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento firme de que nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, tal como o IPVA e o IPTU, a própria remessa, pelo Fisco, da notificação para pagamento ou carnê constitui o crédito tributário, momento em que se inicia o prazo prescricional quinquenal para sua cobrança judicial, nos termos do art. 174 do CTN. (...). 4. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU/RJ a que se

nega provimento. (AgRg no REsp 1434570/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 21/03/2014). Destacado

TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – IPTU – TERMO INICIAL – NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **O dies a quo para contagem do prazo prescricional do IPTU coincide com a data da notificação do contribuinte.** 2. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em sede de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, que a “verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior; na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ” (REsp 1.102.431/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 387.152/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 20/11/2013). Destacado

AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL QUE DEMONSTROU TODOS OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – NOTIFICAÇÃO PARA PAGAMENTO DO TRIBUTO. 1. O recurso especial do contribuinte reuniu todas as condições de admissibilidade, demonstrando claramente o motivo da irresignação recursal e a existência de diferentes entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. 2. **É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, “nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como no caso do IPVA e IPTU, a constituição do crédito tributário perfectibiliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando-se, a partir daí, o prazo prescricional quinquenal para a cobrança do débito tributário, nos termos do art. 174 do CTN”** (AgRg no Ag 1.399.575/RJ, Min. Humberto Martins, 2ª T., DJe de 04/11/2011). 3. Agravo regimental do Fisco a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1325143/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, DJe 08/04/2013). Destacado

Sendo assim, inexistem dúvidas de que o prazo prescricional inicia-se com a notificação válida do sujeito passivo, pois com esta o lançamento ganha publicidade e o contribuinte fica ciente do tributo a ser pago, estabelecendo-se o vínculo entre o sujeito passivo (contribuinte) e o sujeito ativo (Fazenda Pública).

Neste contexto, considerando que a Certidão de Dívida Ativa – CDA de n. 028218/02-73 (p. 27), diz respeito aos IPTU’s relativos aos anos de 1997 e 1998, tenho que o termo inicial para contagem do prazo prescricional não pode ser considerado como a data final do exercício financeiro de 1997 e de 1998, eis que tal marco corresponde à inscrição do crédito em dívida ativa, que é fase posterior a sua constituição, não podendo o Código Tributário Municipal dispor de forma contrária ao CTN.

Assim, sendo a notificação do contribuinte o momento da constituição do crédito tributário e, de consequência, a data do início da contagem do prazo prescricional para a cobrança do tributo na esfera judicial, no caso dos autos deve ser considerada, respectivamente, o mês de janeiro de 1997 e de janeiro de 1998, data da notificação da cobrança do IPTU referente aos anos de exercício de 1997 e de 1998, já que não houve juntada no feito dos editais de notificação.

Nesse contexto, o prazo quinquenal para ajuizamento de uma execução fiscal para cobrança do IPTU relativo ao exercício de 1997, findaria em janeiro de 2002 e no que diz respeito ao exercício de 1998, seu término ocorreria em janeiro de 2003, de modo que, tendo a ação de n. 0818350-25.2002.8.12.0001, sido distribuída aos 08/11/2002, houve prescrição do IPTU referente ao ano de 1997, independentemente de qualquer discussão relativa à mudança da redação do art. 174, do CTN.

Quanto ao ano de 1998, ainda que deva ser aplicada a redação original do art. 174, do CTN, considerando que somente a citação pessoal poderia interromper a prescrição, tenho que não há que se falar em prescrição, porquanto a ação foi distribuída aos 08/11/2002, ou seja, antes do prazo prescricional de cinco anos que venceria em janeiro de 2003 e a citação da recorrente deixou de ocorrer em tempo hábil por demora imputável aos mecanismos da justiça, nos termos da Súmula de n. 106, do STJ.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – AJUIZAMENTO ANTES DA LC 118/2005 – DEMORA NA CITAÇÃO IMPUTADA AO CREDOR – REVISÃO – SÚMULA 7/STJ – NÃO PROVIMENTO. 1. Em processo de execução fiscal ajuizado anteriormente à LC 118/2005, é pacífica a orientação do STJ de que o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação pessoal produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no art. 174 do CTN sobre o art. 8º, § 2º, da LEF. 2. Ajuizada a demanda dentro do prazo prescricional e realizada a citação do executado fora dele, o marco interruptivo deve retroagir à data do ajuizamento do feito somente quando a demora na citação for imputada ao mecanismo da Justiça (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21/5/2010). (...) 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1352016/RS, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 16/02/2018). Destacado

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – PRESCRIÇÃO – INTERRUPTÃO – ARTIGO 174 DO CTN – INTERPRETAÇÃO EM CONJUNTO COM O ART. 219, § 1º, DO CPC – RECURSO ESPECIAL 1.120.295-SP, REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – SÚMULA 106/STJ – INCIDÊNCIA – SÚMULA 7/STJ. 1. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.120.295-SP, representativo de controvérsia, de relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou o entendimento de que o art. 174 do CTN deve ser interpretado conjuntamente com o § 1º do art. 219 do CPC, de modo que, “se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição”, salvo se a demora na citação for imputável ao Fisco. 2. Na hipótese, conforme consignado no acórdão recorrido, a Execução Fiscal foi ajuizada antes do termo final do prazo prescricional, e a demora da citação ocorreu por falha exclusiva do mecanismo judiciário. Assim, o efeito interruptivo da citação deve retroagir à data da propositura da ação. 3. Rever o entendimento do Tribunal a quo, que concluiu pela não incidência da Súmula 106/STJ requer inevitavelmente o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 680.798/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 05/08/2015)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL – RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO SOB A ÓTICA DO CTN, BEM COMO APLICAÇÃO DA SÚMULA 106 DO STJ – SITUAÇÕES JURÍDICAS CONSOLIDADAS NA VIGÊNCIA DA NORMA PROCESSUAL REVOGADA QUE IMPÕEM SUA APLICAÇÃO (ART. 14 DO NCPC) – DESPACHO QUE DETERMINOU A CITAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 118/05 – INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO QUE SÓ OCORRE COM A CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO, I DO CTN ANTES DA ALTERAÇÃO OCORRIDA EM 2005 – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA EXCLUSIVAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 106 DO STJ – NULIDADE DA CDA – IMPOSSIBILIDADE – COBRANÇA DE TAXAS JUNTAMENTE COM IPTU – POSSIBILIDADE DE SUBTRAÇÃO DAS TAXAS – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PARA A COBRANÇA DO IPTU – RECURSO

CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) 3. Se o despacho que determinou a citação do devedor foi proferido antes da entrada em vigor da alteração legislativa inserida pela Lei Complementar 118/05, é certo que a interrupção da prescrição do crédito tributário ocorre somente com a citação válida do contribuinte executado. 4. Noutro norte, é pacífica a orientação pela aplicabilidade do § 1º do art. 219 do CPC/73 às Execuções Fiscais para cobrança de crédito tributário. A Primeira Seção do STJ, ao julgar recurso sob o regime do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que, ajuizada tempestivamente a ação, a citação válida do demandado faz com que a interrupção da prescrição retroaja ao momento da sua propositura (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.5.2010). 5. Ajuizada a execução fiscal dentro do prazo prescricional de cinco anos e constatado que a demora na citação do devedor não foi ocasionada por desídia da fazenda pública municipal, mas sim pela morosidade do Judiciário, não merece acolhida a decretação da prescrição em relação ao IPTU, sendo perfeitamente aplicável ao caso o enunciado 106 do STJ. 6. Sendo possível a individualização dos valores cobrados a título de IPTU das taxas de serviço municipais declaradas indevidas, a Execução Fiscal merece prosseguir com relação à cobrança do aludido imposto, pois tal fato não subtrai da Certidão de Dívida Ativa sua liquidez e certeza, na medida em que o quantum debeatur a ser efetivamente executado pode ser encontrado mediante a realização de simples cálculos aritméticos. 7. Recurso conhecido e desprovido. (TJMS. Apelação n. 0025037-07.2009.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 04/10/2016, p: 20/10/2016). Destacado

Além disso, não se verifica nos autos da execução fiscal, antes do comparecimento pessoal da recorrente-executada, nenhuma intimação do recorrido-exequente para fornecer ou modificar endereço da parte devedora, tampouco proceder a qualquer diligência que lhe coubesse para que a citação fosse efetivada, não havendo motivo para declarar a prescrição da pretensão relativa ao IPTU de 1998, quando a parte credora não contribuiu para sua ocorrência.

Ressalta-se, ainda, que a verificação de prescrição parcial do crédito tributário não acarreta nulidade da CDA, devendo o feito executivo prosseguir sobre o tributo referente ao IPTU de 1998.

Nesse sentido:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – TERMO INICIAL – ART. 174 DO CTN – CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO – NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE – ESPÉCIE DE TRIBUTO LANÇADO DE FORMA DIRETA – PRESCRIÇÃO PARCIAL QUE NÃO ACARRETA A NULIDADE DO TÍTULO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Considerando que a decisão agravada e a interposição do recurso deram-se na vigência do CPC/1973, aplica-se o regramento anterior aos atos processuais praticados na sua vigência, à luz do princípio de que o tempo rege o ato. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (art. 174, CTN), a qual se dá a partir da data do lançamento do tributo, com a devida notificação do contribuinte. O REsp 1.111.124/PR, representativo da controvérsia, que firmou o entendimento de que o termo a quo, para o início do curso do prazo prescricional para a cobrança do IPTU, é a data da notificação para o pagamento. A ocorrência de prescrição de parte do débito inscrito em dívida ativa não ocasiona a nulidade da CDA. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1404757-86.2016.8.12.0000, Nova Andradina, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 10/08/2016, p: 15/08/2016). Destacado

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – IPTU – PRESCRIÇÃO – EM PARTE ACOLHIDA – DEMORA NA CITAÇÃO POR PROBLEMAS DO JUDICIÁRIO – SÚMULA Nº 106 DO STJ – PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA – POSSIBILIDADE – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA LEI 1.060/50 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJMS. Apelação n. 0108126-30.2006.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Josué de Oliveira, j: 10/02/2011, p: 15/02/2011).

Diante do exposto, conheço do apelo e dou-lhe parcial provimento apenas para julgar parcialmente procedente os embargos à execução e, com isso, declarar extinta a execução em apenso quanto ao IPTU de 1997.

Em virtude do resultado do julgamento e da existência de sucumbência recíproca entre as partes, condeno o apelado ao pagamento de 40% dos honorários advocatícios e a apelante a 60% dos honorários e das custas processuais, cuja a exigibilidade da cobrança em relação a esta deve ser sobrestada, já que beneficiária da justiça gratuita (p. 37). Deixo de condenar o apelado em custas processuais, em razão da isenção legal, nos termos do art. 24, I, da Lei n. 3.779/09.

Via de consequência, como a sentença foi publicada após a vigência do atual Código de Processo Civil, houve parcial do provimento do apelo, fixo honorários advocatícios recursais, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC, já levando em conta a redistribuição do ônus de sucumbência, em 2% do proveito econômico discutido, sendo que deste montante 1% deverá ser acrescentado às verbas devida pelo apelado, totalizando 5% (40% de 10% = 4% + 1%) sobre o proveito econômico e o 1% restante será devido pela apelante, totalizando 7% (60% de 10% = 6% + 1%) sobre o proveito econômico, ficando, no entanto, tal verba sobrestada em relação a esta, por ser beneficiária da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801751-84.2013.8.12.0046 – Chapadão do Sul
Relator Des. Nélcio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME DE MATÉRIA PELA SISTEMÁTICA DO ARTIGO 543-B, § 3º, DO CPC (ATUAL 1.040, II, DO CPC/2015) – RECURSO PARADIGMA JULGADO PELO STJ SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA – COMISSÃO DE CORRETAGEM DEVE SER SUPOSTADA PELO CONSUMIDOR SE HOUVER DESTAQUE DE VALOR E CIÊNCIA DA QUANTIA – CLÁUSULA CONTRATUAL EXPRESSA NESSE SENTIDO – ACÓRDÃO RETIFICADO PARA AJUSTE AO JULGADO DO STJ – RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

Estando o acórdão em desconformidade com o decidido em recurso especial julgado sob o rito dos recursos repetitivos, sua alteração, para ajuste ao julgado pela Corte Superior, é medida que se impõe.

É válida a cláusula que transfere o dever de pagamento de comissão de corretagem ao consumidor, desde que haja destaque do valor e ciência do adquirente.

Recurso de apelação novamente conhecido e, em reanálise, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Des. Nélcio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélcio Stábile.

O apelante Ministério Público Estadual, por primeiro, manejou recurso de apelação contra sentença de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido inicial, que consistia em reconhecimento de ilegalidade da cobrança de taxa de corretagem, por Casa e Terra Imobiliária e Engenharia Ltda, dos compradores de seus imóveis.

O apelo foi provido, conforme se vê pelo acórdão a f. 847/858.

Em razão de não ter sido o apelo provido por unanimidade, o apelado manejou os então cabíveis Embargos Infringentes (f. 864/898), ocasião em que pugnou pela reforma do Acórdão recorrido.

O embargado, num primeiro momento, pugnou pela rejeição dos referidos Embargos (f. 906/917).

Tendo em vista o pedido de providências de f. 919/921, que informava que recurso repetitivo relativo à matéria foi julgado no E. Superior Tribunal de Justiça, e em razão da possibilidade de conversão dos embargos infringentes em procedimento de reanálise de julgamento por ter sido proferida decisão em julgado repetitivo no âmbito do STJ, determinei ao embargado que se manifestasse (f. 924).

O Ministério Público, então, retificou seu parecer de f. 906/917, e pugnou pelo provimento do recurso de embargos infringentes (f. 928/931).

Em razão do julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511/SP, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, ratifico o despacho de f. 924 e converto os presentes embargos infringentes em procedimento de reanálise de julgamento, nos termos do que dispunha o artigo 543-C, § 7º, II, do CPC/1973 (aplicável à hipótese por questão de intemporalidade, uma vez que os referidos embargos foram interpostos quando ainda vigente o referido *Codex*).

Como já houve manifestação acerca do julgamento da questão por recurso repetitivo por ambas partes, não há qualquer outra providência a ser determinada, a não ser o rejuízo da questão.

VOTO

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (Relator)

Antes de adentrar no julgamento do recurso, reputo necessário anotar que, nada obstante a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil) ter entrado em vigor em 18.03.2016, ao presente caso são aplicáveis as regras processuais do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que tanto a sentença recorrida, quanto a própria apelação e os embargos infringentes, foram aviados sob a égide deste último *Codex*.

Conforme consta em relatório, converti os então embargos infringentes em reanálise de julgamento da apelação, por analogia ao disposto no artigo 543-C, § 17º, inciso II, do CPC/1973 (atual artigo 1.040, II, do CPC/2015). Referido dispositivo legal determina:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Como a questão foi tratada nos autos versava sobre possibilidade ou não de repasse ao consumidor, pela imobiliária, da comissão de corretagem cobrada no ato da venda do imóvel, e tendo a questão sido julgada, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Recurso Especial nº 1.599.511/SP, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é o caso de reanálise do feito por esta C. 3ª Câmara Cível.

O acórdão proferido por esta C. 3ª Câmara Cível, no julgamento desta apelação, foi no sentido de ser indevido o repasse da comissão de corretagem ao consumidor, independentemente de haver ou não cláusula contratual a respeito. Entretanto, o E. Superior Tribunal de Justiça, quando julgou o REsp nº 1.599.511/SP (recurso repetitivo), julgou a questão de forma diversa, consoante se depreende da emenda do julgado, abaixo transcrita:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA.

I - Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II - Caso concreto:

2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor. Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III - Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp nº 1.599.511/SP. Órgão Julgador: 2ª Seção. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 24.08.2016).

Tendo em vista o julgado acima ementado, faz-se necessária a reanálise do julgamento do Acórdão de f. 847/858, para análise de sua adequação com a decisão proferida pelo E. STJ.

O referido Tribunal Superior reconheceu a validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade, com o destaque do valor da referida comissão.

Analisando os documentos juntados aos autos, é possível aferir-se que nos contratos entre a imobiliária e os consumidores, consta a cláusula quarta, em que resta pactuado:

“Fica ajustado entre as partes que o valor total da mediação ou corretagem, até o limite de 7% (sete por cento) do valor total da compra e venda, não será devolvido em virtude do mesmo ter sido pago ao corretor autônomo e demais profissionais responsáveis pela intermediação do negócio, bem como despesas administrativas, taxas e impostos decorrentes da venda do bem” (f. 548).

Consta, ainda, em separado, “Contrato de Intermediação e Pagamento de Comissão de Corretagem”, em que há destaque do valor a ser pago ao corretor autônomo e, ainda, disposição expressa nos seguintes termos: “Fica ajustado que o adquirente/proponente é o único responsável pelo pagamento da comissão de corretagem ao profissional contratado, nos termos do art. 724 do Código Civil Brasileiro (...)”. No mesmo instrumento, também a menção de que “O adquirente/proponente declara que está ciente e de acordo com o pagamento da referida comissão, que foi feita diretamente ao corretor autônomo, e que tais valores não

integram o preço total da venda do imóvel ora negociado, assim sendo em havendo arrependimento de qualquer das partes, esses valores não serão reavidos conforme previsão do art. 725 do CC 2002”. (f. 553).

Dessa forma, é estreme de dúvida que houve a contratação dos serviços de corretagem de forma autônoma, com destaque do valor a ser pago ao corretor (que seria diverso do valor total do imóvel), e de que referida despesa seria de responsabilidade do consumidor/adquirente do imóvel.

Como o julgamento da apelação foi em sentido contrário ao decidido no REsp nº 1.599.511/SP (recurso repetitivo), é o caso de retificação do julgado por esta C. 3ª Câmara Cível, para o fim de adequação ao julgado paradigma proferido pela Corte Superior.

Ante o exposto, em juízo de reexame fundamentado no disposto no artigo 543-B, caput, e § 3º, II, do Código de Processo Civil de 1973 (atual 1.040, II, do CPC/2015), conheço novamente da apelação interposta por Ministério Público Estadual para, com base em orientação acerca da matéria firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511/SP, pela sistemática de Recursos Repetitivos, retificar o Acórdão de f. 847/858 e negar provimento ao recurso de apelação, mantendo a sentença em seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801090-09.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Nélío Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – REJEITADA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CONDUTA CULPOSA – HONORÁRIOS CONTRATUAIS – RESSARCIMENTO DESCABIDO – RECURSO DESPROVIDO.

A preliminar arguida não deve prosperar, porquanto as alegadas inconsistências recursais não são suficientes para implicar o não conhecimento do apelo, que deve ser analisado nesta instância, até mesmo em atenção à primazia do pronunciamento de mérito.

Não se verifica o alegado erro médico, ausente demonstração de imprudência, negligência ou imperícia por parte do profissional requerido, que adotou as providências adequadas e pertinentes às complicações ocorridas, inexistindo sustentabilidade para a alegação esquecimento de instrumento cirúrgico no abdômen da autora.

Não é devida indenização em razão de honorários advocatícios fixados contratualmente, sendo que a ação é improcedente e em razão do entendimento do STJ, segundo o qual os artigos 389 e 395 do CC não se aplicam quando a contratação destina-se a realização de atos judiciais, sob pena de *bis in idem* em relação ao artigo 85 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Des. Nélío Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélío Stábile.

Maria Valdinéia da Silva interpõe o presente recurso de apelação em face de Flávio Antônio Roberto Ribas e Hospital Santa Rita Ltda., inconformada com a Sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou improcedente a ação de reparação de danos movida por ela apelante.

Aduz pretender indenização em razão de danos morais e estéticos, que teria sofrido em virtude de três procedimentos cirúrgicos realizados pelo médico Requerido, em razão de infecção causada por granuloma, em reação a corpo estranho (material cirúrgico) deixado em sua parede abdominal.

Defende haver prova inequívoca da culpa do profissional, considerando que:

“(...) o exame de f. 319, além de diagnosticar a diminuição da sensibilidade da ultrassonografia por excesso de meteorismo na cavidade abdominal, ainda registrou a presença de líquido livre medindo aprox. 402 ml, justamente ocasionado pela infecção que acometia a recorrente. Comprovada, assim, a presença de infecção, por óbvio que havia na região abdominal da recorrente algum elemento provocador da mesma, qual seja, o granuloma que fora retirado pelo médico réu no terceiro procedimento cirúrgico realizado, comprovando que granuloma era formado por material estranho e não fora retirado no momento oportuno (Laparotomia Exploratória), ocasionando a permanência da infecção” (f. 493).

Aduz que o granuloma retirado de sua parede abdominal não seria consequência natural da histerectomia, antes de objeto cirúrgico esquecido, seja fio de sutura ou qualquer outro que lá não deveria ter sido deixado. O próprio procedimento de Laparotomia Exploratória não seria usual, por ser muito agressivo, o que corroboraria a alegação.

Dessa forma, entendendo comprovada a presença dos requisitos legais para configuração da responsabilidade civil dos requeridos, pleiteia o provimento do recurso, para que sejam condenados nos termos requeridos na inicial.

Em contrarrazões (f. 502/513), o primeiro apelado arguiu preliminar de não conhecimento da apelação, em razão de inovação recursal, tendo em vista que a autora teria alterado os fundamentos de fato de seu pedido.

No mérito, aduz que se desincumbiu do ônus de comprovar que inexistiu erro na realização das cirurgias, não tendo esquecido material, seja metálico ou não, na cavidade do abdômen da requerente, o que teria sido confirmado por médico depoente.

Rechaça, assim, a arguição de dano moral, bem como a alegação de dano material, pleiteada em razão da contratação de advogado, que seria descabida, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Nesses termos, requer o não conhecimento do Recurso e, caso conhecida, seu desprovimento.

Em contrarrazões (f. 514/526), o segundo apelado pugnou pela manutenção da improcedência da ação, que estaria em harmonia com as provas produzidas, as quais demonstrariam a inocorrência de erro médico.

Reitera que o nosocômio não teria responsabilidade pela atuação médica, sendo que a mera disponibilização do centro cirúrgico não atrairia nexo de causalidade, especialmente em virtude da ausência de vinculação do profissional com o hospital.

Cita julgados que corroborariam suas alegações. Ademais, impugna o pleito de ressarcimento dos gastos com contratação de advogado e pugna, assim, pelo desprovimento do recurso.

A autora pugnou pela rejeição da preliminar arguida (f. 532/536).

VOTO

O Sr. Des. Nélcio Stábile. (Relator)

Primeiramente, tenho que deve ser afastada a preliminar arguida. Embora haja inconsistências nas alegações recursais, que serão objeto de análise adiante, não são suficientes para implicar o não conhecimento do Recurso.

Isso porque as alegações concernentes a esquecimento de material cirúrgico foram reiteradas e devem ser analisadas nesta Instância, até mesmo em atenção à primazia do pronunciamento de mérito.

Assim, afasto a preliminar arguida.

No mérito, a despeito dos argumentos esposados pela Apelante, não possuem o condão de suplantarem os fundamentos lançados no *decisum* objurgado, os quais devem prevalecer.

Em se tratando de responsabilidade decorrente de alegado erro médico, há de ser perquirida existência de culpa do profissional, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia, nenhuma das quais observável no caso em tela.

A autora foi submetida a cirurgia para retirada do útero em 18.08.2009, com alta em 20.08.2009. Em razão de fortes dores, foi novamente internada, verificando-se, por meio de exames, tão somente a existência de líquido livre na borda hepática, o que levou ao procedimento cirúrgico realizado em 27.08.2009, com alta em 03.09.2009. Em virtude de novas dores abdominais, em 02.10.2009 foi realizado procedimento para retirada de granuloma abdominal.

Não vislumbro qualquer sustentabilidade para a alegação de que teria sido esquecido instrumento cirúrgico no interior da Apelante. Esta não se desincumbiu do ônus de comprovar que a necessidade de mais de um procedimento teria decorrido de erro médico. A evidência dos autos é no sentido de que as providências tomadas foram adequadas e pertinentes às complicações ocorridas.

Tal como corroborado pelo médico Alberto da Silva Braga, que acompanhou as duas primeiras cirurgias, de extração do útero e laparotomia exploratória, não foi deixado instrumento cirúrgico algum, até mesmo porque foi efetuado inventário dos materiais utilizados.

Os documentos médicos constantes dos autos indicam claramente que o granuloma surgido consubstanciou reação causada por fio de sutura. Ao que consta, referido granuloma surgiu após a realização do segundo procedimento, não havendo qualquer menção anterior a ele.

Convém ressaltar que desde a inicial a autora diferencia “instrumento cirúrgico” e “fio de sutura”, utilizando-se da primeira expressão para referir-se a material estranho que não teria sido oportunamente retirado. A f. 494 refere que a tese de que se trataria de pontos não absorvidos não teria sido comprovada.

A f. 466 aduz que *“não é crível que se a infecção sofrida pela autora, que lhe causou grande sofrimento, sangramentos e inchaço abdominal, tivesse origem apenas por em fio não absorvido, como afirmou o réu, não teria sido observada da primeira laparotomia exploratória a qual foi submetida”*.

É evidente que tais afirmações estão em conflito com aquela do item 10 do apelo, em que aduz que:

“O granuloma infeccioso retirado da parede abdominal da recorrente, não foi provocado por consequência natural da histerectomia, mas sim por objeto cirúrgico esquecido, seja ele fio de sutura ou mesmo qualquer outro que não deriva da naturalidade da recuperação da cirurgia por qual passou a autora, ao contrário do que fez manifestar a sentença” (destaquei - f. 494).

Também não pode nesta altura pretender que *“ainda que fosse considerada verdadeira a alegação do médico réu de que o granuloma teria sido formado por fio de sutura não absorvido pelo organismo, tal*

material esquecido é consequência de erro médico, deveria ter sido retirado em tempo ou mesmo durante a laparotomia exploratória” (f. 496).

Tais ponderações vão de encontro, ainda, à declaração da Requerente de que o conceito de granuloma “*não pode ser descrito como sendo exclusivamente a reação do organismo a fio de sutura, mas sim à todo e qualquer corpo de estranho, podendo ser formado por material cirúrgico esquecido no paciente*” (f. 467).

Ou seja, a autora declara que o granuloma é gênero, do qual fio de sutura e material cirúrgico seriam espécies, estabelecendo distinção entre estes. Caracteriza verdadeiro *venire contra factum proprium*, tendo assentado a causa de pedir como danos causados por esquecimento de instrumento cirúrgico na cavidade abdominal, persistir no pleito indenizatória mesmo que o granuloma consistisse em fio de sutura.

De todo modo, sobreleva ressaltar que o conjunto fático-probatório indica que o granuloma surgiu posteriormente ao segundo procedimento, bem como que o terceiro procedimento não possuía qualquer complexidade, tanto que realizado em cerca de quinze minutos, sendo desarrazoada a tese de que, nesse exíguo espaço de tempo, tenha sido retirado instrumento cirúrgico do abdômen da autora. Isso afasta, outrossim, a alegação de imprudência do médico Requerido, que inclusive cercou-se de maiores cuidados ao aplicar anestesia, mesmo sendo desnecessária.

Assim, conforme anotado pelo juízo *a quo*:

“(...) não há que se falar em negligência, imprudência ou imperícia dos réus, tendo em vista que o segundo e o terceiro procedimentos mostraram-se necessários para sanar as intercorrências do pós-operatório. Restou devidamente demonstrado ainda, que os réus prestaram toda a assistência necessária à autora, atendendo-a de imediato sempre que procurados e buscando prestar-lhe o atendimento adequado às queixas”, inexistindo “qualquer elemento que possa indicar que o médico que atendeu a autora, ora réu, tenha conduzido de modo errôneo o tratamento a ela dispensado, tendo realizado eficazmente todo o tratamento requerido pelas circunstâncias apresentadas” (f. 482/483).

Com respeito ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais, além de não ser devido em razão da improcedência da ação que aqui há de ser reconhecida, é certo para que determinado dano seja considerado indenizável, pressupõe-se a prática de ato ilícito, o que não ocorre quando a parte ré resiste à demanda contra ela intentada.

Condenar a parte vencida também no pagamento de honorários advocatícios contratuais, além da condenação a título de honorários sucumbenciais, além de contrariar os ditames da lei seria também negar aplicação aos princípios do contraditório e ampla defesa, protegidos constitucionalmente e erigidos a Direitos Fundamentais pela Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, convém mencionar o entendimento esposado pela Segunda Seção Cível do E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.469.717-RS, no sentido de que “*os arts. 389, 395 e 404, todos do Código Civil, devem ser interpretados de forma a abranger apenas os honorários contratuais pagos ao advogado para a adoção de medidas extrajudiciais, tendo em vista que na esfera judicial há previsão do pagamento de honorários sucumbenciais*”.

Vislumbra-se, portanto, que subsiste a diferenciação das verbas honorárias de acordo com a sua origem. Assim, quando os honorários advocatícios advêm de atos extrajudiciais realizados em virtude da inadimplência ou mora da parte ré, aplicam-se dos artigos 389 e 395, do Código Civil. Por outro lado, quando a condenação é derivada da prática de medidas judiciais, incide o artigo 20, do Código de Processo Civil de 1973.

Desse modo, mesmo em caso de sentença que acolha parcial ou integralmente os pedidos iniciais e, por consequência, condene a parte vencida ao ônus da sucumbência, não há se falar em fixação de qualquer reparação material decorrente dos honorários contratuais, porquanto as verbas sucumbenciais já possuem o condão de ressarcir o vencedor de eventuais gastos com advogado.

Corroborando com o posicionamento de que a referida verba não integra valores a título de reparação por perdas e danos, seguem julgados do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NA INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os honorários advocatícios contratuais não integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos, conforme o disposto nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002.

Precedentes: REsp 1.480.225/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11/9/2015; AgRg no REsp 1.507.864/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 25/9/2015; AgRg no REsp 1.481.534/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 26/8/2015).

2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 746.234/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 19/11/2015)

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANO INEXISTENTE. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O entendimento desta Corte é que a mera contratação de advogado para defesa judicial dos interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do acesso à Justiça.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1507864/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 25/09/2015)

No mesmo sentido vem decidindo o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – APONTAMENTO INDEVIDO PARA PROTESTO – DANO MORAL IN RE IPSA – RAZOABILIDADE DA INDENIZAÇÃO – INCLUSÃO DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS NA CONDENAÇÃO – INVIABILIDADE – TERMO INICIAL JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES NA CONDENAÇÃO – RESPONSABILIDADE CONTRATUAL – CITAÇÃO – ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Os honorários contratuais não se inserem na condenação por danos materiais por refletir em obrigação decorrente de contrato ajustado entre a parte e seu procurador, sem efeitos perante terceiro, a parte sucumbente, competindo-lhe apenas a os honorários sucumbenciais, reformando-se a sentença no ponto. O apontamento indevido de título para protesto configura dano moral in re ipsa, prescindindo de comprovação dos prejuízos experimentados pela parte, estando o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) condizente com a orientação deste Colegiado em casos semelhantes. Tratando-se de dano moral oriundo de responsabilidade contratual, o termo inicial de incidência dos juros moratórios é à partir da citação, nos termos do art. 405

do Código Civil. (TJMS - APL: 01000230720118120018 MS 0100023-07.2011.8.12.0018, Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva, Data de Julgamento: 27/03/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/04/2014) (grifei).

Assim, por quaisquer ângulos que se observe a questão posta, diante das razões esposadas e dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, impõe-se o desprovemento do Recurso e a manutenção do *decisum* objurgado. Em consequência, tenho por adequado majorar em 5% os honorários advocatícios fixados na origem, com fulcro no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso de apelação e mantenho a Sentença de origem, em seus termos e por seus próprios fundamentos. Por conseguinte, majoro em 5% os honorários advocatícios fixados na origem, com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

3ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1412548-72.2017.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÃO – LIMINAR CONFERIDA SEM PRÉVIA OITIVA – OBSTRUÇÃO DE PASSEIO PÚBLICO EM FRENTE A UPA – PROPRIEDADE DE ENTE ESTATAL – PREJUÍZO A EVENTUAL PASSAGEM DE PEDESTRES/PACIENTES – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não há se falar em usucapião sobre bem público, independentemente de comprovação ou não da posse do município, resta evidente sua propriedade eis que se trata de passeio público.

Fato agravante é o local em que os *trailers* e lanchonetes se encontram, em passeio público localizado em frente a UPA do bairro Coronel Antonino, o que prejudica a eventual passagem de pedestres e pacientes que se dirigem ao local de atendimento.

Eventual reconhecimento posterior do direito dos agravados deve ser compensado mediante indenização no feito originário.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Campo Grande em face da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, nos autos de obrigação de ação de reintegração de posse e demolitória com pedido de antecipação de tutela, Autos n.º 0833110-51.2017.8.12.0001, movida contra Clotildes Paz dos Santos e demais obstrutores do passeio público, que indeferiu o pedido de liminar, determinando com urgência a realização de constatação de forma a verificar quantos e quem são os ocupantes das edificações construídas (*trailers*) sobre o passeio público da rua Dr. Meireles – em frente a UPA do Coronel Antonino.

O agravante aduz que ingressou com medida judicial demolitória com pedido de antecipação de tutela uma vez que constatou que os ocupantes obstruem o passeio público com edificações de uso comercial

do tipo lanchonete (f. 34). Para confirmar os fatos, acostou fotografias (f. 36 e 38). Alega ter notificado a agravada a desocupar voluntariamente o passeio público, por meio da comunicação de irregularidade autuada sob o n.º 4963 (f. 35), sem contudo, obter êxito. Que referida ocupação não possui sequer autorização municipal e impede o livre trânsito de pedestres na calçada em frente a UPA do Bairro Coronel Antonino. Concedi-lhe a tutela recursal.

Não foram apresentadas contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Relatados

Tenho haja procedência recursal.

Como fundamentado anteriormente quando do recebimento de referido recurso, os bens públicos possuem características próprias que os diferem seu regime jurídico dos demais bens, quais sejam: a impenhorabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. Desta última característica decorre o fato de ser impossível o usucapião sobre bem público. Tal questão fora objeto de súmula pelo Supremo Tribunal Federal, vejamos:

“Súmula 340- Desde a vigência do Código Civil, os bens dominiais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

A Constituição Federal também é expressa ao dispor em seu artigo 183, § 3º que: “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

Para o caso posto, restou comprovado pelas fotografias acostadas aos autos e pelo registro em consulta ao “google street view” (https://www.google.com.br/maps/@-20.4316662,-54.6008763,3a,90y,168.98h,83.1t/data=!3m6!1e1!3m4!1stD0e_aQkgrcgaFYGIZqKzg!2e0!7i13312!8i6656) que os agravados ocupam área de domínio público, sob alegação de não possuírem autorização para tal fim. Esclareço que não a possuem porque não é permitida obstrução de passeio público, como vem acontecendo.

Da mesma forma, desarrazoado seria considerar a ausência de comprovação de posse pelo município, já que como dito, se trata de passeio público, que por óbvio pertence ao agravante.

Verifica-se também que a construção de referido ponto comercial se encontrar em frente a área de acesso a UPA do bairro Coronel Antonino, prejudicando eventual passagem de pedestres/pacientes que se dirigem a referida unidade de pronto atendimento.

Acaso no feito originário, se comprove posteriormente eventual autorização ou se forneça a concessão para uso daquele local, passível será indenização em prol da Agravada.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto pelo Município de Campo Grande e dou-lhe provimento para o fim de confirmar a decisão quando do recebimento de referido recurso, para proceder-se à reintegração de posse definitiva da área pública e a demolição das construções (*trailer* lanchonete – objeto das fotografias constantes destes autos) existentes no passeio público na Rua Meireles, em frente a Unidade de Pronto Atendimento - UPA – Bairro Coronel Antonino, com desobstrução total do local, ou seja, passeio público.

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. Nélcio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélcio Stábile, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

4ª Câmara Cível**Apelação nº 0804206-38.2015.8.12.0018 - Paranaíba****Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS SEM QUALQUER FORMALIDADE – BENEFÍCIO CONCEDIDO EM RAZÃO DE FALTA DE VAGAS EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA A PESSOAS DE BAIXA RENDA – DOLO NÃO EVIDENCIADO – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADO – MERA IRREGULARIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

As regras insertas no art. 11, da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com cautela, mesmo porque uma interpretação ampliativa poderá classificar de ímprobas condutas meramente irregulares, assente que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida em 17 de outubro de 2017 por Naria Cassiana Silva Barros Juíza da 1ª Vara Cível da comarca de Paranaíba-MS que na ação civil pública proposta em desfavor de José Garcia de Freitas e Jane Paula da Silva Colombo, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 1767-1796), informa que:

“(...) propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de José Garcia de Freitas, na época dos fatos Prefeito Municipal e de Jane Paula da Silva Colombo, na época dos fatos Secretária Municipal de Educação, em razão da concessão

irregular de bolsas de estudo pelo Município de Paranaíba junto a instituições particulares de ensino”.

Alega que com a instauração de inquérito civil, foi apurado que os requeridos promoveram a concessão de bolsas de estudos junto às instituições Associação Brasileira das Franciscanas de Agudos, ao Centro de Estudos Integrados Caminho e à Faculdades Integradas de Paranaíba, para cursos de nível fundamental, médio e superior.

Ressalta que:

“(...) quando da concessão das bolsas de estudos, somente havia dois atos normativos que regulamentavam a matéria, quais sejam, Lei Municipal n. 1.518/2009 e Lei Municipal n. 1.812/2012. A primeira legislação disciplina a concessão de bolsas de estudos a estudantes que representem o Brasil nos Jogos Olímpicos e o Município de Paranaíba nos Jogos de Nível Regional e Nacional e a segunda legislação, regulamenta o Programa de Bolsa Universitária de Graduação e Pós-Graduação no Município de Paranaíba”.

Aduz que foi constatado a inexistência de qualquer critério objetivo para a concessão das bolsas de estudo, sendo que a escolha das pessoas beneficiadas era feita ao alvedrio do Município.

Alega que além da inobservância da legislação de regência, constatou-se a inexistência de falta de vagas nas escolas públicas, de modo que os alunos escolhidos poderiam preencher vagas nas instituições públicas, sem dispêndio ao erário municipal.

Assevera que para a concessão das vagas não foi observada a Lei n. 1.518/2009 (que regulamenta a concessão de bolsas a estudantes que representam o Brasil nos Jogos Olímpicos e jogos de Nível Regional ou Nacional).

Destaca que também não foi observado o art. 295, III da Lei Orgânica do Município de Paranaíba, uma vez que não restaram preenchidos os requisitos para a concessão da bolsa, quais sejam, a) demonstração de insuficiência de recursos pelo beneficiário; b) Ausência de vagas no ensino público.

Expõe que:

“(...) a postura dos requeridos era a de conceder, de plano, as bolsas de estudos assim que procurados, independentemente de aferir a existência de vagas em instituição de ensino diversa. Tais situações, tem o condão de demonstrar o integral desrespeito às legislações que regulamentam a concessão de bolsas de estudos no âmbito do Município de Paranaíba”.

Sustenta que restou caracterizado o ato de improbidade administrativa que importa em lesão ao erário, uma vez que ao conceder bolsas de estudos pagas com verba pública enquanto havia vagas em instituições públicas de ensino, impuseram uma despesa desnecessária ao Município.

Argumenta que também está caracterizada a violação aos princípios da administração pública, diante da inobservância pelo Município ao princípio da legalidade, da impessoalidade, da isonomia, da publicidade e da eficiência.

Destaca a desnecessidade de comprovação do elemento subjetivo, ao argumento de que nos atos de improbidade administrativa que importem em lesão ao erário, basta a presença da culpa.

Alega que “a sentença não foi adequadamente fundamentada de modo que os argumentos nela lançados foram insuficientes a afastar as alegações do Ministério Público Estadual devendo, por isso, ser reformada”.

Assevera que os requeridos deverão ser condenados ao integral ressarcimento do dano.

Requer: que o presente recurso de apelação seja conhecido e, no mérito, provido para o fim de condenar os requeridos José Garcia de Freitas e Jane Paula da Silva Colombo, pela prática dos atos de improbidade administrativa que importem em lesão ao erário, em conformidade com o art. 10, IX e XI, da Lei n. 8.429/92 e em violação aos Princípios da Administração Pública, em conformidade com o art. 11, I, da Lei n. 8.429/92 com a consequente imposição das penalidades dispostas no art. 12, II e III da Lei n. 8.429/92.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 1798-1813), pugnando pelo desprovimento do recurso.

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento da apelação (f. 1823-1836).

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da sentença proferida em 17 de outubro de 2017 pela Juíza da 1ª Vara Cível de Paranaíba-MS que na ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta em desfavor de José Garcia de Freitas e Jane Paula da Silva Colombo, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 1749-1760:

“Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial, com o que resolvo o mérito da ação, nos termos do artigo 487, inc. I, do CPC.

Sem custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se com as anotações e baixas necessárias.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Paranaíba-MS, 17 de outubro de 2017.”

Em razões recursais (f. 1767-1796), informa que:

“(...) propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de José Garcia de Freitas, na época dos fatos Prefeito Municipal e de Jane Paula da Silva Colombo, na época dos fatos Secretária Municipal de Educação, em razão da concessão irregular de bolsas de estudo pelo Município de Paranaíba junto a instituições particulares de ensino”.

Alega que com a instauração de inquérito civil, foi apurado que os requeridos promoveram a concessão de bolsas de estudos junto às instituições Associação Brasileira das Franciscanas de Agudos, ao Centro de Estudos Integrados Caminho e à Faculdades Integradas de Paranaíba, para cursos de nível fundamental, médio e superior.

Ressalta que

“(...) quando da concessão das bolsas de estudos, somente havia dois atos normativos que regulamentavam a matéria, quais sejam, Lei Municipal n. 1.518/2009 e Lei Municipal n. 1.812/2012. A primeira legislação disciplina a concessão de bolsas de estudos a estudantes que representem o Brasil nos Jogos Olímpicos e o Município de Paranaíba nos Jogos de Nível Regional e Nacional e a segunda legislação, regulamenta o Programa de Bolsa Universitária de Graduação e Pós-Graduação no Município de Paranaíba”.

Aduz que foi constatado a inexistência de qualquer critério objetivo para a concessão das bolsas de estudo, sendo que a escolha das pessoas beneficiadas era feita ao alvedrio do Município.

Alega que além da inobservância da legislação de regência, constatou-se a inexistência de falta de vagas nas escolas públicas, de modo que os alunos escolhidos poderiam preencher vagas nas instituições públicas, sem dispêndio ao erário municipal.

Assevera que para a concessão das vagas não foi observada a Lei n. 1.518/2009 (que regulamenta a concessão de bolsas a estudantes que representam o Brasil nos Jogos Olímpicos e jogos de Nível Regional ou Nacional).

Destaca que também não foi observado o art. 295, III da Lei Orgânica do Município de Paranaíba, uma vez que não restaram preenchidos os requisitos para a concessão da bolsa, quais sejam: a) demonstração de insuficiência de recursos pelo beneficiário; b) Ausência de vagas no ensino público.

Expõe que:

“(...) a postura dos requeridos era a de conceder, de plano, as bolsas de estudos assim que procurados, independentemente de aferir a existência de vagas em instituição de ensino diversa. Tais situações, tem o condão de demonstrar o integral desrespeito às legislações que regulamentam a concessão de bolsas de estudos no âmbito do Município de Paranaíba”.

Sustenta que restou caracterizado o ato de improbidade administrativa que importa em lesão ao erário, uma vez que ao conceder bolsas de estudos pagas com verba pública enquanto havia vagas em instituições públicas de ensino, impuseram uma despesa desnecessária ao Município.

Argumenta que também está caracterizada a violação aos princípios da administração pública, diante da inobservância pelo Município ao princípio da legalidade, da impessoalidade, da isonomia, da publicidade e da eficiência.

Destaca a desnecessidade de comprovação do elemento subjetivo, ao argumento de que nos atos de improbidade administrativa que importem em lesão ao erário, basta a presença da culpa.

Alega que:

“(...) a sentença não foi adequadamente fundamentada de modo que os argumentos nela lançados foram insuficientes a afastar as alegações do Ministério Público Estadual devendo, por isso, ser reformada”.

Assevera que os requeridos deverão ser condenados ao integral ressarcimento do dano.

Requer que o presente Recurso de Apelação seja conhecido e, no mérito, provido para o fim de condenar os requeridos José Garcia de Freitas e Jane Paula da Silva Colombo, pela prática dos atos de improbidade administrativa que importem em lesão ao erário, em conformidade com o art. 10, IX e XI, da

Lei n. 8.429/92 e em violação aos Princípios da Administração Pública, em conformidade com o art. 11, I, da Lei n. 8.429/92 com a consequente imposição das penalidades dispostas no art. 12, II e III da Lei n. 8.429/92.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 1798-1813), pugnando pelo desprovimento do recurso.

O representante da Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento da apelação (f. 1823-1836).

Breve relato dos fatos

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa c/c medida cautelar de indisponibilidade de bens em desfavor de José Garcia de Freitas (prefeito na época dos fatos) e Jane Paula de Silva Colombo (secretária municipal de educação na época dos fatos), ao argumento de que concederam bolsas de estudos a estudantes de Paranaíba, para que fossem usufruídas junto à Associação Brasileira das Franciscanas de Agudos (Escola Particular Educandário Santa Clara), ao Centro de Estudos Integrados (Escola Caminho Ltda) e às Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR).

Ressaltou que, para as duas primeiras, as bolsas foram direcionadas ao ensino fundamental e médio e, para a última, para cursos de graduação.

Informou que existem apenas dois instrumentos normativos vigentes referente à concessão de bolsas no Município e não foram atendidos os critérios e procedimentos que deveriam ter sido adotados pela Administração Pública.

Afirmou que não havia carência de vagas nas escolas públicas locais que justificasse a concessão de tais bolsas, de modo que os demandados violaram os princípios que regem a Administração Pública, em especial, o da legalidade, causando lesão ao erário municipal.

Tipificou a conduta dos requeridos no art. 10, *caput*, incisos IX e XI c/c art. 3º e, subsidiariamente no art. 11, *caput* e inciso I da Lei nº 8.429/92.

Requeru, como medida liminar, a decretação de indisponibilidade dos bens imóveis e móveis e de valores existentes nas contas bancárias dos réus, assegurando o integral ressarcimento solidário do dano de R\$ 325.627,46 (trezentos e vinte e cinco mil seiscientos e vinte e sete reais e quarenta e seis centavos); a expedição de ofício à Receita Federal, bloqueio de veículos dos réus, via Renajud, bem como de suas contas bancárias, via Bacenjud e, ao final, pugnou pela total procedência da ação, com a declaração de ilegalidade da conduta perpetrada por eles, com a consequente condenação de ambos por prática de atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, *caput* incisos IX e XI c/c 3º e, subsidiariamente, no artigo 11, *caput* e inciso I, todos da Lei 8.429/92, na forma do art. 289 c/c 292, § 1º, ambos do CPC e eventuais sanções previstas no artigo 12, II e, subsidiariamente, no art. 12, III, da Lei 8.429/92, de forma cumulativa; pugnou pela perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar.

Os requeridos apresentaram defesa prévia (f. 1587-1899), sustentando que a inicial não deveria ser recebida, por ausência de inclusão no polo passivo das instituições de ensino particular citadas.

No mérito, afirmaram que inexistia ato ímprobo passível de ser punido, diante da ausência das irregularidades apontadas pelo requerente.

À f. 1601-1613, a preliminar arguida foi afastada, bem como foi determinada a indisponibilidade dos bens, razão pela qual os requeridos interpuseram agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento.

Em contestação (f. 1655-1664), os requeridos alegaram que suas condutas encontram respaldo na legislação orgânica municipal e, desta forma, não demonstrado qualquer tipo de má-fé ou prejuízo ao erário, não há se falar em ato improbo e ilegal. Pugnaram pela improcedência dos pedidos iniciais.

Impugnação à contestação apresentada à f. 1668-1675.

Em audiência de instrução e julgamento realizada em 23 de novembro de 2016 foram inquiridas as testemunhas Maria Rita Alves de Freitas Federice, Weima Cristina Machiavelli Martins e Ângela Aparecida Ferreira (f. 1.713), bem como a testemunha Aparecida Fátima de Faria (f. 1.720).

As partes apresentaram as alegações finais à f. 1.723-1.735 e 1.736-1.748.

Por fim, sobreveio a sentença.

Do mérito

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação civil pública em desfavor de José Garcia de Freitas e Jane Paula da Silva Colombo, ao argumento de que na época em que o requerido era prefeito municipal e a requerida era secretária municipal de educação, praticaram ato de improbidade administrativa ao concederem bolsas de estudos a estudantes de Paranaíba, para que fossem usufruídas junto à Associação Brasileira das Franciscanas de Agudos (Escola Particular Educandário Santa Clara), ao Centro de Estudos Integrados (Escola Caminho Ltda) e às Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR) sem qualquer critério, tipificando a conduta nos incisos IX e XI do art. 10¹ c/c art. 3^o e, subsidiariamente, no *caput* e inciso I do artigo 11³, todos da Lei 8.429/92.

Sabidamente, o caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 destina-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11).

Na lição de Waldo Fazzio Júnior (p. 77):

“O ato de improbidade é o agir ou o não agir, isto é, a conduta comissiva ou omissiva do agente público, que investe contra a probidade administrativa. Enriquecimento ilícito (no art. 9º) é seu efeito subjetivo, a saber, sobre o agente público. Negativo, porque o agente público coloca interesse particular (seu ou de outrem) acima do interesse público. Lesão ao erário (no art. 10) é o efeito objetivo, de natureza econômica, ou seja, o prejuízo para o patrimônio público econômico.

1 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:

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

2 Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

3 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;

Assim, qualquer ato de improbidade administrativa atenta contra a probidade administrativa, entendida como síntese coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Vale considerar que o ato de improbidade administrativa é, sobretudo, um ilícito, uma conduta comissiva ou omissiva adversa a um dever.”

Consoante entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a modalidade culposa é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (artigos 9º e 11 da LIA), que exigem a modalidade dolosa.

Confira-se julgado abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO – FUNASA – APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS – ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO – ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO – DOLO CARACTERIZADO – ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92 – CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo, **para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10.** 2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no AREsp 532421/PE n.º 2014/0142733-0. Ministro Humberto Martins. DJe 28/08/2014) (Destaquei)*

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴ pondera que:

“(...) o enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”.

E mais (p. 689):

“(...) a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes,

4 PIETRO. Maria Sylvia di. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas. P. 686.

que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre os meios e os fins”.

Confira-se, a respeito, recente julgado proferido no Superior Tribunal de Justiça:

“MANDADO DE SEGURANÇA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREJUÍZO AO ERÁRIO – ELEMENTO VOLITIVO – CULPA RECONHECIDA PELA IMPETRANTE – SANÇÃO – DEMISSÃO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato do Sr. Ministro de Estado da Justiça, com o fim de anular Portaria que demitiu a impetrante do cargo de Técnico de Contabilidade do Quadro de Pessoal da Fundação Nacional do Índio, e, posteriormente, cassou a sua aposentadoria, tendo em vista a prática de ato de improbidade administrativa causadora de prejuízo ao erário.

2. Na hipótese dos autos, quando da apuração da infração, a Comissão Processante atestou que houve prejuízo para a administração e dolo na conduta da impetrante, reverberando o seguinte (f. 7822 e 7880/e-STJ): “Desta forma, dando por concluído o presente trabalho, após cautelosa análise dos depoimentos, provas coligidas e argumentos de defesa, esta Comissão, com amparo legal nos parágrafos 1º e 2º do Art. 165 da Lei 8112/90 por unanimidade de seus pares, conclui que ficou cabalmente comprovado que quando a servidora Geisa Maria Tenório Brito matricula SIAPE nº 0 446 699 solicitou auxílio financeiro, realizou o empenho e pagamento no sistema SIAFI/SIASG como usuária do sistema, requisitou autorização para pagamento com irregularidades nos processos de concessão de auxílio financeiro ao índio, enviou a ordem bancária no dia 20 de janeiro de 2012 no valor de R\$27.000,00 (vinte e sete mil reais) para pagamento sem assinatura do gestor financeiro, demonstrando descaso com o recurso público (...) infringiu o artigo 116, incisos I, III e IX, artigo 117, inciso IX todos da Lei 8112/90 e artigo 10, incisos VIII e IX da Lei 8.429/92, atestou alguns recibos de auxílio financeiro antes ou durante a realização do evento, sem comprovação da utilização do auxílio financeiro (...) apropriou-se de um aparelho de telefonia móvel iphone 46 1608, adquirido pela Fundação Nacional do Índio/MJ (...) recebeu diárias para deslocamento com o objetivo de realizar levantamento patrimonial em outro município, entretanto, retomava todos os dias à cidade de Fortaleza/CE e na prestação de conta omitiu a informação (...) não realizou o ressarcimento ao erário (...)”.

3. No que diz respeito ao elemento volitivo cumpre registrar que em peça vestibular a impetrante aduz não ter agido com dolo, e que ocorrera “mero descuido no trato da coisa pública” (f. 5-6/e-STJ).

Assim, conquanto alegue inexistir dolo, confessa a impetrante ter agido com culpa.

4. O prejuízo ao erário é incontroverso (elemento objetivo), e existe ao menos culpa (elemento subjetivo), visto que confessada pela própria impetrante.

JURISPRUDÊNCIA DO STJ 5. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa.

(AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 30/6/2015). Por via de consequência, in casu, ainda que se afastasse o dolo na conduta, permaneceria a culpa, estando evidenciada a improbidade administrativa.

GRAVIDADE DA INFRAÇÃO 6. Quanto à gravidade da infração, as condutas reprovadas e os prejuízos causados foram os seguintes: irregularidades nos processos de concessão de auxílio financeiro ao Índio no valor de R\$ 27.000, 00; realização de eventos sem comprovação da utilização do referido auxílio financeiro;

apropriação de um aparelho de telefonia móvel iphone 46 1608 adquirido pela FUNAI; e recebimento irregular de diárias (f.7.822/e-STJ). Logo, não se pode considerar irrisório o prejuízo causado e nem mesmo leve a gravidade da conduta.

CAPITULAÇÃO LEGAL DA CONDOTA 7. Incurso a impetrante nos preceitos constantes dos artigos 117, IX, XVI, 132, IV, da Lei 8.112/90, a pena de demissão escapa a qualquer conceito de teor discricionário, revelando estrita observância do princípio da legalidade, importando na aplicação obrigatória da penalidade de demissão.

8. Ademais, as provas constantes dos autos indicam, e a conclusão da Comissão Processante ratifica (f. 7822/e-STJ), que a pena aplicada à impetrante não foi influenciada pelas atitudes e comportamentos de seu marido.

9. Segurança denegada. (MS 21.715/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 02/02/2017)

Pois bem.

Na hipótese dos autos, é incontroverso a concessão de bolsas de estudos à estudantes do ensino fundamental, médio e superior junto às instituições privadas Associação Brasileira das Franciscanas de Agudos (Escola Particular Educandário Santa Clara), Centro de Estudos Integrados (Escola Caminho Ltda) e Faculdades Integradas de Paranaíba (FIPAR).

Contudo, tais fatos, por si só, não importam em ato de improbidade.

Não se olvida que o administrador público tem o dever de gerir as finanças públicas com responsabilidade, mediante ações para prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

É certo os requeridos/apelados não seguiram um critério formal e objetivo para a concessão das bolsas de estudo.

Entretanto, tais fatos não evidenciam violação aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA) uma vez que não é possível presumir que os requeridos agiram com dolo ou culpa grave ao disponibilizar as bolsas de estudo, ou mesmo que obtiveram ou concederam à terceiros qualquer vantagem indevida.

Em que pese a alegação do apelante de que as bolsas eram concedidas a qualquer aluno que procurasse a prefeitura municipal, sem que fosse verificada a existência de vagas em instituições públicas de ensino, as testemunhas inquiridas nos autos atestam a falta de vagas nos CEINFs, bem como a situação de hipossuficiência dos beneficiados com as bolsas.

Confira-se (f. 1.713 e 1.720):

Depoimento prestado por Maria Rita Alves de Freitas Federice: informa que trabalha na prefeitura no centro de educação infantil. Não sabe o critério para a escolha dos estudantes, **sabe apenas que eram pessoas carentes.**

Depoimento prestado por Weima Cristina Machiaveli Martins: informa que tinha vínculo com a prefeitura na época dos fatos. Era diretora de um CEINF. Não sabe como era o critério para a concessão de bolsas. **As bolsas foram concedidas para pessoas carentes.** Não sabe de ninguém que não precisava e recebia a bolsa. **Quando não havia vagas, ela anotava no livro de demanda o pedido e mandava para prefeitura, pois não tinha o número de vagas suficientes. Existem apenas 2 escolas particulares na comarca.** Não chegou nenhuma reclamação da população sobre as bolsas. Crianças de 4 meses até 6 anos a demanda é sempre maior. As mães preferem mais perto da residência. A demanda não atendida era anotada no livro de demanda do CEINF.

Depoimento prestado por Angela Aparecida Ferreira: informa que trabalhava como diretora no CEINF. **Tinha conhecimento da existência de bolsas para pessoas menos favorecidas.** Encaminhava para prefeitura o livro de demanda. Não sabe os critérios. Não houve reclamações por parte de pais ou alunos.

Depoimento prestado por Aparecida Fátima de Faria: informa que era diretora de CEINF. **Não conhecia os critérios para a concessão das bolsas. Tinham 2 crianças que eram beneficiadas pelas bolsas (2 de 3 irmãos - mãe usuária de drogas), porque tinha vaga na CEINF.** O livro de demanda era repassado para a prefeitura. (destaquei)

Dessa forma, o que se verifica é que, apesar da ausência de procedimento formal para a concessão das bolsas, estas foram disponibilizadas em razão da falta de vagas nas instituições municipais de ensino, o que, conforme ressaltado pela magistrada de primeiro grau, poderia ser enquadrado como dever do Estado.

Confira-se (f. 1.759):

Nota-se, pelo relato das testemunhas, que foram concedidas bolsas de estudo em situações absolutamente excepcionais, em razão da absoluta ausência de vagas na rede municipal de ensino.

Neste raciocínio, não se verifica irregularidade alguma de fornecimento de bolsas de estudo também junto ao ensino superior, porque tal iniciativa pode igualmente ser compreendida como dever do Estado, mencionado no art. 1º da CF.

Portanto, é de ser ver que o fornecimento de bolsas de estudo por administradores públicos não configura irregularidade alguma quando estende o benefício, indiscriminadamente, a pessoas de baixa renda e que não são contempladas com vagas na rede pública de ensino.

Ademais, somente no caso de atendimento de interesses políticos ou eleitorais poderia conduzir a condenação por atos de improbidade administrativa.

No caso em voga, a acusação de improbidade administrativa, por ter o então prefeito e a secretária municipal de educação concedido bolsas de estudo a alunos de baixa renda e sem vagas na rede municipal de ensino, encontra como obstáculo o princípio constitucional que assegura a educação como um dever do Estado.

A meu ver, a concessão excepcional e justificável de vagas em instituições particulares de ensino, para assegurar a efetiva prestação de serviço essencial à sociedade, não é, de per si, suficiente para configurar dano ao erário.

Ainda que assim não fora, não vislumbro comprovado o elemento subjetivo, qual seja, má-fé dos agentes públicos.”

Ressalte-se que é necessário a análise da gravidade da conduta dos requeridos, não sendo toda e qualquer irregularidade capaz de caracterizar ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, I, DO CPC/73 – INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALTA DE IMPUGNAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL, DE FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO COMBATIDO, SUFICIENTES PARA A SUA MANUTENÇÃO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REVISÃO – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73, sustentando o recorrente que “a conduta ímproba que atenta contra os princípios da Administração Pública, seja na forma comissiva ou omissiva, reclama a aplicação de sanções por parte do Poder Público, independentemente de dolo ou culpa do agente”.

II. Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do então Prefeito do Município de Senador José Bento, sob o fundamento de que este teria designado, em 2006, servidor para o exercício de funções distintas daquelas previstas para o cargo público para o qual fora aprovado, em concurso público, e empossado, em 2002.

III. Não há falar em violação ao art. 535, I, do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios, em 2º Grau, apreciaram fundamentadamente, de modo completo e exauriente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo ora agravante.

IV. Não merece prosperar o recurso especial, quando a peça recursal não refuta determinados fundamentos do acórdão recorrido, suficientes para a sua manutenção, em face da incidência do enunciado da Súmula 283 do STF (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”).

V. No caso, a parte ora agravante não impugnou, no Recurso Especial, a fundamentação do acórdão recorrido no sentido do não perfazimento do ato ímprobo, pela simples quebra da legalidade, bem como pela incidência do princípio da razoabilidade, fundamentos aptos a manter o decisum combatido. Incidência da Súmula 283/STF.

VI. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, inexistiu conduta dolosa, por parte do administrador público, ao designar, em 2006, servidor municipal para exercício de funções dispare das previstas para o cargo público para o qual fora aprovado, em concurso público, e empossado, em 2002. As instâncias ordinárias, à luz da prova dos autos, concluíram que a Gerência Regional de Saúde de Pouso Alegre/MG solicitou a substituição do funcionário que anteriormente exercia as funções de Fiscal de Vigilância Sanitária, por deficiência na execução dos trabalhos, ocorrendo a designação de novo servidor, ora impugnada; que, “a substituição do servidor

foi necessária, a vaga existia e o servidor designado para o cargo de Fiscal da Vigilância Sanitária desempenhou as funções inerentes ao cargo, de forma eficaz, melhorando o serviço e cumprindo as metas, as quais não eram atingidas pelo servidor anterior”; que “práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas, eventualmente, pelo despreparo intelectual e pela ausência de habilidade do prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contêm tanta gravidade. As deficiências pessoais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo do ímprobo (...) Nem toda ilegalidade perfaz improbidade; Assim fosse, o legislador simplesmente cuidaria da ilegalidade administrativa, não da improbidade. Com efeito, esta reclama um ‘plus’. Há que se acrescentar à ilegalidade a má-fé, que é a essência da imoralidade”.

Assim, a alteração do entendimento do Tribunal de origem ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 160.407/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/10/2013; STJ, AgRg no AREsp 175.631/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 29/06/2012; STJ, AgRg no AREsp 160.407/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 10/10/2013.

VII. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 379.586/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 27/09/2016) (destaquei)

Para que possa haver a subsunção direta na descrição típica de um ilícito administrativo, não basta a simples causalidade material: exige-se ainda um liame subjetivo que estabeleça a conexão entre a conduta típica e a participação do agente público, precedida de dolo ou de culpa grave, capaz de comprometer a dignidade da função pública, o que não se verifica nos presentes autos.

Ausente o elemento subjetivo e se agiu com inépcia o administrador, cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEI 8.429/92 – AUSÊNCIA DE DOLO – IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que “o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611). “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).” (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. *A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.*

5. *Recurso especial provido. (REsp 734.984/SP, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16/06/2008)*

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás, na qual postula a condenação de Eci Nascimento Teles, ex-Prefeito de Hidrolândia/GO, e de Araújo Miranda Construções e Assessoria e Publicidade, pela prática de ato de improbidade administrativa.

III. O acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que “não comprovadas, efetivamente, as condutas comissivas descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que pudessem ensejar condenação dos requeridos às sanções elencadas no art. 12 do normativo em questão, mesmo porque não comprovados os elementos subjetivos do dolo ou da culpa na prática da conduta” e que “ausente a prova da má-fé na conduta do agente público e/ou de auferimento de vantagem patrimonial ilícita em detrimento de dano ao erário, torna-se impossível condenar os requeridos às sanções constantes da Lei n.º 8.429/92”. Inadmitido o Recurso Especial do Ministério Público do Estado de Goiás e negado provimento ao respectivo Agravo, sustenta o ora agravante que “a conduta ímproba que atenta contra os princípios da Administração Pública, seja na forma comissiva ou omissiva, reclama a aplicação de sanções por parte do Poder Público, independentemente de dolo ou culpa do agente”.

IV. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “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” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 31/03/2014.

V. Nos termos em que a causa fora decidida, infirmar os fundamentos do acórdão, para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, do elemento subjetivo doloso e da ocorrência de dano ao Erário,

demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

VI. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 135.281/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 13/09/2016)

Assim, considerando-se que a concessão das bolsas se deu em razão da ausência de vagas em instituições públicas de ensino, à pessoas de baixa renda, mesmo sem procedimento formal para tanto, a sentença proferida pela magistrada de primeiro grau deve ser mantida.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual e, no mérito, contra o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra 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. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

4ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1403903-58.2017.8.12.0000 - Campo Grande****Relator designado Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA EXORDIAL – PRELIMINAR DE OFENSA À DIALETICIDADE E FALTA DE INTERESSE DE AGIR ARGUIDA NAS CONTRARRAZÕES – REJEITADA – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA – AUSÊNCIA DE VÍCIOS – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – AFASTADAS – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA RECHAÇADA – APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – DESNECESSIDADE – INDISPONIBILIDADE DE BENS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se o recurso impugnou especificamente os fundamentos da decisão e demonstrou o interesse na sua reforma, não há falar em ofensa ao princípio da dialeticidade.

Não há falar em falta de interesse de agir quando não são opostos embargos de declaração contra decisão *citra petita*, pois o vício permanece, já que os aclaratórios não tem efeito preclusivo, podendo ser alegada a omissão no recurso cabível contra a decisão, inclusive podendo ser reconhecida sua nulidade de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

É consabido que o magistrado está adstrito ao princípio da congruência, razão qual deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, não podendo julgar além, alguém ou diferentemente daquilo que foi postulado.

O princípio processual da instrumentalidade das formas, também identificado pelo brocardo *pas de nullité sans grief*, determina que a declaração de nulidade requer a efetiva comprovação de prejuízo.

Consoante o artigo 93, IX, da CF, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Na decisão em comento, é possível verificar a análise precisa do juiz no sentido de que os fatos narrados na exordial, com espeque nos documentos juntados ao feito, constituem indícios suficientes da prática de improbidade administrativa, bem como que não há prova inequívoca que conclua pela improcedência da ação de improbidade administrativa.

O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é de que não há óbice para a responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa, já que não há incompatibilidade entre o Decreto-Lei 201/67 e a Lei n. 8.429/92.

Nos moldes da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de degravação integral das conversas objeto de interceptação telefônica, desde que oportunamente assegurado às partes o acesso à integralidade dos registros.

Na fase preliminar de recebimento da inicial em ação de improbidade administrativa, vige o princípio do *in dubio pro societate*, sendo que apenas ações evidentemente temerárias devem ser rechaçadas, sendo suficientes simples indícios (e não prova robusta, a qual se formará no decorrer da instrução processual) da conduta ímproba.

A responsabilização individual dos requeridos pelas irregularidades apontadas dependerá de instrução probatória, não havendo como, de plano, autorizar a medida cautelar de indisponibilidade de bens.

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, afastar as preliminares, nos termos do voto do Relator e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o Relator que negar provimento. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Edson Giroto, Maria Wilma Casanova e João Afif interpõem agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Civil Pública n. 0029619-06.2016.8.12.0001 proposta pelo Ministério Público, que recebeu a ação e determinou a indisponibilidade de bens dos agravantes no valor de R\$ 9.849.945,91, bem como afastou a preliminar de inadequação da via eleita.

Argumentam os agravantes que, em sede de defesa preliminar, pediram a suspensão do processo diante da repercussão geral instaurada no Supremo Tribunal Federal a respeito de atos de improbidade administrativa por agentes políticos, já que a um dos réus (Edson Giroto) exercia à época cargo de Secretário do Estado, porém tal ponto não foi analisado, razão pela qual pede a nulidade da decisão por ser *citra petita*.

Também sustentam que o pedido de nulidade do inquérito civil do *Parquet* por violação ao princípio do promotor natural não foi apreciado, incorrendo, novamente, a decisão *citra petita*.

Apontam a nulidade da decisão por ausência de fundamentação, pois o magistrado singular, ao receber a inicial, sequer individualizou a conduta dos agravantes, utilizando fundamento genérico.

Sustentam a inadequação da via eleita, em razão da inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

Alegam que, em que pese o esforço do MPE, não há como imputar qualquer conduta ímproba no caso em apreço, pois de plano resta evidenciada a ausência de autoria nos fatos narrados em relação aos agravantes. Pedem, então, a improcedência de plano da ação, uma vez que os fatos narrados na inicial são estranhos à função de Secretário de Obras (Edson Giroto) quando à época e sem poder decisório dos servidores (Maria Wilma e João Afif) e, portanto, a decisão interlocutória que recebeu a inicial deve ser reformada.

Argumentam que, ainda que haja indícios da autoria, não restou demonstrado o elemento subjetivo (dolo) para configuração de ato de improbidade administrativa.

Defendem que o *Parquet* em nenhum momento traz aos autos elementos concretos quanto à aludida vinculação dos agravantes no suposto esquema para beneficiar a Proteco, com medições falsas para possibilitar pagamentos indevidos.

Sustentam que não é qualquer ato ilegal que configura o ato administrativo como ímprobo, a ilegalidade deve ser qualificada, senão o judiciário estará colocando em sobrevivência a própria sociedade, já que todos os administradores estão condenados por ato de improbidade, diante da gestão pública de atos extremamente complexos e burocráticos.

Ainda, aduzem o cerceamento de defesa, pois não houve degravação integral das escutas telefônicas, sendo ser imprescindível para a defesa dos réus o conhecimento do inteiro teor das referidas interceptações telefônicas.

Pedem, de forma subsidiária, a cassação da decisão que determinou a indisponibilidade de bens, uma vez que não restou demonstrada a existência de elementos fortes que indiquem o desvio de verba pública ou enriquecimento ilícito pelos agravantes.

Prequestionam todos os dispositivos legais e constitucionais aduzidos no agravo e, no final, requerem o provimento do recurso para que seja recebido no efeito suspensivo; ser declarada a nulidade da decisão por vício *citra petita*, por ausência de fundamentação ou por inadequação da via eleita; ser extinta a ação de plano (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa), ante a ausência de autoria, dolo, materialidade e ilegalidade qualificada; o reconhecimento do cerceamento de defesa; e a cassação da decisão que decretou a indisponibilidade de bens.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, determinando-se a intimação do agravado para apresentação de contrarrazões (f. 45/49).

Informações prestadas à f. 55.

Na contraminuta às f. 57/156, o *Parquet* alegou, preliminarmente, ofensa ao princípio da dialeticidade, já que os agravantes não atacaram a decisão interlocutória, limitando-se à reprodução dos fundamentos apresentados nas defesas prévias. Também aduz a ausência de interesse recursal, visto que os agravantes apontam a nulidade da decisão por julgamento *citra petita*, porém no caso de omissão, são cabíveis embargos de declaração, medida que não foi adotada pelos agravantes, impedindo a apreciação dessas questões pelo juízo *ad quem*. Quanto às demais questões suscitadas no agravo, requer o desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 160/209, opinando pelo conhecimento parcial do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, na parte conhecida, pelo desprovimento.

VOTO (EM27/03/2018)

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Edson Giroto, Maria Wilma Casanova e João Afif contra a decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Civil Pública n. 0029619-06.2016.8.12.0001 proposta pelo Ministério Público, que recebeu a ação e determinou a indisponibilidade de bens dos agravantes no valor de R\$ 9.849.945,91, bem como afastou a preliminar de inadequação da via eleita.

Argumentam os agravantes que, em sede de defesa preliminar, pediram a suspensão do processo diante da repercussão geral instaurada no Supremo Tribunal Federal a respeito de atos de improbidade

administrativa por agentes políticos, já que a um dos réus (Edson Giroto) exercia à época cargo de Secretário do Estado, porém tal ponto não foi analisado, razão pela qual pede a nulidade da decisão por ser *citra petita*.

Também sustentam que o pedido de nulidade do inquérito civil do *Parquet* por violação ao princípio do promotor natural não foi apreciado, incorrendo, novamente, a decisão *citra petita*.

Apontam a nulidade da decisão por ausência de fundamentação, pois o magistrado singular, ao receber a inicial, sequer individualizou a conduta dos agravantes, utilizando fundamento genérico.

Sustentam a inadequação da via eleita, em razão da inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

Alegam que, em que pese o esforço do MPE, não há como imputar qualquer conduta ímproba no caso em apreço, pois de plano resta evidenciada a ausência de autoria nos fatos narrados em relação aos agravantes. Pedem, então, a improcedência de plano da ação, uma vez que os fatos narrados na inicial são estranhos à função de Secretário de Obras (Edson Giroto) quando à época e sem poder decisório dos servidores (Maria Wilma e João Afif) e, portanto, a decisão interlocutória que recebeu a inicial deve ser reformada.

Argumentam que, ainda que haja indícios da autoria, não restou demonstrado o elemento subjetivo (dolo) para configuração de ato de improbidade administrativa.

Defendem que o *Parquet* em nenhum momento traz aos autos elementos concretos quanto à aludida vinculação dos agravantes no suposto esquema para beneficiar a Proteco, com medições falsas para possibilitar pagamentos indevidos.

Sustentam que não é qualquer ato ilegal que configura o ato administrativo como ímprobo, a ilegalidade deve ser qualificada, senão o judiciário estará colocando em sobrevivência a própria sociedade, já que todos os administradores estão condenados por ato de improbidade, diante da gestão pública de atos extremamente complexos e burocráticos.

Ainda, aduzem o cerceamento de defesa, pois não houve degravação integral das escutas telefônicas, sendo ser imprescindível para a defesa dos réus o conhecimento do inteiro teor das referidas interceptações telefônicas.

Pedem, de forma subsidiária, a cassação da decisão que determinou a indisponibilidade de bens, uma vez que não restou demonstrada a existência de elementos fortes que indiquem o desvio de verba pública ou enriquecimento ilícito pelos agravantes.

Prequestionam todos os dispositivos legais e constitucionais aduzidos no agravo e, no final, requerem o provimento do recurso para que seja recebido no efeito suspensivo; ser declarada a nulidade da decisão por vício *citra petita*, por ausência de fundamentação ou por inadequação da via eleita; ser extinta a ação de plano (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa), ante a ausência de autoria, dolo, materialidade e ilegalidade qualificada; o reconhecimento do cerceamento de defesa; e a cassação da decisão que decretou a indisponibilidade de bens.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, determinando-se a intimação do agravado para apresentação de contrarrazões (f. 45/49).

Informações prestadas à f. 55.

Na contraminuta às f. 57/156, o *Parquet* alegou, preliminarmente, ofensa ao princípio da dialeticidade, já que os agravantes não atacaram a decisão interlocutória, limitando-se à reprodução dos fundamentos apresentados nas defesas prévias. Também aduz a ausência de interesse recursal, visto que os agravantes apontam a nulidade da decisão por julgamento *citra petita*, porém no caso de omissão, são cabíveis embargos de declaração, medida que não foi adotada pelos agravantes, impedindo a apreciação dessas questões pelo juízo *ad quem*. Quanto às demais questões suscitadas no agravo, requer o desprovisionamento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 160/209, opinando pelo conhecimento parcial do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e, na parte conhecida, pelo desprovisionamento.

É o que cumpria relatar. Passo a decidir.

Preliminares de ofensa à dialeticidade e falta de interesse de agir arguidas nas contrarrazões

O agravado alega, preliminarmente, ofensa ao princípio da dialeticidade, já que os agravantes não atacaram a decisão interlocutória, limitando-se à reprodução dos fundamentos apresentados nas defesas prévias, com exceção dos tópicos “preliminar de nulidade da decisão por julgamento *citra petita*” e “preliminar de nulidade por falta de fundamentação”.

Também aduz a ausência de interesse recursal, visto que os agravantes apontam a nulidade da decisão por julgamento *citra petita*, porém, no caso de omissão, são cabíveis embargos de declaração, medida que não foi adotada pelos agravantes, impedindo a apreciação dessas questões pelo juízo *ad quem*.

Com relação à preliminar de ofensa à dialeticidade, preceitua o art. 932, III, do Código de Processo Civil, sobre o não conhecimento do recurso que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

No presente caso, embora alguns fundamentos sejam muito semelhantes aos contidos nas defesas prévias, as razões do recurso não são cópias literais. Ademais, o recurso impugnou especificamente os fundamentos da decisão, demonstrando o interesse na sua reforma. Assim, rejeito a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade.

Quanto à ausência de oposição de embargos de declaração, não há falar em falta de interesse de agir, pois havendo decisão *citra petita*, o vício permanece ainda que não opostos embargos de declaração, já que este recurso não tem efeito preclusivo, podendo ser alegada a omissão no recurso cabível contra a decisão, como neste caso, em que a omissão foi apontada no agravo.

Não obstante, ainda que esta questão não fosse apontada neste agravo, poderia ser reconhecida sua nulidade de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública.

Sendo assim, afasto as preliminares de não conhecimento do recurso.

Preliminar de decisão *citra petita*

Os agravantes pedem a nulidade da decisão agravada por ser *citra petita*, haja vista ter sido omissa quanto aos pedidos de suspensão do processo e de violação do princípio do promotor natural.

O magistrado está adstrito ao princípio da congruência, pelo qual deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, nos termos do art. 141 e 492 do CPC, não podendo julgar além, aquém ou diferentemente daquilo que foi postulado. Decisão *citra petita* ou *infra petita* é aquela que deixa de enfrentar algum pedido do autor ou alegação de defesa apresentada pelo réu.

A preliminar deve ser rejeitada.

Analisando a defesa preliminar apresentada pelo agravante Edson Giroto, já que foi este que requereu a suspensão do processo, verifica-se que arguiu preliminar de inadequação da via eleita, sob o argumento de que o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do ARE n. 683235 RG/PA, está tratando sobre a questão da inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. Em seguida, com base no mesmo recurso (ARE n. 683235 RG/PA) requereu a suspensão do processo.

O magistrado *a quo* afastou a preliminar de inadequação da via eleita fundamentando que:

“O agente político, no caso ex-secretário de obras do Governo de MS, também responde pelos atos tipificados na lei de improbidade administrativa. Não há qualquer exceção na lei que induza à conclusão levantada pelo requerido, mas até o contrário. Veja-se o artigo 2º e 3º, da Lei 8429/92: (...)”

Está claro no texto a intenção do legislador de ampliar ao máximo a noção de agente público, pois a Lei n. 8.429/92 veio para proteger a coisa pública de ações maliciosas praticadas justamente pelas pessoas que integram a administração pública, ainda que da forma mais eventual possível.

Se até um terceiro, não agente público, pode responder por atos de improbidade (art. 3º acima transcrito), que dirá aquele que detinha cargo público de secretário de obras. A bem da verdade, quanto maior a função assumida pelo agente, maior deverá ser sua responsabilidade. Jamais o contrário!”. (f. 2883).

Vê-se, então, que o magistrado ao rejeitar a preliminar de inadequação da via eleita acabou analisando implicitamente o pedido de suspensão, já que tanto a preliminar de inadequação quando o requerimento de suspensão tinham como base o mesmo fundamento.

Noutras palavras, tendo o juízo *a quo* fundamentado que o agravante Edson Giroto, mesmo exercendo à época fundação de agente político, responde pelos atos de improbidade, acabou rechaçando a alegação de suspensão com base no ARE n. 683235 RG/PA, já que pelos motivos expostos, este julgado não teria relevância ao presente caso. Outrossim, como bem ressaltado pela Procuradoria-Geral de Justiça (f. 169):

“é importante ressaltar que a questão suscitada no ARE n. 683.235-PA, versa sobre a possibilidade de processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92, ante a existência de normas específicas de regência dos crimes de responsabilidade (Decreto-Lei nº 201/1967).

Ora, o agravante Edson Giroto responde na Ação Civil Pública por atos de improbidade na condição de Secretário de Obras do Estado de Mato Grosso do Sul, logo, não há se cogitar de coincidência das questões discutidas neste processo e naquele em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral.” (g.n.)

Assim, afasto a preliminar de ausência de apreciação do pedido de suspensão do processo pelo agravante Edson Giroto.

Quanto à suposta falta de análise da preliminar de ofensa ao princípio do promotor natural, embora o magistrado singular apenas tenha relatado tais pedidos e não fundamentado, ainda sim não há falar em nulidade da decisão agravada.

Isso porque, no que concerne à nulidade processual, afigura-se pacífico o entendimento acerca da necessidade de demonstração de efetivo prejuízo pela parte a quem esta beneficie.

In casu, a ausência de motivação não acarretou cerceamento de defesa, tampouco prejuízo efetivo aos agravantes, encontrando óbice no consagrado princípio do *pas de nullité sans grief*.

Desse modo, ante a ausência de fundamentação pelo magistrado quanto à competência da força tarefa para atuar no feito, não há se falar em nulidade processual, uma vez que esta questão pode ser arguida em outro momento.

Nesta esteira, eis o seguinte julgado da Corte Superior e deste Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – NULIDADE NÃO DECLARADA – QUESTÃO PRECLUSA COM A SENTENÇA CONDENATÓRIA – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – ARTIGOS DE LEI NÃO PREQUESTIONADOS, OS QUAIS, ADEMAIS, NÃO GUARDAM PERTINÊNCIA COM O TEMA – SÚMULAS N. 211 DO STJ E N. 283 E 284 DO STF. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece o entendimento de que, em ação civil pública na qual se apuram atos de improbidade administrativa, a ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (pas de nullité sans grief). Nesse sentido: AgRg no REsp 1225295/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 06/12/2011; REsp 1233629/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 14/09/2011; REsp 1184973/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 21/10/2010; REsp 1134461/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 12/08/2010. 2. Ademais, tendo havido sentença condenatória, esvazia-se a tese de que seria necessária a observância da fase preliminar de defesa, em razão de possível e eventual prejuízo, uma vez que esta tão somente tem a finalidade de evitar a propositura de ações temerárias. A respeito, dentre outros: STF, HC 111711, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe-238; HC 89.517/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 115520, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe-095. [...]4. Recurso especial não provido (REsp 1101585/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 25/04/2014)(g.n.).

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE USUCAPIÃO – AGRAVO RETIDO – CONHECIDO E NÃO PROVIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INSPEÇÃO JUDICIAL – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER A NULIDADE AVENTADA – PRELIMINAR AFASTADA – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – ART. 1.238 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – QUINZE ANOS NA POSSE – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECONVENÇÃO – DESCABIMENTO – INCOMPATIBILIDADE DOS RITOS PROCESSUAIS – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. O princípio processual da instrumentalidade das formas, também identificado pelo brocardo pas de nullité sans grief, determina que a declaração de nulidade requer a efetiva comprovação de prejuízo. No caso, a parte insurgente não se desincumbiu de comprovar a existência de dano processual, razão pela qual não lhe socorre a referida alegação de nulidade. Nos termos art. 1238 da Lei Civil, “aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”. A reconvenção deve atender, além dos requisitos gerais exigidos para toda e qualquer ação, aos pressupostos de admissibilidade que lhe são peculiares, dentre os quais o da compatibilidade entre os ritos procedimentais entre a ação principal e a ação reconvenção. Em ação sob procedimento especial admite-se a reconvenção somente

naquelas hipóteses em que, após o prazo de defesa, o procedimento converte-se para o comum ordinário, particularidade que não se verifica na ação de usucapião, inviabilizando sua proposição pela via reconvenicional. (TJMS; Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins; 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/11/2014; Data de registro: 12/11/2014) (g.n.)

Logo, não há falar em nulidade da decisão.

Preliminar de nulidade do *decisum* por falta de fundamentação

Os agravantes sustentam que a decisão singular se encontra viciada, de modo que merece ser cassada, em virtude de o juiz singular não ter fundamentado de forma devida.

Entrementes, razão não lhes assistem.

Consoante o artigo 93, IX, da CF, todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

O art. 489 do NCPC traz em seu § 1º que:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Assim, tem-se que as sobreditas normas obrigam o juiz a proferir decisões devidamente fundamentadas.

Entretanto, considerando-se a possibilidade da decisão ser concisa, deve restar consignado que o julgador não está dispensando de apresentar as razões nas quais se estriba seu entendimento.

In casu, a partir da análise acurada da decisão invectivada, percebe-se que a fundamentação utilizada pelo juiz singular, para justificar o recebimento da inicial da ação civil pública em epígrafe, afigura-se adequada ao exigido na fase preliminar para admissão da exordial da ação por improbidade administrativa.

Ademais, impende aqui transcrever o artigo 17, § 7º da Lei n. 8.429/92:

Art. 17 (...)

§7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

O sobredito comando legal dá azo para que o requerido da ação de improbidade tenha a oportunidade de demonstrar de plano a ausência de justa causa para a instauração da demanda contra ele, caso seja possível. Entrementes, insta consignar que tal dispositivo não dá ensejo para se discutir o mérito de forma aprofundada. Até mesmo porque, como dito, trata-se de uma defesa preliminar, sendo que durante a instrução processual haverá nova chance de provar o alegado de forma detalhada.

Assim, analisando a decisão vergastada, no que tange ao preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, verifica-se que as razões esposadas pelo magistrado singular são suficientes para sustentar a decisão.

Aliás, na decisão em comento, é possível verificar a análise precisa do juiz no sentido de que os fatos narrados na exordial, com espeque nos documentos juntados ao feito, constituem indícios suficientes da prática de improbidade administrativa pelos agravantes, bem como que não há prova inequívoca que conclua pela improcedência da ação de improbidade administrativa.

A propósito, a jurisprudência desse egrégio Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que não padece de nulidade, por ausência de fundamentação, a decisão que aprecia a defesa prévia de maneira sucinta, porém suficiente para sanar a controvérsia, a saber:

EMENTA — AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO REJEITADA — DECISÃO DE RECEBIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 01. Não é nula decisão com fundamentação sucinta, porém suficiente para sanar a controvérsia, oferecendo adequada prestação jurisdicional à parte. 02. A finalidade da decisão de recebimento da ação civil pública de improbidade administrativa é a aferição da conveniência e da viabilidade da ação, ou seja, o exame dos elementos próprios para recebimento da inicial. Recurso conhecido e não provido (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1407208-84.2016.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 10/08/2016, p: 10/08/2016)(g.n.)

Ademais, o magistrado entendeu que a defesa preliminar não apresentou qualquer fato que desconstituísse os requisitos essenciais para o prosseguimento do feito, bem como não produziu quaisquer das situações previstas no artigo 17, §8º, da Lei 8.429/92.

Destarte, resta clarividente que não merecem guarida os argumentos dos agravantes, de modo que se afigura incontroverso que a decisão objurgada fora fundamentada de forma plena pelo juiz singular, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade da decisão por ausência de fundamentação.

Preliminar de inadequação da via eleita

O agravante Edson Giroto pugna pela extinção do processo, sem resolução do mérito, por inadequação da via eleita, pois entende que, na condição de agente político, na época Secretário de Obras do Estado de Mato Grosso do Sul, não poderia responder por seus atos com base na Lei de Improbidade Administrativa.

Todavia, sem razão o agravante, pois o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é de que não há óbice para a responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa, já que não há incompatibilidade entre o Decreto-Lei 201/67 e a Lei n. 8.429/92, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – APLICABILIDADE – LEI N. 8.429/92 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGENTES POLÍTICOS – APLICABILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ – PREJUÍZO AO ERÁRIO – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – CONDUTA ÍMPROBA – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ – INCIDÊNCIA – DOSIMETRIA DAS SANÇÕES – PROPORCIONALIDADE – ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é aplicável aos agentes políticos o regime da Lei n. 8.429/92. III - Esta Corte firmou entendimento no sentido de que o conceito de agente público estabelecido no art. 2º da Lei n. 8.429/92 abrange os agentes políticos, como prefeitos e vereadores, não havendo bis in idem nem incompatibilidade entre a responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/67, com a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa e respectivas sanções civis (art. 12, da LIA). IV - 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[...]. AgInt no AREsp 330.846/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 27/04/2017)(g.n.).

“ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – APLICAÇÃO AOS AGENTES POLÍTICOS – ART. 11 DA LEI 8.429/92 – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) APTO A CARACTERIZAR O ATO IMPROBO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do STJ já decidiu que os Agentes Políticos se submetem a Lei de Improbidade Administrativa, entendimento esse que se aplica inclusive aos Prefeitos, pois a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido 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 (Lei nº 8.429/92), em face da inexistência de incompatibilidade entre as referidas normas. Precedentes: AgRg no Ag 1404254 / RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/09/2014; AgRg no AREsp 457973 / PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 25/06/2014; REsp 1114254 / MG, Rel. Min. Sergio Kukina, Primeira Turma, DJe 05/05/2014. 2. Na hipótese, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, que o Tribunal a quo atestou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, diante da presença do elemento subjetivo (dolo). Assim, rever o entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no AREsp 589448/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 18/03/2015, AgRg no REsp 1443217/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 30/09/2014. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ. AgRg no AREsp 692.292/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 22/09/2015)(g.n.).

Inclusive, esse também é o entendimento desta Corte Estadual:

EMENTA — AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA — ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS — TESE NÃO ACOLHIDA — REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO ARE N.º 683-235. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO A SER EXAMINADO NA ADMISSIBILIDADE DE EVENTUAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO — RECURSO IMPROVIDO. 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 e do Superior Tribunal de Justiça. II) O reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, no ARE n.º 683.235/PA, não impede decisão em agravo de instrumento pela Câmara do Tribunal de Justiça, vez que o sobrestamento com base no art. 543-B do CPC/73 (art. 1.036 do NCPC) deve se dar na admissibilidade de eventual recurso extraordinário, pelo Vice-Presidente, na forma do artigo 328-A do Regimento Interno do STF c/c artigo 590 do Regimento Interno do TJMS. III) Recurso improvido, com o parecer. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1402449-77.2016.8.12.0000, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 29/06/2016, p: 30/06/2016)(g.n.)

Ressalta, porém, que o julgado que a questão suscitada no ARE n. 683.235-PA, julgada na qual os agravantes utilizam como argumento para fundamentar a inadequação da via eleita, versa sobre a possibilidade de processamento e julgamento somente de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92.

Porém, o agravante Edson Giroto responde a presente ação na condição de Secretário de Obras do Estado de Mato Grosso do Sul, logo, não há se cogitar de coincidência das questões discutidas neste processo e naquele em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral.

Assim, não merece acolhimento a preliminar arguida pelo agravante Edson Giroto.

Cerceamento de defesa

Os agravantes pugnam pela nulidade processual em virtude de suposto cerceamento de defesa decorrente da ausência da degravação integral dos diálogos gravados nas interceptações telefônicas.

Apesar da insurgência dos agravantes, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de ser “*prescindível a degravação integral dos diálogos interceptados, bastando que sejam juntadas as transcrições que tenham relação direta com a apuração dos fatos investigados*”, ainda, que “*Havendo discrepância ou necessidade de complementariedade, compete à defesa apontar a proibição de acesso ao conteúdo integral e/ou sua imprescindibilidade em determinado trecho e/ou mesmo realizar a degravação subsidiária, a qual pode ser confrontada com a totalidade do áudio.*” (HC 130729/BA).

A propósito, este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS — TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO — (I) NULIDADE — INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS — DESNECESSIDADE DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL — AUSÊNCIA DE PREJUÍZO — (II) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL — FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA — CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. Nos moldes da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não há necessidade de degravação integral das conversas objeto de interceptação telefônica, desde que oportunamente assegurado às partes o acesso à integralidade dos

registros. [...] (HC 350.207/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017) (g.n.)

Cabe ressaltar, ainda, que os 11 discos de mídias (DVDs) ficaram à disposição das partes no cartório, consoante certidão de f. 2254 da ação principal.

Portanto, segundo entendimento das Cortes Superiores, não há necessidade de degravação integral das interceptações telefônicas e, conseqüentemente, rejeito a preliminar aventada.

Dos indícios da prática de atos de improbidade administrativa

Os agravantes, em suma, pugnam pela rejeição da inicial por entenderem que não restou demonstrada a presença dos elementos autorizadores para o processamento da ação de improbidade, quais sejam, autoria, dolo, materialidade e ilicitude qualificada como improbidade administrativa.

Não obstante o inconformismo do agravante, seus argumentos não merecem acolhimento.

Pois bem.

Inicialmente, é válido anotar que, para a o ajuizamento da ação civil pública em comento, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429) não exige prova pré-constituída, de modo que bastam indícios de autoria e materialidade.

Ademais, o artigo 17, § 7º da sobredita Lei n. 8.429/92, prescreve que “(...) *Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias*”.

Como alhures mencionado, o sobredito comando legal dá azo para que o requerido da ação de improbidade tenha a oportunidade de demonstrar de plano a ausência de justa causa para a instauração da demanda contra ele, caso seja possível. Todavia, insta consignar que tal dispositivo não dá ensejo para se discutir o mérito de forma aprofundada, uma vez que não é o momento adequado para tanto.

Assim, eventual julgamento antecipado da lide só deve ocorrer quando sobejamente demonstrada pelos requeridos, ora agravantes, a inexistência do fato ou a sua não concorrência para o dano ao patrimônio público.

Insta salientar que, nesta fase processual, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, com o escopo de resguardar o interesse público.

Acerca do princípio do *in dubio pro societate* no caso de recebimento da exordial de ação civil pública, eis a seguinte jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – ANÁLISE DO ELEMENTO SUBJETIVO – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL – PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXPRESSAMENTE RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

No caso dos autos, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil de improbidade administrativa contra o ex-Prefeito do Município de Pirai/RJ e Outros, em razão de de supostas irregularidades em processo licitatório objeto de convênio com o Ministério

da Saúde, praticados no ano de 2002 no referido município, relacionado à suposta aquisição irregular de unidades de UTIs móveis. A exordial acusatória foi recebida pela ilustre magistrada em primeiro grau de jurisdição (f. 29/36), o que foi impugnado pelo recorrente, entretanto, mantida em sede recursal. 2. **O entendimento do Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, está em consonância com a orientação deste Tribunal Superior sobre o tema, a qual autoriza o recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, na hipótese da presença de indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa. Com efeito, na fase inicial prevista no art. 17 e §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público.** 3. **O indeferimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa somente é cabível nos casos que o magistrado entender inexistente o suposto ato de improbidade, da improcedência da ação ou a inadequação da via eleita, hipóteses não configuradas no caso concreto. Sobre o tema: AgInt no AREsp 910.840/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016; REsp 1192758/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 15/10/2014.** 4. **Além disso, no caso dos autos, deve ser considerada prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista não existirem elementos fáticos ou probatório suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda, tampouco quanto a efetiva presença do elemento subjetivo do suposto ato de improbidade administrativa, o qual exige, em regra, a regular instrução processual. Nesse sentido, a orientação pacífica desta Corte Superior: AgInt nos EDcl no AREsp 925.670/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 17/12/2014; AgRg no REsp 1384970/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014.** 5. **Ademais, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o Tribunal a quo manteve o reconhecimento da presença de indícios de prática de ato de improbidade aptos a autorizar o prosseguimento da ação civil. A reversão do entendimento exposto no acórdão exige, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior: AgRg no REsp 1281089/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 28/08/2015; AgRg no AREsp 604.949/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015.** 6. **Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1333744/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017) (g.n.)**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FASE PRELIMINAR – RECEBIMENTO DA INICIAL – REQUISITOS PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA CULPOSA DE ATO DE IMPROBIDADE – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – IN DUBIO PRO SOCIETATE – RECURSO IMPROVIDO. Existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, pois, na fase inicial, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Recurso improvido. (Agravado - N. 2012.000412-2/0000-00 - Campo Grande, Rel. Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Segunda Câmara Cível, 6.3.2012) (g.n.).

Com relação à necessidade de meros indícios de participação em atos ímprobos para o recebimento da inicial de ação civil pública, eis a seguinte jurisprudência:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBEU A INICIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO MAIS EXTENSA SOMENTE POR OCASIÃO DO INDEFERIMENTO DA INICIAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/1992) – LEGITIMIDADE PASSIVA – REQUISITOS – INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO EM ATOS DE IMPROBIDADE CONTIDOS EM DOCUMENTOS ACOSTADOS À INICIAL BASTAM PARA JUSTIFICAR A PERMANÊNCIA DO RÉU NO POLO PASSIVO – DECADÊNCIA – A TEOR DA DISPOSIÇÃO EXPRESSA DO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DO ARTIGO 23 DA LEI Nº 8.429/1992, AÇÕES QUE VISAM O RESSARCIMENTO AO ERÁRIO SÃO IMPRESCRITÍVEIS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO.

1. Estando preenchidos os requisitos formais e materiais justificadores da ação civil pública fundada na alegação de improbidade administrativa, tais como a regularidade procedimental e a plausibilidade do direito invocado, o recebimento da ação civil pública é de rigor. Fundamentação mais extensa só é obrigatória quando o juiz indeferir a petição inicial, conforme a previsão do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992.

2. Para o recebimento da petição inicial da ação civil pública por ato administrativo basta a existência de meros indícios de que o ato ímprobo foi cometido. Provas e documentos contendo indícios de participação do réu em atos de improbidade bastam para justificar a permanência do réu no pólo passivo da demanda.

3. O entendimento desta Corte é no sentido de que as ações que visam o ressarcimento ao erário são imprescritíveis, a teor da disposição expressa do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, e do artigo 23 da Lei nº 8.429/1992. Assim, prescreve em 05 (cinco) anos a punição do ato ilícito, sendo a pretensão de ressarcimento pelo prejuízo causado ao erário sempre imprescritível.” (TJPR, Agravo de Instrumento n. 0591016-9, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. José Marcos de Moura, Julgado em 01/03/2011). (g.n.)

No caso em epígrafe, consta dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa em face dos agravantes e de outros investigados sob alegação de que estes, após deflagração pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal da Operação Lama Asfáltica, faziam parte de uma organização criminosa que tinha como conduta o desvio de recursos públicos federais, por meio de fraudes em licitações, contratos administrativos e superfaturamento em obras do Estado de MS.

Após a apresentação das defesas preliminares pelo requeridos, o magistrado *a quo* recebeu a ação de improbidade, nos seguintes termos (f. 2884/2885):

“O fato dito ímprobo seria a suposta organização criminosa formada pelos réus na tentativa de desviar recursos públicos através dos contratos para manutenção de estradas estaduais.

Os fatos narrados pelo Ministério Público são gravíssimos, estão amparados, no geral, em elementos indiciários convincentes e, por isto, merecem ser submetidos ao contraditório e a ampla defesa.

Só para constar, existem interceptações telefônicas a revelar uma grande frequência de contatos entre alguns envolvidos, com diálogos incomuns numa relação meramente profissional e, em alguns casos, com menção aos nomes de outros requeridos

em situação aparentemente inapropriada para a função que exercia, ao menos na análise provisória que o momento permite.

Existem documentos assinados pelos requeridos que eram necessários para a formalização dos pagamentos efetuados e, mesmo que alguns aleguem que simplesmente “emprestaram” seu nome e assinatura para atender de questões burocráticas, confiando no trabalho feito pelo colega, é certo que, na Administração Pública, todo ato deve ter uma finalidade e gera uma responsabilidade pelo seu conteúdo. Quem torna um ato necessário e útil, num ato burocrático ou em simples formalidade é o servidor que o executa, pois não está na natureza da lei nenhum ato sem utilidade.

Aliás, chega a ser preocupante a declaração de um dos advogados da Agesul ao afirmar, com naturalidade, que sua função era apenas revisar o preenchimento de campos vazios num modelo preexistente de edital de licitação ou de contrato, que sequer soube dizer quem o fez, observando, no máximo, inconsistências por conta de possíveis erros de digitação (veja-se os depoimentos prestados aos promotores de justiça). Este doutor recebia, certamente, um salário compatível com responsabilidade muito maior do que a de revisar meros erros de digitação!

É preciso registrar que, com isto, não se está afirmando a culpa dos requeridos, mas a necessidade de oportunizar uma coleta de provas e uma análise mais acurada dos fatos apresentados. Aliás, que fique consignado que as alegações trazidas pela defesa do procurador da Agesul e do advogado, no sentido de estar ausente o efeito vinculante dos pareceres jurídicos e, também, no sentido de que as condições postas no edital são comuns e justificáveis, são fortes, pois, se consideradas isoladamente, podem até justificar a improcedência do pedido nesta parte (fraude na licitação). Acontece que o autor vai além e alega que ambos “contribuíram” para a prática delituosa não apenas com os pareceres, mas com orientações prévias sobre o que deveria constar do edital.

Esta análise, por evidente, somente na sentença poderá ser feita, pois, num processo como este, não se pode isolar um ato específico para análise independente do seu conjunto, mas é preciso compreender o todo, para se identificar as responsabilidades individuais em cada ato praticado e o que seria correto exigir do servidor na respectiva função.

O mesmo raciocínio vale para os engenheiros que confiavam no trabalho do colega e assinavam pro forma os documentos que lhes eram apresentados, alguns dos quais elevando o preço do contrato em quase um milhão de reais!

Diante disso, nos parece que somente a instrução do processo é capaz de revelar se os fatos contrapostos pelas defesas são reais, se são razoáveis e, posteriormente, se estes fatos, afastam ou não a natureza de improbidade que o Ministério Público reclama.

Por estes motivos, recebo a inicial em relação a todos os requeridos.” (g.n.)

In casu, conforme apontado na decisão agravada, há fortes indícios de ilicitudes na Secretaria de Infraestrutura de Mato Grosso do Sul perpetrada pelos requeridos, como o desvio de dinheiro público em razão de uma série de irregularidades nos procedimentos licitatórios e na execução de obras/serviços nas estradas estaduais de Mato Grosso do Sul, como se vê dos documentos que instruem a exordial e também das interceptações telefônicas.

Confira-se, nesse sentido, o parecer ministerial (f. 195, 197 e 201):

“Conforme relatado pelo agravado, os agravantes valeram-se dos cargos para atenderem interesses de organização criminosa, colaborando com a prática de fraudes a

processo licitatório, sendo que Edson Giroto encabeçava o grupo no cargo de Secretário de Obras, Maria Wilma Casanova Rosa atuava como Diretora-presidente da AGESUL e João Afif Jorge era o Coordenador de Suporte de Manutenção de Empreendimentos na época. [...]

A contraminuta recursal transcreve interceptações telefônicas onde se verifica a agravante Maria Vilma agindo de forma a atender aos interesses dos requeridos Alberto Krampe Amorim, Rômulo Tadeu e Elza Cristina dentro da AGESUL para agilizar interesses da Proteco Construções Ltda. (p. 97/101).

Há, também, diálogos a demonstrar o agravante Edson Giroto mantendo estreito relacionamento com João Alberto Krampe Amorim dos Santos, Elza Cristina Araújo dos Santos e Rômulo Tadeu Menossi (todos da Proteco Construções Ltda.), bem como que o requerido João Alberto Krampe Amorim dos Santos, sócio majoritário da Proteco Construções Ltda. e maior beneficiário do esquema, mantinha forte influência junto à Agesul, com a agravante Maria Wilma e com o agravante Edson Giroto (p. 101/109).

[...]

Logo, ao menos em uma cognição sumária, não há como afirmar a ausência de ato ímprobo por parte dos agravantes.”

Então, segundo entendimento da Corte Superior, constatada a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa, é necessária instrução processual regular para verificar a presença ou não de elemento subjetivo, bem como do efetivo dano ao erário, sendo que para fins do juízo preliminar de admissibilidade, previsto no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público¹.

Destarte, a análise da existência de dolo, materialidade e ilicitude qualificada são pertinentes ao mérito, pois tais elementos devem ser objeto de prova ao longo da instrução, sendo a sentença o momento adequado para a formação de juízo a respeito desse dado, após o contraditório e a ampla defesa. Esse é o entendimento da Corte Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – LEI 9.296/96, ART. 1º – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 17 DA LEI 8.429/92 – FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA – POSSIBILIDADE – FASE EM QUE SE DEVE OBSERVAR O PRINCÍPIO DO IN DÚBIO PRO SOCIETATE – PRECEDENTES SÚMULA 83/STJ – [...] É pacífico nesta Corte que, no momento do recebimento da ação de improbidade administrativa, o magistrado apenas analisa a existência de indícios suficientes da prática de atos ímprobos, deixando para o mérito, se ocorreu ou não improbidade, existência de dano ao erário, enriquecimento ilícito, violação de princípios, condenando ou absolvendo os denunciados. 6. Demais disso, analisar a existência ou não de indícios suficientes, para o recebimento da ação de improbidade, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, vedado em sede de recurso especial, de acordo com a Súmula 7 desta Corte. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 721.712/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 08/06/2016)

¹ AgRg no REsp1384970/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014.

Com efeito, a decisão que recebe a petição inicial não representa cognição exauriente acerca da efetiva prática de ato de improbidade administrativa, mas apenas fase inicial de todo o deslinde probatório da demanda, motivo pelo qual não se exige, nesta etapa, a demonstração cabal dos fatos narrados pelo *Parquet*.

Frise-se que o processamento dos autos é benéfico aos agravantes, uma vez que o julgamento improcedente com resolução de mérito de uma ação por improbidade administrativa avaliza a boa conduta do agente público, que, mesmo após o regular andamento do feito, sagrou-se como inocente.

Portanto, estando os autos de improbidade administrativa fartamente instruídos com indícios da prática de ato ímprobo pelos requeridos, o recebimento da inicial encontra-se devidamente fundamentado.

Assim, em virtude das razões alhures esposadas, entendo que a decisão objurgada não merece reforma.

Indisponibilidade de bens

Pedem a cassação da decisão que determinou a indisponibilidade de bens, uma vez que não restou demonstrado elementos fortes que indiquem o desvio de verba pública ou enriquecimento ilícito pelos agravantes.

No que concerne à indisponibilidade cautelar de bens inculpada no artigo 7º da Lei n. 8.429/92, tem-se que o deferimento da referida medida não está condicionado à comprovação de dilapidação dos bens pelo requerido, ou a intenção de fazê-lo, mas apenas à demonstração do *fumus boni iuris*, amparado em fundados indícios da prática de ato ímprobo.

Nesta esteira, eis o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS – ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92 – TUTELA DE EVIDÊNCIA – COGNIÇÃO SUMÁRIA – PERICULUM IN MORA – EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA – FUMUS BONI IURIS – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO – BENS IMPENHORÁVEIS – EXCLUSÃO.

1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (periculum in mora), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado.

2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal.

3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o fumus boni iuris (plausibilidade do direito alegado) e o periculum in mora (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação).

4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o periculum in mora não é oriundo da intenção do

agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º).

5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir.

6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/192 que a **indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário**, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual “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”.

7. **O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.** Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011.

8. **A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art.789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido.**

9. A decretação da indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial.

(...)

14. Assim, como a medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista na LIA, trata de uma tutela de evidência, basta a comprovação da verosimilhança das alegações, pois, como visto, pela própria natureza do bem protegido, o legislador dispensou o requisito do perigo da demora. No presente caso, o Tribunal a quo concluiu pela existência do *fumus boni iuris*, uma vez que o acervo probatório que instruiu a petição inicial demonstrou fortes indícios da ilicitude das licitações, que foram supostamente realizadas de forma fraudulenta. **Ora, estando presente o fumus boni iuris, como constatado pela Corte de origem, e sendo dispensada a demonstração do risco de dano (periculum in mora), que**

é presumido pela norma, em razão da gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, conclui-se pela legalidade da decretação da indisponibilidade dos bens.

15. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1319515/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data do julgamento: 22/08/2012)(g.n.)

Com efeito, da análise do julgado acima, depreende-se que a medida cautelar em epígrafe não se caracteriza como uma típica tutela de urgência, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* é implícito no artigo 7º da Lei 8.429/92, em virtude da necessidade de se garantir a recuperação do patrimônio público, bem como o acréscimo patrimonial ilicitamente auferido.

No que concerne à desnecessidade da prova de dilapidação dos bens pelo requerido, insta trazer à baila outro julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE – INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS – ART. 7º DA LEI 8.429/1992 – REQUISITO – FUMUS BONI IURIS – ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTO JURÍDICO EQUIVOCADO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada contra o ora recorrido, ao qual se imputou conduta ímproba por ter, na condição de ex-prefeito do Município de Rosário/MA, deixado de prestar contas de recursos repassados pela Fundação Nacional de Saúde. Além da omissão no dever legal, o Ministério Público aduz não ter havido execução completa das obras, as quais se direcionavam ao sistema de abastecimento de água e de melhorias sanitárias domiciliares, e acenou com dano ao Erário no montante de R\$ 403.944,00 (quatrocentos e três mil e novecentos e quarenta e quatro reais). 2. O Tribunal a quo manteve a decisão que indeferiu o pedido liminar de indisponibilidade dos bens, por entender que tal medida cabe somente quando demonstrada “a efetiva intenção do demandado em dilapidar seu patrimônio”. 3. A indisponibilidade cautelar dos bens prevista no art. 7º da LIA não está condicionada à comprovação de que os réus os estejam dilapidando, ou com intenção de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de fumus boni iuris, consistente em fundados indícios da prática de improbidade. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial parcialmente provido para afastar o óbice lançado no acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de origem prossiga na análise do pedido de indisponibilidade dos bens. (STJ; REsp 1202024/MA; Rel. Min. Herman Benjamin; Data de julgamento: 26/04/2011)(g.n.).

Assim, vislumbra-se que resta desnecessária a prova de dilapidação dos bens pelo requerido, sendo suficientes fundados indícios de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito (*fumus boni iuris*) para que se conceda a medida cautelar no caso em epígrafe.

No caso, ficou demonstrado, em cognição sumária, que há robustos indícios de ato ímprobo realizado pelos requeridos que acarretaram dano material ao erário no importe de R\$ 9.840.945,91, correspondente à diferença entre o serviço realizado e o valor pago à empresa Proteco Construções Ltda., para a recuperação da estruturada faixa de rolamento da MS 270, MS - 444 e MS 473.

Inclusive, como demonstrado no tópico anterior, há fundamentos suficientes para a manutenção da indisponibilidade dos bens dos agravantes, pois são notórios os indícios da prática de improbidade administrativa por parte dos agravantes e demais requeridos, que de forma organizada se uniram para fraudar licitações, causando vasto prejuízo ao erário.

Destarte, mantenho a decretação de indisponibilidade dos bens.

Por fim, no que tange ao prequestionamento, torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do presente recurso de agravo de instrumento, e nego-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão invectivada.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Odemilson Roberto Castro Fassa), após o relator, em parte com o parecer, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso. O 2º Vogal aguarda.

VOTO (EM18/04/2018)

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

Pedi vista para analisar com mais cuidado a questão relativa à indisponibilidade dos bens e, não obstante acompanhe o nobre Relator quanto à rejeição das preliminares e o desprovimento do pedido de rejeição da inicial, peço vênia para divergir quanto à manutenção da decretação da indisponibilidade dos bens.

Acerca da indisponibilidade de bens, prevê o § 4º, do art. 37, da Constituição Federal:

§ 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.

A Lei nº 8.429/1992, também prevê a indisponibilidade dos bens do agente do agente público sujeito às penalidades da lei por atos de improbidade administrativa.

Confira-se:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Sobre a indisponibilidade de bens, vale a referência de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves²

“Deste modo, verificada, a partir da disciplina contida no art. 10 da Lei nº 8.429/92, a ocorrência de ‘lesão ao erário’ (rectius: ao patrimônio público), o acervo patrimonial do agente, presente e futuro (v.g.: crédito sujeito a condição suspensiva ou resolutiva), estará sujeito à responsabilização, aplicando-se, aqui, a regra geral de que o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (art. 591 do CPC). Também o patrimônio do extraneus que tenha auferido benefícios da improbidade (v.g.: a pessoa jurídica que se beneficiou de uma licitação superfaturada).

² *Improbidade Administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 766 e 768.

O desiderato de 'integral reparação do dano' será alcançado, assim, por intermédio da decretação de indisponibilidade de tantos bens de expressão econômica (dinheiro, móveis e imóveis, veículos, ações, créditos de um modo geral etc) quantos bastem ao restabelecimento do status quo ante.

(...)

Sem prejuízo da generalidade da medida, o certo é que deve a constrição incidir apenas sobre o montante necessário à plena reparação do dano, não sobre todo o patrimônio do requerido quando este se apresentar bem superior ao prejuízo. A medida deve ser, em resumo, proporcional ao escopo que se deseja alcançar. Daí a importância de indicação, pelo autor da ação de improbidade, de pelo menos uma estimativa do valor do dano causado (quantum debeatur), parâmetro a ser utilizado apenas com vistas ao dimensionamento da indisponibilidade.

Por tratar-se de medida cautelar, torna-se necessária a demonstração do fumus boni iuris, não fazendo sentido, data vênua, a imposição de tão grave medida senão quando o sucesso do autor na demanda se apresentar provável. Fumus boni iuris não significa, por certo, prova exauriente, vertical, mas é requisito inafastável.

Quanto ao periculum in mora, parte da doutrina se inclina no sentido de sua implicitude, de sua presunção pelo art. 7º da Lei de Improbidade, o que dispensaria o autor de demonstrar a intenção de o agente dilapidar ou desviar o seu patrimônio com vistas a afastar a reparação do dano. Neste sentido, argumenta Fábio Osório Medina que 'O periculum in mora emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário', sustentando, outrossim, que 'a indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória, pois traduz consequência jurídica no processamento da ação, forte no art. 37, § 4º, da Constituição Federal'. De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal. Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano. Deste modo, em vista da relação imperativa adotada pela Constituição Federal (art. 37, § 4º) e pela própria Lei de Improbidade (art. 7º), cremos acertada tal orientação, que se vê confirmada pela melhor jurisprudência."

Na maioria das ações civis públicas, somente com o processamento da lide e ampla instrução probatória é que se poderá comprovar, sem qualquer dúvida, que os atos imputados aos requeridos se configuram, ou não, como improbidade administrativa.

No caso em comento, tenho que, neste momento processual, não estão presentes os requisitos autorizadores do deferimento da liminar de indisponibilidade de bens dos agravantes.

Na inicial da ação de improbidade administrativa, foram denunciados 14 (catorze) requeridos, dentre os quais o agravante Edson Giroto, à época Secretário Estadual de Obras, e os agravantes Maria Wilma Casanova (Diretora Presidente da Agesul) e João Afif Jorge (Coordenador de Suporte de Manutenção de Empreendimentos), a partir das investigações realizadas na Operação Lama Asfáltica, ao argumento de que fazem parte de uma "organização criminosa", especializada em desviar dinheiro público, que se instalou na Secretaria de Infraestrutura de Mato Grosso do Sul.

Em que pese a existência de fortes indícios no sentido da prática de atos ímprobos pela aludida organização, consistentes em uma série de irregularidades nos procedimentos licitatórios e na respectiva execução de obras e serviços nas estradas estaduais de Mato Grosso do Sul, certo é que a responsabilização

individual dos requeridos pelas irregularidades apontadas dependerá da necessária instrução probatória, não havendo como, de plano, autorizar a indisponibilidade dos bens dos requeridos, menos ainda no valor do dano material apontado na inicial - R\$ 9.840.945,91 (nove milhões, oitocentos e quarenta mil, novecentos e quarenta e cinco reais e noventa e um centavos), pois tal importe também deverá ser comprovado no curso da lide.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MEDIDA LIMINAR PARA INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO REQUERIDO AO ARGUMENTO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA – DESCABIMENTO – RECURSO DESPROVIDO. Não havendo comprovação, nesta fase processual, de que o acréscimo patrimonial do demandado decorra de enriquecimento ilícito e, de outro lado, remontando a prática dos atos acoimados de ímprobos ao ano de 2010, sem que se tenha notícia de eventual denúncia em face do agravado, não verifico presentes os requisitos ensejadores do deferimento do pleito liminar. (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1413604-48.2014.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 19/08/2015, p: 02/09/2015)

Dessa forma, a reforma da decisão na parte que deferiu a liminar de indisponibilidade de bens dos agravantes é medida que se impõe.

Posto isso, divirjo em parte do nobre Relator, para dar parcial provimento ao recurso, apenas para revogar a liminar que decretou a indisponibilidade dos bens dos agravantes Edson Giroto, João Afif Jorge e Maria Wilma Casanova Rosa, mantendo-se os demais termos da decisão agravada.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.(2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, afastaram as preliminares, nos termos do voto do relator e, no mérito, por maioria, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator que negavam provimento. Decisão contra o parecer.

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. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 18 de abril de 2018.

4ª Câmara Cível**Apelação nº 0802188-05.2015.8.12.0031 - Caarapó****Relator Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA – PREJUDICIAL DE MÉRITO – PRESCRIÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 27 DO CDC – TERMO INICIAL – DATA DO ÚLTIMO DESCONTO – AFASTADA – CONTRATAÇÃO VÁLIDA DEMONSTRADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DEMONSTRAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DOS RECURSOS EM CONTA DE TITULARIDADE DO CONSUMIDOR – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nos termos do art. 27, do CDC, prescreve em cinco anos a pretensão de obter reparação em vista de cobrança indevida (CDC, art. 27), sendo o termo inicial da contagem do prazo prescricional a data do último desconto.

Demonstrada a contratação válida e que a autora desfrutou do valor objeto do empréstimo, descontados em benefício previdenciário de aposentado, a improcedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de maio de 2018.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

André Araújo interpôs apelação em face da sentença (f. 116/119) proferida em 28/9/2017 por Cristiane Aparecida Biberg de Oliveira, Juíza da 1ª Vara de Caarapó que na ação declaratória de inexistência de débito cumulada com repetição de indébito e danos morais, proposta por Venâncio Barbosa em desfavor de Banco Votorantim S.A, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em razões recursais, o autor André Araújo requer a reforma da sentença para:

Seja declarada a ilegalidade do contrato e das cobranças;

Condenar o requerido ao pagamento de indenização pelo dano material e moral.

Contrarrazões à f. 313/336

VOTO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por André Araújo em face da sentença proferida em 28/9/2017 pela Juíza da 1ª Vara da comarca de Caarapó que na ação declaratória de inexistência de débito cumulada com repetição de indébito e danos morais, proposta por Venâncio Barbosa em desfavor de Banco Votorantim S.A, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 116/119:

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais, na forma do art. 487, I, do CPC, condenando a parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, correspondente a 8% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 81, caput, do CPC.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, observando-se o disposto no art. 98, §§ 2º e 3º do CPC.

Revogo a tutela antecipada, caso concedida.

Transitada em julgado, proceda-se às devidas anotações e comunicações de estilo e, nada sendo requerido, arquivem-se.

Publique-se. Registre-se. Intime-se

Em razões recursais, o autor André Araújo requer a reforma da sentença para:

Seja declarada a ilegalidade do contrato e das cobranças;

Condenar o requerido ao pagamento de indenização pelo dano material e moral.

Contrarrazões à f. 315/338.

Breve relato dos fatos.

O autor, com 70 anos de idade (f. 30), alega que teve descontado de seu benefício previdenciário parcelas referentes ao contrato bancário n. 197515222, no valor de R\$ 2.588,85, a ser quitado em 60 parcelas de R\$ 52,17.

Afirmou que “*não recebeu o valor mencionado no suposto contrato de empréstimo acima descrito, mesmo que o tenha assinado*”.

Alegou que, não foi observado o que prevê o art. 1º, VI, da Instrução Normativa/INSS/DC n. 121/2005 e que a formalização dos instrumentos deveria ter sido feita de forma presencial, na sede da instituição financeira requerida ou do INSS.

Pleiteou a declaração de ilegalidade dos descontos e a condenação da instituição financeira à restituição em dobro dos valores descontados e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (quinze mil reais).

Citado, o banco/requerido apresentou contestação (f. 41/54) que foi impugnada (f. 78/103).

Sobreveio a sentença de improcedência objeto do recurso.

Prejudicial de mérito. Prescrição.

Na hipótese, a prescrição deve ser analisada à luz do art. 27 do CDC que estabelece:

“Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

Sobre o termo inicial da contagem do prazo prescricional, discorre Rizzato Nunes¹:

“Continuando a análise, vê-se que a norma do art. 27 dispõe que o início da contagem do prazo prescricional se dá a partir do:

a) conhecimento do dano; e

b) conhecimento de sua autoria.

A norma se utiliza adequadamente da conjuntiva ‘e’ para determinar o início do prazo, porque pode acontecer de o consumidor sofrer dano e não conseguir de imediato identificar o responsável por ele ou, pelo menos, todos os responsáveis, uma vez que, como se viu, a Lei n. 8.078 estabelece ampla solidariedade entre os fornecedores.

Assim, por exemplo, pode acontecer de o consumidor sofrer intoxicação alimentar depois de ingerir uma série de alimentos pré-prontos, enlatados etc., e não conseguir detectar qual deles causou o mal. O mesmo pode se dar com medicamentos. Pode, também, num outro exemplo, em função, como se disse, da solidariedade entre os responsáveis, querer identificar o fabricante de alguma peça incorporada a um veículo, que deva ter causado o dano, para dele cobrar a indenização, em vez de acionar o pequeno prestador do serviço que instalou os componentes de reparo no carro.

Enfim, é da conjugação dos dois elementos que se pode considerar iniciado o curso do prazo prescricional. Mas claro que a regra será a da identificação imediata do responsável, com o que o prazo iniciar-se-á na data do evento danoso”.

O entendimento no STJ é no sentido de que o termo inicial da prescrição nas relações de consumo é a data da ciência do dano.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL – PROCESSO CIVIL – CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL – ART. 27 DO CDC – PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO – PRINCÍPIO DA ACTIO NATA – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO DANOSO – LAUDO TÉCNICO ATESTANDO O ATO ILÍCITO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. “O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da actio nata” (REsp 1257387/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013) 2. A prescrição do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor é de 5 (cinco) anos, começando a fluir com a data da ciência inequívoca do ato danoso, que no caso ocorreu com a elaboração de laudo técnico atestando a ocorrência de cobrança de encargos abusivos. Precedentes.

¹ NUNES, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 439.

3. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no REsp 1324764/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 20/10/2015)

Portanto, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data do conhecimento do dano e, na hipótese de o dano ser conhecido, mas a autoria não, da data do conhecimento desta.

No caso dos autos, o autor afirma que tomou conhecimento do empréstimo ao consultar a situação de seu benefício previdenciário, juntando ao processo extrato datado de 14/9/2015 (f. 34).

Não obstante as disposições legais supra citadas e o entendimento jurisprudencial² de que o termo *a quo* da prescrição é o do conhecimento do dano e de sua autoria, não é crível que a requerente, que teve parcelas descontadas em seu benefício previdenciário desde dezembro de 2010, só teve ciência de tais descontos por ocasião do extrato datado de 14.9.2015, mais parecendo um argumento de conveniência e oportunidade.

Entretanto, tratando-se de prestação de trato sucessivo, o prazo prescricional da pretensão do autor renova-se mês a mês.

Nesse sentido o julgado que segue:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – PRESCRIÇÃO – REGRA DO ART. 27 DO CDC – PRAZO DE 5 ANOS – INAPLICABILIDADE AO CASO DO CÓDIGO CIVIL – PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DO ÚLTIMO DESCONTO INDEVIDO – PRELIMINAR ACOLHIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A pretensão da apelante de repetição de indébito e reparação dos danos morais poderia ser exercida em cinco anos, a contar do último desconto supostamente indevido. (TJMS. Apelação n. 0800404-04.2016.8.12.0016, Mundo Novo, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 27/02/2018, p: 27/02/2018)

2 “APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO – TERMO A QUO – A PARTIR DA DATA DO CONHECIMENTO DO DANO – ART. 27 DO CDC – AFASTADA – MÉRITO – CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – AUSÊNCIA DE ESCRITURA PÚBLICA OU PROCURAÇÃO À ROGO – CONTRATANTE ANALFABETO – NÃO DISPONIBILIZAÇÃO DO MÚTUO – FRAUDE – RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA – DEVER DE FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES E SEGUROS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – VALOR ARBITRADO DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – DEVOLUÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE – ARTIGO 940, DO CC E ARTIGO 42, DO CDC – AUSÊNCIA DE PROVA DA MÁ-FÉ – RESTITUIÇÃO SIMPLES – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – APLICAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 20, § 3º, DO CPC – RECURSO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO REQUERIDO DESPROVIDO.

Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o prazo prescricional a ser aplicado é aquele previsto no artigo 27 do CDC (cinco anos), contados a partir da ciência do ato danoso, que no caso foi à data do conhecimento do empréstimo fraudulento.

Para a fixação da indenização pelo dano moral, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do quantum necessário à compensação da vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Não demonstrada a má-fé da instituição financeira em realizar descontos no benefício previdenciário da parte requerente, inaplicável a sanção prevista no artigo 940, do Código Civil e no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando a decisão proferida possuir cunho condenatório, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, de acordo com o artigo 20, § 3º, do CPC”.

(Relator(a): Des. Eduardo Machado Rocha; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 26/01/2016; Data de registro: 27/01/2016)

Dessa forma, considera-se como termo inicial da prescrição da pretensão da autora, a data do último desconto realizado em seu benefício previdenciário.

Na hipótese dos autos, verifica-se do extrato que o último desconto ocorreu em novembro de 2013.

Sendo assim, o autor poderia ajuizar a ação novembro de 2018.

Considerando que a petição inicial foi protocolada em 1/12/2015, conclui-se que a pretensão do autor não está prescrita.

Do dever de indenizar.

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão culposa, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador do dano.

Nesse sentido o teor do art. 186 e 927, ambos do CC/202:

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

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva³. Contudo, ainda assim deve ser demonstrada a ocorrência de conduta, dano e nexo de causalidade.

Na hipótese, o autor alega que foi *“surpreendida com dita informação, já que não recebeu o valor mencionado no suposto contrato de empréstimo acima descrito, mesmo que o tenha assinado”*.

Assim, não obstante alegada inexistência de relação jurídica válida entre as partes, tendo em vista que o requerente sofreu prejuízos em razão da atividade da requerida, incidem as disposições do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, por encontrar-se o requerente na condição de consumidor equiparado, conforme disposição do art. 29 do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor. Confira-se:

“Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Nesse sentido, julgados abaixo:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA EMBARGANTE – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – PRELIMINAR – FORÇA EXECUTIVA – DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL E DE PROVA DO INADIMPLENTO – MORA EX RE – REJEITADA – MÉRITO – REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – MULTA DE 10% – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO DE FORMA SIMPLES – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, EM PARTE PROVIDO. A Cédula de Crédito Bancária que instrui a execução é título formalmente hábil a embasar pretensão executiva, especialmente quando acompanhada de memória

3 RT. 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.

de cálculo atualizada, que indica o saldo devedor e discrimina os encargos incidentes sobre o débito, consoante previsão contida na Lei n.º 10.931/2004. Para a propositura de ação de execução lastreada em cédula de crédito bancário, não é necessária a prova do inadimplemento tampouco de notificação extrajudicial do devedor, uma vez que se trata de mora automática (ex re). Não se conhece do recurso na parte em que ataca matéria que não prejudicou a recorrente, como ocorreu em relação à alegação de necessidade de redução da multa de 10% para 2%. Revisadas as cláusulas contratuais e constatando o pagamento a maior, impõe-se a repetição do indébito, na forma simples. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA EMBARGADA – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – APLICABILIDADE DO CDC – JUROS REMUNERATÓRIOS – LIMITAÇÃO DE ACORDO COM A TAXA MÉDIA DE MERCADO, POR SER MENOR QUE A TAXA CONTRATADA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE FORMA ISOLADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no artigo 4º, inciso I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. Aplicação da teoria finalista mitigada. Se os juros remuneratórios contratados excedem a taxa média de mercado fixada pelo Banco Central do Brasil, fica autorizada a revisão contratual, eis que há abusividade, devendo ser mantida, no entanto, a menor taxa, por ser mais benéfica ao consumidor. É admissível a cobrança da comissão de permanência, desde que calculada pela taxa média do mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada, porém, à taxa contratada e, ainda, desde que cobrada isoladamente, não podendo ser cumulada com a correção monetária, juros remuneratórios, juros moratórios ou multa contratual. (TJMS. Apelação n. 0802088-72.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 20/02/2018, p: 21/02/2018)

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE COM REDE ELÉTRICA – NCIDÊNCIA DA ESPÉCIE DO ARTIGO 17 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – DENÚNCIAÇÃO DA LIDE – IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 88 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SÚMULA 83/STJ – NEXO CAUSAL – RESULTADO DANOSO – REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – SÚMULA 7/STJ – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – EXAME PREJUDICADO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, ainda que não tenham participado diretamente da relação de consumo, as vítimas de evento danoso dela decorrente sujeitam-se à proteção do Código de Defesa do Consumidor.

2. Quanto à denúncia à lide, o STJ assentou entendimento de que é vedada em casos de acidente de consumo, não importando se o caso é de responsabilidade do comerciante por fato do produto.

3. Rever o entendimento do Tribunal de origem, de que se configurou a responsabilidade objetiva da recorrente em razão do nexo causal e do resultado danoso, demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Fica prejudicada análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea “a” do permissivo constitucional.

5. *Recurso Especial não provido.* (REsp 1680693/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017)

Por corolário, incidindo o CDC, há que se considerar responsabilidade objetiva pelos danos causados ao consumidor, não sendo necessário perquirir o elemento culpa, segundo disposição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

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

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

A solução da causa passa, necessariamente, pelo exame e valoração do material probatório produzido na instrução do feito, para que se possa concluir pela existência ou não de ato ilícito, dano e autoria.

Como se sabe, no ordenamento jurídico brasileiro vige a regra dominante de que o ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato, não bastando alegar, mas provar o fato que irá atrair o direito, ônus que, no caso em tela incumbe ao requerente, quanto ao fato constitutivo do seu direito, consoante o disposto no art. 373, inciso I, do CPC/2015.

Confira-se:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

Daniel Amorim Assumpção Neves⁴ a respeito do tema ensina que:

“O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem

4 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador, Podivm, 2016, P. 656.

sempre a parte que tinha o ônus da prova e não a produziu será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.”

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, a prova dos pressupostos da exceção).

Cuidando-se de prova negativa do requerente, a distribuição dinâmica do ônus da prova impõe ao requerido a comprovação do elemento probatório, no caso, da existência de relação jurídica válida.

Na espécie, verifica-se que a instituição financeira logrou êxito em demonstrar a regularidade da contratação do empréstimo, diante da apresentação do contrato de n. 197515222, realizado por pessoa não alfabetizada, com aposição de digital e assinatura a rogo, bem como assinatura de testemunhas (f. 69), no valor de R\$ 2.588,85 a ser liberado em favor do emitente da cédula de crédito bancário. Também comprovou que referido contrato trata-se de refinanciamento do contrato anterior (n. 192390367), firmado em 2009, que foi liquidado, razão pela qual o remanescente (R\$ 522,18) foi creditado na conta-corrente da requerente, conforme previsto no contrato e comprovado através do depósito de f. 318.

Assim, foram observadas as formalidades legais para a contratação com pessoa analfabeta, cujos requisitos estão previstos no art. 595, do Código Civil.

Confira-se:

Art. 595. No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas.

Silvio de Salvo Venosa⁵ comenta referido dispositivo:

“Nesse artigo, permite-se que o analfabeto contrate, exigindo-se, porém, a forma escrita particular, com assinatura a rogo e participação de duas testemunhas. A inexistência de testemunhas no pacto não torna o contrato nulo por si só, pois o contrato pode ser provado por outras formas.”

Já o artigo 1º da instrução normativa n.º 121/2005 do INSS prevê:

“Art. 1º Podem ser consignados e/ou retidos descontos na renda mensal dos benefícios de aposentadoria ou de pensão por morte, para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, somente após efetiva contratação pelo titular do benefício em favor da instituição financeira pagadora ou não do benefício, desde que:

I - o desconto, seu valor e o respectivo número de prestações a consignar sejam expressamente autorizados pelo próprio titular do benefício;

II - a operação financeira tenha sido realizada pela própria instituição financeira ou pela sociedade de arrendamento mercantil a ela vinculada;

⁵ VENOSA. Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado. Atlas, São Paulo: 2010, P. 600.

III - a instituição financeira tenha celebrado convênio com o INSS para esse fim;

IV - o somatório dos descontos e/ou retenções consignados para pagamento de empréstimos, financiamentos ou operações de arrendamento mercantil não exceda, no momento da efetiva contratação, a trinta por cento do valor do benefício, deduzidas as consignações obrigatórias, excluindo-se o Complemento Positivo-CP, o Pagamento Alternativo de Benefício-PAB, e o décimo terceiro salário, correspondente à última competência emitida, constante no Histórico de Créditos - HISCRE/Sistema de Benefícios-SISBEN/Internet, observado o disposto no § 2º.”

Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESCISÃO/ ANULAÇÃO DE RELAÇÃO CONTRATUAL DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS COM TUTELA DE URGÊNCIA – DESCONTOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE APOSENTADORIA – CONTRATAÇÃO VÁLIDA DEMONSTRADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DEMONSTRAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DOS RECURSOS EM CONTA DE TITULARIDADE DA AUTORA/APOSENTADA – CUSTAS DO PROCESSO E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS – SENTENÇA INALTERADA – RECURSO IMPROVIDO. Constata-se que os descontos realizados no benefício previdenciário da parte autora, decorrente do empréstimo firmado com o requerido, estão embasados em contrato lícito, motivo pelo qual não há que se falar em inexigibilidade da dívida, tampouco em restituição dos valores pagos pela requeute, considerando que, como já ressaltado na sentença, os extratos anexados sucessivamente às fls. 67, 80, 92, 104, 115 e 123 demonstram que os valores foram depositados na conta corrente da apelante. Em relação às custas do processo e honorários sucumbenciais, o artigo 82, § 2º e o caput 85 do CPC/2015 determinam que o vencido arque com tais ônus, devendo também, neste tópico, a sentença ser mantida. (TJMS. Apelação n. 0802161-66.2016.8.12.0005, Aquidauana, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 07/03/2018, p: 09/03/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS – COMPROVAÇÃO DE LIBERAÇÃO DO MÚTUO CONTRATADO EM FAVOR DA PARTE AUTORA, MEDIANTE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA – CONTRATAÇÃO VÁLIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Restando comprovado que a instituição financeira liberou o valor decorrente do contrato de empréstimo em favor da parte autora, não há que se falar em inexistência de débito, restituição dos descontos efetuados e condenação daquela ao pagamento de danos morais. (TJMS. Apelação n. 0802372-72.2016.8.12.0015, Miranda, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 27/02/2018, p: 05/03/2018)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA PARTE AUTORA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INDÍGENA – AUTOR QUE NÃO RECONHECE O CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO QUE MOTIVOU DESCONTOS DE PARCELAS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – COMPROVAÇÃO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – DEPÓSITO DO PRODUTO DO MÚTUO NA CONTA-CORRENTE DA PARTE – CUMPRIMENTO PELO RÉU DO ÔNUS DA PROVA – REGULARIDADE DO DÉBITO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – PENA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1- Hipótese em que os elementos dos autos evidenciam que a autora firmou o contrato de empréstimo consignado, elidindo a alegação de fraude na contratação. Evidenciada a licitude da origem da dívida, persiste a responsabilidade da autora por seu pagamento. 2- Sendo incontroverso nos autos que os produtos dos empréstimos ditos nulos foram depositados na conta corrente

da parte autora, não há como considerar válida a justificativa apontada de que não firmou os contratos, tampouco se beneficiara de qualquer quantia. 3- Tendo a autora faltado com a verdade e distorcido os fatos, alegando a ausência de contratação com o réu a justificar os descontos em seu benefício previdenciário, no intuito de não pagar os valores devidos e, ainda, ser reembolsada das quantias que já havia pago, é caso de manutenção da aplicação das penas por litigância de má-fé, fixada na decisão recorrida. Sentença de improcedência mantida.(TJMS. Apelação n. 0801648-05.2015.8.12.0015, Miranda, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 30/01/2018, p: 19/02/2018)

Assim, demonstrada a contratação do empréstimo, bem como a disponibilização do valor em conta de titularidade da apelante, é de se reconhecer a improcedência dos pedidos iniciais, notadamente que não há ato ilícito praticado pela requerida-recorrente, que agiu no exercício regular do seu direito, nos termos do art. 188, I⁶, do Código Civil.

Dispositivo

Ante o exposto, afasto a prejudicial de mérito alegada em sede de contestação pelo apelado, no mérito, nego provimento ao recurso de apelação interposto por André Araujo.

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, 30 de maio de 2018.

6 Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

2ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1402474-90.2016.8.12.0000 - Dourados****Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROVA ILÍCITA – TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE THEORY*) – POSSIBILIDADE DE DISSOCIAÇÃO DA PROVA CONSIDERADA ILÍCITA DAS DEMAIS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS – TEORIA DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (*AN INDEPENDENT SOURCE*) – DESENTRANHAMENTO DAS PROVAS CONSIDERADAS ILÍCITAS – MANUTENÇÃO DAS DEMAIS PROVAS NÃO CONTAMINADAS – POSSIBILIDADE.

Controvérsia centrada na discussão acerca de eventual contaminação de todo o acervo probatório que subsidiou a propositura de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, ante o reconhecimento da ilicitude de interceptações telefônicas realizadas no procedimento criminal que deu início à apuração dos fatos, os quais são também ora apurados na seara cível-administrativa.

Nos termos do art. 5º, inc. LVI, da CF/88, são “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Da teoria da prova ilícita, emana a *fruits of the poisonous tree theory*, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada, metáfora legal que, em síntese, pressupõe a compreensão de que toda prova, ainda que produzida legalmente, mas que tenha relação direta de subordinação com as provas produzidas ilicitamente, também padecem, por atração, do vício de ilegalidade, sucumbindo, em conjunto com a prova ilícita que lhe deu origem, ao terreno da ilicitude.

À essa regra, entretanto, permite-se construir um contexto de exceção, por meio da chamada fonte autônoma de prova (*an independent source*), de modo que, “*se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária*” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 de 31/07/2008; RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 de 17/05/2007).

Assim, se eventuais provas, ainda que produzidas posteriormente à prova ilícita, revelarem-se autônomas e dissociadas desta, permite-se o seu aproveitamento, em razão da não contaminação oriunda da ilicitude originária; considerando-se, portanto, fonte independente de prova, aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução probatória, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Na espécie, embora o agravante se esforce para demonstrar que todo o acervo probatório que lastreou a propositura da presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa está contaminado pela prova ilícita; em verdade, não se verifica a alegada contaminação, pois existem outras provas, autônomas, e independentes, que permitem perfeita e cabalmente a aferição de supostas práticas de atos de improbidade administrativa pelo réu-agravante, sem que se utilize,

sequer indiretamente, o conteúdo probatório relativo às interceptações telefônicas declaradas nulas por vício de ilegalidade.

Assim, não tem razão o réu-agravante quanto à pretendida ilegalidade de todo conteúdo probatório, pois, na espécie, se constata, às escâncaras, ser perfeitamente possível a dissociação dos elementos de prova não contaminados pela nulidade que acometeu as interceptações telefônicas; fato que, entretanto, não veda o atendimento do pedido subsidiário do agravante, no sentido de se proceder o desentranhamento das provas produzidas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5, no bojo do qual foram produzidas as interceptações consideradas nulas.

Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de março de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Eduarte Dias Leite contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Dourados-MS.

Ação: de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual contra o agravante e demais corréus também integrantes do polo passivo, todos supostamente envolvidos nos fatos que, no âmbito criminal, deram ensejo às chamadas Operação *Owari* e Operação *Brothers* (f. 66-138).

Decisão interlocutória agravada: recebeu a inicial, em todos os seus termos, determinando o processamento da Ação de Improbidade Administrativa, e a citação dos réus (f. 33-63).

Agravo de instrumento: sustenta o agravante que, a par de todas as alegações levantadas pela defesa, inclusive quanto à ilicitude da prova criminal que embasa o pedido (anulação pelo TJ/MS das interceptações telefônicas captadas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5), a inicial foi recebida pelo Juízo de origem, sob o argumento de que haveriam outras provas a embasar a pretensão inicial.

Aduz, em contra-argumentação, que as provas que embasaram o ajuizamento da presente Ação de Improbidade, que se relacionam aos fatos apurados na Operação *Brothers*, foram angariadas no bojo do IPL nº 115/2009, o qual sem sombra de dúvidas, é originário do procedimento de interceptação telefônica referido, conforme se infere de várias passagens da inicial, algumas ocupando folhas inteiras da peça acusatória.

Destaca que, com relação aos fatos apurados na Operação *Owari*, a respectiva Ação de Improbidade, de nº 0015792-66.2009.8.12.0002, foi rejeitada por decisão colegiada proferida pela 3ª Câmara Cível deste Tribunal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0603400-46.2012.08.12.0000.

Requeru, assim, em sede liminar, a concessão de efeito suspensivo para “*determinar a suspensão da ação de improbidade administrativa de nº 0804503-35.2011.8.12.0002 [...] até o julgamento final do presente*”.

No mérito, pediu: a reforma da decisão agravada, determinando-se “*a rejeição da petição inicial da ação civil pública, [...] em razão da nulidade das provas que a embasam*”, ou, alternativamente, “*o desentranhamento de toda prova carreada pelo autor decorrente do procedimento de monitoramento telefônico nº 002.07.105083-5, bem como das provas decorrentes, declaradas nulas inclusive pelo STJ*” (f. 01-32).

Despacho inicial do 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. 1.113-1.117).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 1.122-1.138).

Parecer do Ministério Público: da lavra do Procurador de Justiça Sérgio Luiz Morelli, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 1.143-1.148).

Petição do agravante: refutou os argumentos do Ministério Público, lançados no parecer ministerial, pugnando pelo provimento do recurso e consequente reforma da decisão agravada, “*a fim de que seja rejeitada a petição inicial da ação civil pública por faltar requisito indispensável para a propositura da demanda, qual seja, a justa causa, já que toda a ação está embasada no procedimento que foi declarado nulo por este Tribunal e confirmado pelo STJ*” (f. 1.152-1.167).

VOTO (EM 14/03/2018)

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

Controvérsia centrada na discussão acerca de eventual contaminação de todo o acervo probatório que subsidiou a propositura de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, ante o reconhecimento da ilicitude de interceptações telefônicas realizadas no procedimento criminal que deu início à apuração dos fatos, os quais são também ora apurados na seara cível-administrativa.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Registro que a decisão recorrida foi disponibilizada nos autos em 26/11/2015 (f. 33-63), tendo a respectiva intimação ocorrido em 02/03/2016 (f. 64), enquanto que o presente recurso foi interposto em 11/03/2016 (f. 618).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno,

DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

Tempestivo e regular, pois, o recurso, *ex vi* dos artigos 522, 524 e 525, todos do Código de Processo Civil/1973.

Ilícitude das provas *versus* recebimento da inicial

Consoante relatado, sustenta o agravante, em suma, que, a par da argumentação da defesa quanto à ilicitude da prova criminal que embasa o pedido (anulação pelo TJ/MS das interceptações telefônicas captadas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5), a inicial foi recebida pelo Juízo de origem, sob o argumento de que haveriam outras provas a embasar a pretensão inicial.

Sustenta o agravante, em síntese, que as provas que embasaram o ajuizamento da presente Ação de Improbidade, que se relacionam aos fatos apurados na Operação *Brothers*, foram angariadas no bojo do IPL nº 115/2009, o qual sem sombra de dúvidas, é originário do procedimento de interceptação telefônica referido, conforme se infere de várias passagens da inicial, algumas ocupando folhas inteiras da peça acusatória.

Destaca que, com relação aos fatos apurados na Operação *Owari*, a respectiva Ação de Improbidade, de nº 0015792-66.2009.8.12.0002, foi rejeitada por decisão Colegiada proferida pela 3ª Câmara Cível deste Tribunal nos autos do Agravo de Instrumento nº 0603400-46.2012.08.12.0000, razão pela qual a presente Ação de Improbidade Administrativa deve ter a mesma sorte, pois as demais provas produzidas após as interceptações telefônicas – que foram anuladas – teriam ligação direta com estas, e, de consequência, sendo também nulas, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

A decisão agravada rechaçou os argumentos do agravante, sob o argumento de que:

“(...) conquanto tenha sido decretada a nulidade das provas obtidas por meio do Pedido de Providência nº 002.07.105083-5 (pp. 1752/1843), não constam dos autos apenas as provas colhidas por meio de referido procedimento, pelo que não prospera o pedido de não recebimento da petição inicial sob tal argumento. Nestes termos, não se verifica a existência de nulidade, na forma descrita pelo Réus, até porque os fatos podem ser confirmados em sede de instrução processual” (f. 60).

Não há dúvidas de que, nos termos do art. 5º, inciso LVI, da CF/88, são “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Em emblemático precedente do Supremo Tribunal Federal, consagrou-se a compreensão de que:

“A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do due

process of law, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. [...] A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do male captum, bene retentum.” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 de 31/07/2008).

Da teoria da prova ilícita, emana a *fruits of the poisonous tree theory*, ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada, metáfora legal que, em síntese, pressupõe a compreensão de que toda a prova, ainda que produzida legalmente, mas que tenha relação direta de subordinação com as provas produzidas ilicitamente, também padecem, por atração, do vício de ilegalidade, sucumbindo, em conjunto com a prova ilícita que lhe deu origem, ao terreno da ilicitude.

O Supremo Tribunal Federal bem sintetizou essa compreensão, nos seguintes termos, *verbis*:

“[...] A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 de 31/07/2008; RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 de 17/05/2007)

Também nesse sentido: AP 341, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, DJe-198 de 01/10/2015; HC 69.912 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ de 25/03/1994.

À essa regra, entretanto, permite-se construir um contexto de exceção, por meio da chamada fonte autônoma de prova (*an independent source*), de modo que:

“(...) se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 de 31/07/2008; RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 de 17/05/2007).

Assim, se eventuais provas, ainda que produzidas posteriormente à prova ilícita, revelarem-se autônomas e dissociadas desta, permite-se o seu aproveitamento, em razão da não contaminação oriunda da ilicitude originária; considerando-se, portanto, fonte independente de prova, aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução probatória, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Nesse sentido, a título exemplificativo, citem-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA FUNDADA EM PROVAS ILÍCITAS. INOCORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DOS “FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA”. PROVAS AUTÔNOMAS. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP à ESPÉCIE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AOS ARTIGOS 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. LIMINAR CASSADA.

1. A prova tida como ilícita não contaminou os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos, não havendo motivo para a anulação da sentença.

2. Desnecessário o desentranhamento dos autos da prova declarada ilícita, diante da ausência de qualquer resultado prático em tal providência, considerado, ademais que a ação penal transitou em julgado.

3. É Impossível, na espécie, a aplicação da regra contida no art. 580 do Código de Processo Penal, pois há diferença de situação entre o paciente e o co-réu absolvido, certo que em relação ao primeiro existiam provas idôneas e suficientes para respaldar sua condenação.

[...]

5. Habeas corpus denegado e liminar cassada.” (HC 89.032, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 09/10/2007, DJe-147 de 22/11/2007)

“EMENTA: HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.

1. *Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (fruits of the poisonous tree). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.*

2. *Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada.*” (HC 83.921, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ de 27/08/2004)

“*HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL BASEADO EM ELEMENTOS OBJETO DE BUSCA E APREENSÃO, CONSIDERADA ILEGAL EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO QUE DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DOS DOCUMENTOS APREENHIDOS.*

Pretensão de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree).

Pretensão afastada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastreiam o inquérito policial são derivados da busca e apreensão.

Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ. Habeas corpus indeferido.” (HC 81.993, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 02/08/2002)

Na espécie, embora o agravante se esforce para demonstrar que todo o acervo probatório que lastreou a propositura da presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa está contaminado pelas provas ilícitas produzidas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5 – quais sejam, as interceptações telefônicas declaradas nulas pelo TJ/MS no *Habeas Corpus* nº 0602259-89.2012.8.12.0000 (Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJe 06/11/2012) –, em verdade, não se verifica a alegada contaminação, pois, inegavelmente existem, de fato, como bem observou a decisão agravada, outras provas; autônomas e independentes, que permitem a aferição de supostas práticas de atos de improbidade administrativa pelo réu-agravante, sem que se utilize, sequer indiretamente, do conteúdo probatório relativos às interceptações declaradas nulas por vício de legalidade.

De uma simples leitura da inicial da Ação de Improbidade Administrativa (f. 01-73, na origem), vê-se, claramente, que as condutas ímprobas imputadas ao réu-agravante decorrem da análise, única e exclusiva, dos procedimentos administrativos licitatórios no bojo dos quais se identificou flagrantes irregularidades, sem qualquer menção, no relato dos fatos imputados ao réu-agravante, à prova colhida por meio das invocadas interceptações telefônicas declaradas nulas.

Tanto isso é verdade que, no mesmo *Habeas Corpus* em que se reconheceu a nulidade das interceptações telefônicas com relação aos fatos ora apurados (*Habeas Corpus* nº 0602259-89.2012.8.12.0000, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, DJe 06/11/2012), fez-se, na oportunidade, clara dissociação das provas autônomas, que não foram contaminadas pela nulidade das interceptações telefônicas, para efeito de sua manutenção nos respectivos autos, e para o regular prosseguimento da respectiva Ação Penal, sem prejuízo do desentranhamento das provas consideradas ilícitas. Confira-se:

“[...] no tocante à interceptação telefônica operada nos autos n.º 002.07.105083-5, esta deve ser declarada nula por se tratar de prova ilícita.

Todavia, a celeuma deste writ diz respeito aos demais elementos de prova que alicerçaram a propositura da denúncia ofertada pelo Ministério Público.

Debate-se o impetrante pelo desentranhamento não só das escutas telefônicas, mas também do Pedido de Busca e Apreensão n.º 002.09.100311-5, do Relatório da Controladoria Geral da União e dos processos licitatórios mencionados na denúncia.

Contudo, na via estreita deste remédio constitucional, baseado em provas pré-constituídas, não ficou demonstrada a ligação entre estas provas e a interceptação telefônica, tampouco que aquelas decorrem desta.

Não há como afirmar que houve contaminação das demais provas carreadas, sobretudo quando não demonstrado de forma clara e indubitosa que as mesmas derivaram daquela cujo uso restou vedado.

[...]

Assim, não há como proceder ao trancamento da ação penal, vez que não demonstrado que todos os elementos circunstanciais, indícios e demais provas são ilícitas ou derivadas desta.

Não obstante, deve o Poder Judiciário acautelar-se quanto subsistência mínima de outras circunstâncias, razão pela qual é preciso que se anule o processo “ab initio”, ressaltando a possibilidade de recebimento da nova denúncia ou rerratificação da existente se for possível que a mesma tenha como base indícios, provas e/ou elementos diversos daqueles extirpados ou dele decorrentes.

Ante o exposto, concede-se parcialmente o pedido de habeas corpus impetrado em favor de Eduarte Dias Leite, para determinar o desentranhamento das provas ilícitas colhidas no bojo do Pedido de Providências n.º 002.07.105083-5, e de outras correlacionadas ao referido feito, sem prejuízo da ação penal que se fundar em outros elementos que independem de tal procedimento, anulando-se a ação penal a partir do recebimento da denúncia.”

E mais; a par disso, na hipótese dos autos, há a particularidade, quando se descreveu na inicial as possíveis condutas ímprobas imputadas ao réu-agravante, ocorridas nos procedimentos licitatórios de nº 1.837/2005 (Concorrência Pública nº 07/2005); nº 1.838/2005 (Concorrência Pública nº 08/2005) e nº 829/2008 (Licitação nº 37/2008) – (f. 09-30, na origem) – de não ter sido mencionado, em momento algum, qualquer trecho das escutas telefônicas declaradas nulas; ao contrário, verifica-se ter sido feita mera análise acerca da legalidade dos procedimentos administrativos licitatórios em que se deu a prática dos possíveis atos de improbidade administrativa a cargo do réu-agravante – descrição dos fatos, esta, que, inclusive, foi praticamente reproduzida em sua totalidade na emenda à denúncia feita pelo Ministério Público na respectiva Ação Penal, a qual está em pleno trâmite.

Isto é, em outras palavras: na essência, a inicial da presente ação acabou servindo de base para a própria emenda à denúncia que foi recebida no Juízo Criminal, dando ensejo à referida ação penal em trâmite.

E mais, os procedimentos administrativos licitatórios – de cuja análise, por si só, defluem a prática de diversas ilegalidades –, jamais poderiam ser contaminados pelas interceptações telefônicas consideradas ilegais, pois são anteriores à própria instauração do Pedido de Providências nº 002.07.105083-5, no bojo dos quais foram produzidas as provas nulas.

Para além disso, faz-se necessário observar que, diferentemente do que ocorreu na Ação de Improbidade nº 0015792-66.2009.8.12.0002 – cuja inicial foi rejeitada liminarmente por decisão Colegiada proferida pela 3ª Câmara Cível deste Tribunal, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0603400-46.2012.08.12.0000; no caso dos autos, a respectiva Ação Penal (autos nº 0011201-61.2009.8.12.0002), como já anotado anteriormente, não foi trancada, permanecendo em pleno curso até a presente data, estando, inclusive, a instrução probatória em vias de seu encerramento.

Importante, por fim, consignar que, embora a inicial faça referência aos Relatórios produzidos pela Controladoria-Geral da União no curso da investigação criminal (v.g., f. 381-409, f. 483-518, na origem) – no bojo dos quais, com relação a outros réus, de fato, são transcritos alguns trechos das interceptações telefônicas –, é certo que, no tocante à análise dos fatos aqui imputados ao réu-agravante, a análise da Controladoria-Geral da União concentrou-se unicamente na apreciação das ilegalidades que defluem dos próprios procedimentos administrativos licitatórios já referidos (vide, v.g., as conclusões que constam às f. 499-507, na origem), impressões estas (da CGU) que no entanto, não se referem e nem dizem respeito às provas nulas, quais sejam, as escutas telefônicas.

A par disso tudo, mesmo que se enveredasse por um radicalismo irraciocinado, para fins de se concluir pela ilegalidade dos relatórios produzidos pela Controladoria-Geral da União, é certo que, mesmo com eventual desentranhamento destes, subsiste ainda a possibilidade de o próprio Ministério Público, no curso da ação, efetuar a análise dos procedimentos administrativos licitatórios nos quais teriam sido praticados os atos de improbidade, e, à luz de seu próprio juízo de valor, chegar às mesmas conclusões da Controladoria-Geral da União no que diz respeito às ilegalidades que aparentemente emanam, por si só, de tais procedimentos (fonte autônoma/independente).

Até mesmo porque aqueles tais relatórios não vinculam o órgão ministerial, sobretudo por não se tratarem de prova cabal; esta, aliás, se existente, defluirá dos próprios Procedimentos Licitatórios de nº 1.837/2005 (Concorrência Pública nº 07/2005); nº 1.838/2005 (Concorrência Pública nº 08/2005) e nº 829/2008 (Licitação nº 37/2008), nos quais se aduz ter havido a prática de atos de improbidade pelo réu-agravante.

Assim, não há ilegalidade em todo o acervo probatório, pois possível a dissociação dos elementos de prova não contaminados pela nulidade que acometeu as interceptações telefônicas, fato que, entretanto, não veda o atendimento do pedido subsidiário do agravante, no sentido de desentranhamento das provas produzidas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5, no bojo do qual foram produzidas as interceptações consideradas nulas.

De julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º e 2º vogais (Des. Marcos Brito e Des. Vilson Bertelli) após o relator dar parcial provimento ao recurso.

VOTO (EM 28/03/2018)

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto por Eduarte Dias Leite, na ação civil pública de improbidade administrativa, de nº 0804503-35.2011.8.12.0002, em que contende com o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

A decisão objurgada recebeu a inicial em todos os seus termos, determinando o processamento da Ação de Improbidade Administrativa e a citação dos réus, após dentre outra matéria, afastar a nulidade das provas que embasam a ação (p. 54-59), ao passo que o agravante pretende por esta via recursal a rejeição da petição inicial da ação civil pública, em razão da nulidade das provas que a embasam, ou, subsidiariamente,

o desentranhamento de toda prova carreada pelo autor decorrente do procedimento de monitoramento telefônico nº 002.07.105083-5, bem como das provas decorrentes, declaradas nulas inclusive pelo STJ (p. 01-32).

O i. Relator por seu turno conhece do recurso interposto por Eduarte Dias Leite e dá parcial provimento, apenas para determinar o desentranhamento das provas produzidas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5, no bojo do qual foram produzidas as interceptações telefônicas consideradas nulas.

Pois bem, a questão apurada na ação de improbidade decorre da prática de atos ímprobos, consistentes no enriquecimento ilícito, em virtude de contratações fraudulentas firmadas com o Poder Público, sem observância do procedimento licitatório regular, que lhes proporcionaram lucros excessivos, no prejuízo ao erário, com a prática de atos que impediram a contratação da proposta mais vantajosa, frustrando a licitude dos procedimentos de licitação, bem como, na afronta aos princípios da Administração Pública, ao desrespeitarem as regras do certame, em especial à publicidade dos atos oficiais.

Estes desvios, segundo a inicial, são vislumbrados a partir das apurações conduzidas pela Polícia Federal, na investigação conhecida por Operação *Brothers*, em que constatou a existência de uma organização criminosa, comandada pelos Réus Eduarte Dias Leite e Everaldo Leite Dias, que praticavam crimes em detrimento da Administração Pública, ao fraudarem procedimentos de licitação, objetivando a formalização de contratos, nas mais diversas áreas, entre as empresas das quais figuram como sócios e Municípios.

O inquérito policial, registrado sob o nº. 115/2009, apurou a ocorrência de ilícitos, os quais configuram atos de improbidade administrativa, enquadrados na Lei nº. 8.429/92, constatando que os réus deram causa à fraude ou contribuíram para que esta ocorresse, em procedimentos de licitação do Município de Dourados, especificamente: Concorrência 07/2005, Processo nº. 1837/2005; Concorrência 08/2005, Processo nº. 1838/2005; Tomada de Preços 51/2008, Processo Licitação nº. 829/2008.

Ademais, para tanto, estaria comprovada a concessão de vantagens indevidas a servidores públicos e agentes políticos, com o propósito de manter os contratos firmados e também objetivando o favorecimento nas contratações e nos pagamentos a serem efetivados pelo Poder Público.

O relatório de análise de material apreendido efetuado pela Controladoria-Geral da União, decorre da solicitação efetivada no IPL 115/2009 DPF/DRS/MS, de 13/07/2009, tanto que resta consignada a devolução dos documentos fornecidos e encaminhamento da respectivas análises técnicas, as quais subsidiaram os autos de Inquérito Policial de nº 115/2009 (Processo nº 002.09.1003115) (p. 483 – autos de origem).

As concorrências investigadas nos autos de origem limitam-se às seguintes e são questionadas pela Controladoria-Geral da União nos seguintes pontos:

Concorrência 07/2005, Processo nº. 1837/2005 – contratação de prestação de serviço de Transporte Escolar do Ensino Fundamental para atender a Secretaria Municipal de Educação com recursos do Fundef (p. 09-19). A Controladoria-Geral da União manifesta-se em atenção ao IPL 115/2009 DPF/DRS/MS às páginas 489-494 – autos de origem, indicando, em suma, ressalvas na regularidade do certame e degravações de áudios, datados de 04/11/2008, às 15:11:12 hs, 12/02/2008, às 10:09:12 hs, e transcrições de depoimentos prestados à Polícia Federal, em 07/07/2007 e 08/07/2009, prestados respectivamente por Everaldo Leite Dias e Jorge Hamílton Marques Torraca;

Concorrência 08/2005, Processo nº. 1838/2005 – contratação de serviços de limpeza pública em Dourados (p. 19-27). A Controladoria-Geral da União manifesta-se em atenção ao IPL 115/2009 DPF/DRS/MS às páginas 500-504 – autos de origem, indicando, em suma, a intensa proximidade entre as empresas envolvidas, bem como os documentados apresentados para habilitação e a duração do contrato;

Tomada de Preços 51/2008, Processo Licitação nº. 829/2008 – contratação de serviços de recuperação ambiental nas margens do Córrego Água Boa (p. 27-30). A Controladoria-Geral da União manifesta-se em atenção ao IPL 115/2009 DPF/DRS/MS às páginas 504-515 – autos de origem, indicando, em suma, ressalvas na regularidade do certame e gravações de áudios, datados de 08/01/2009, às 10:40:55 hs, 03/02/2009, às 08:27:29 hs, 09/04/2009, às 11:18:59 hs, 12/06/2009, às 16:47:42 hs e transcrições de diversos depoimentos prestados à Polícia Federal.

Assim, conforme consignado pelo i. Relator e se observa acima não houve menção das escutas telefônicas declaradas nulas, e sim do Inquérito Policial de nº 115/2009 (Processo nº 002.09.1003115), e as informações complementares decorrem do próprio exame dos procedimentos administrativos licitatórios.

Diante do exposto, acompanho o i. Relator para dar parcial provimento, determinando apenas o desentranhamento das provas produzidas no Pedido de Providências nº 002.07.105083-5.

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (2º Vogal)

Conforme relatado, trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Eduarte Dias Leite contra decisão de recebimento da inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, autos de processo nº 0804503-35.2011.8.12.0002 da 3ª Vara Cível da comarca de Dourados.

O douto relator deu parcial provimento ao recurso, apenas para determinar o desentranhamento das provas produzidas no pedido de providências nº 002.07.105083-5, no bojo do qual foram produzidas as interceptações telefônicas consideradas nulas.

O 1º Vogal, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, acompanhou o relator.

Na hipótese, o Ministério Público Estadual ajuizou a ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra Alziro Arnal Moreno, Cândido Segovia Vilharva, Carlos Ioris, Carlos Roberto Assis Bernardes, Cezário de Figueiredo Neto, Cristiane Moreira, Darci Caldo, Eduarte Dias Leite, Edvaldo Dias Leite, Everaldo Leite Dias, Isaias de Paula Deus, Jorge Hamilton Marques Torraca, José Ciro Teixeira, Manoel Belarmino Pena, Maria Aparecida da Silva, Nely Antônia Olsen Vieira, Silverio Gonçalves Diniz Filho, Teruo Hato, Pena & Belarmino Ltda, Nisseitur Agência de Viagens e Turismo Ltda, Viação Indatur Ltda, Jangada Transportadora de Cargas e Passageiros Ltda ME, Cristiane Moreira ME, Viação Dourados Ltda, Georges & Celesque Ltda e Rima Ambiental Ltda.

O autor imputa-lhes a prática de atos ímprobos, consistentes no enriquecimento ilícito, em virtude de contratações fraudulentas firmadas com o Poder Público, sem observância do procedimento licitatório regular, proporcionando-lhes lucros excessivos e frustrando a licitude dos procedimentos de licitação, acarretando prejuízo ao erário, bem como, na afronta aos princípios da Administração Pública, ao desrespeitarem as regras do certame, notadamente no que respeita à publicidade dos atos oficiais. Em relação à fraude em licitações, os fundamentos se restringem aos relatórios apresentados pelos técnicos da Controladoria-Geral da União, a partir de perícia em processos de licitação.

O *Parquet* também argumenta a concessão de vantagens indevidas a servidores públicos e agentes políticos, com o propósito de manter os contratos firmados e também objetivando o favorecimento nas contratações e nos pagamentos a serem efetivados pelo Poder Público (corrupção). Essa causa de pedir, por sua vez, está fundamentada nas interceptações telefônicas consideradas prova ilícita.

Nesse contexto, o presente caso se difere de outro julgamento do qual participei (Embargos de Declaração nº 0603400-46.2012.8.12.0000/50000). Naquele julgamento, o Ministério Público Estadual havia fundamentado a causa de pedir da ação civil pública por ato de improbidade administrativa somente com as interceptações telefônicas, inexistindo forma de separar as provas consideradas ilícitas da causa de

pedir. Até mesmo os relatórios da CGU naquela demanda tiveram como base as interceptações telefônicas. Por isso, naquele julgado, não foi possível desmembrar as provas ilícitas e dar prosseguimento à ação. Aliás, os fatos daquela demanda também eram diferentes da presente, pois se tratavam de irregularidades no processo de arrendamento do Hospital Santa Rosa pelo Município de Dourados, com diferentes réus.

No presente caso, o Ministério Público Estadual apresenta fraudes nas licitações de serviço de transporte escolar, serviço de limpeza e recuperação ambiental. Para tanto, fundamenta a causa de pedir em relatórios apresentados pelos técnicos da Controladoria-Geral da União, a partir de perícia em processos de licitação.

Conforme salientado pelo Excelentíssimo Des. 1º Vogal, e consignado pelo douto Relator, as informações complementares decorrem do próprio exame dos procedimentos administrativos licitatórios (decorrentes do Inquérito Policial de nº 115/2009 (autos de processo nº 002.09.1003115), e não em razão das escutas telefônicas declaradas nulas (autos de processo nº 002.07.105083-5).

Assim, é possível o recebimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa em relação às alegações de fraudes na licitação.

Por sua vez, quanto ao pedido referente aos atos de corrupção, cuja causa de pedir fora exclusivamente fundamentada nas interceptações telefônicas declaradas prova ilícita, sem apontar outras provas, não é possível sua admissão, seguindo a doutrina dos frutos da árvore envenenada.

Dessa forma, convém não apenas o desentranhamento das provas (como decidido pelos pares), mas também é necessária a emenda da inicial pelo Ministério Público, adequando-a para individualizar os atos cometidos pelos réus que seriam qualificados como atos de improbidade, sem mencionar as provas consideradas ilícitas, de modo, inclusive, a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa pelos réus.

Sobre a possibilidade de emenda da inicial, com aplicação do art. 321 do Código de Processo Civil à ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência nesse sentido (REsp1.661.499/TO (2017/0060820-6), Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 15/05/2017 e REsp 1517012/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 10/08/2017).

Por isso, acompanho em parte os ilustres Des. Relator e 1º Vogal para, além de determinar o desentranhamento das provas consideradas ilícitas, determinar a emenda da inicial, conforme art. 321 do CPC, para o autor adequá-la com a individualização dos atos cometidos pelos réus que seriam qualificados como atos de improbidade, sem mencionar as provas consideradas ilícitas, de modo, inclusive, a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa pelos réus.

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

Em que pese as ponderações que fiz em meu voto acerca dos limites cognitivos do presente recurso, após ler atentamente o voto do 2º Vogal, Desembargador Vilson Bertelli, entendo por bem aderir à sugestão de S. Excia., no sentido de determinar, além do desentranhamento das provas nulas (interceptações telefônicas), a emenda da inicial, a fim de que, nos termos do art. 321, do CPC/15, ao se descrever os fatos que foram imputados aos réus, não se faça menção ao conteúdo das provas reconhecidas como ilegais.

Ressalto que, embora tivesse dificuldade, em razão dos limites da devolutividade, de vislumbrar margem cognitiva para a adoção de providência que, ao fim e ao cabo, aproveitará a outros réus, não agravantes, melhor refletindo, observo que a determinação de emenda à inicial, nos termos acima mencionados, em verdade, configura um corolário lógico e natural da determinação de desentranhamento da prova ilícita; cuidado este, aliás, que tornará ainda mais efetiva a decisão judicial ora tomada.

Além disso, não haverá margem para qualquer questionamento de ordem técnico-processual, pois o próprio art. 1.005, do CPC/15, estabelece que “*o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses*”.

Na questão ora discutida, vale frisar, não há, por parte dos demais corréus, interesses distintos ou opostos; ao contrário, há um interesse comum, que alcança inclusive o autor da ação, de se expurgar, em definitivo, quaisquer vestígios de ilegalidade que possam resultar da mácula que acometeu as interceptações telefônicas.

Assim, mais uma vez rendendo sincera homenagem à sempre apurada pertinência técnica do douto 2º Vogal, Desembargador Vilson Bertelli, modifico, em parte, o meu voto, para, embora mantendo o parcial provimento, o fazer em maior extensão, a fim de determinar, além do desentranhamento das provas ilícitas (interceptações telefônicas) – e como consequência natural desta providência –, que se emende a inicial, a fim de que, ao se descrever os fatos que foram imputados aos réus, não se faça menção ao conteúdo das provas declaradas ilícitas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com acréscimos do 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. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 28 de março de 2018.

2ª Câmara Cível**Apelação nº 0806139-54.2012.8.12.0017 - Nova Andradina****Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – AÇÃO DE REVISÃO DO CONTRATO C/C INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS NECESSÁRIAS REALIZADAS – INDENIZAÇÃO DO ART. 52, DA LEI Nº 8.245, DE 18/10/1991 – ALEGADA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE CLÁUSULAS DO CONTRATO – CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO PELA CONSTRUÇÃO DE COBERTURA NO IMÓVEL – IMPOSSIBILIDADE – LICITUDE DA CLÁUSULA DE RENÚNCIA – SÚMULA 335 DO STJ – ART. 35, DA LEI Nº 8.245 DE 18/10/1991 – VIOLAÇÃO AO ART. 52, DA LEI Nº 8.245, DE 18/10/1991 – INOCORRÊNCIA – ART. 373, INCISO I, DO CPC/2015 – RECURSO IMPROVIDO.

Controvérsia centrada na discussão sobre: direito do locatário em ser indenizado por cobertura feita no imóvel, por entender tratar-se de benfeitoria necessária, e violação do art. 52 da Lei 8.245 de 18/10/1991, com o consequente dever de indenizar o locatário pelos prejuízos e lucros cessantes que teve que arcar com a mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio.

O art. 35 da Lei nº 8.245 de 18/10/1991, prevê que existindo cláusula contratual expressa de renúncia do locatário ao direito de ser indenizado pelas benfeitorias que vier a realizar no imóvel, não terá ele o direito de pleiteá-las, nem de reter o bem, sendo lícita tal cláusula.

In casu, no contrato de locação celebrado entre as partes há previsão expressa e clara de que o locatário renuncia ao direito de retenção e à indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, tratando-se de cláusula lícita, não havendo que se falar em abusividade que justifique a revisão da mesma.

O art. 52, § 3º, da Lei nº 8.245 de 18/10/1991, dispõe que será cabível indenização em favor do locador caso não seja dado ao imóvel, o destino que justificou a sua retomada.

Não comprovação de que a locadora tenha pedido a retomada do imóvel, ou de que o tenha retomado para uso diverso ao justificado, o que impede por todos os ângulos, a indenização prevista no art. 52, §3º, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991.

Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários recursais.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de maio de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Antônio Enio de Souza apela da sentença proferida nos autos da Ação de Revisão de Contrato c/c Indenização por Benfeitorias Necessárias Realizadas em Imóvel Locado e Indenização do art. 52, da Lei nº 8245, de 18/10/1991, proposta contra Yasuko Goto, a qual julgou improcedentes os pedidos aduzidos na inicial, julgando também improcedente a Reconvenção proposta pela ora apelada.

Relata que interpôs a presente ação com o intuito de rever a cláusula VIII, alínea e, e a cláusula XII, ambas do contrato de locação celebrado entre as partes, para o fim de declará-las nulas, com a consequente condenação da apelada em indenizar o apelante pela cobertura feita no imóvel, por se tratar de uma benfeitoria necessária, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), valor que deve ser devidamente corrigido e acrescido de juros legais, bem como, de condenar a ré-apelada a indenizá-lo pela violação ao art. 52, §3º, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991.

Afirma que o art. 35, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, prescreve que as benfeitorias necessárias, autorizadas ou não, serão indenizadas, salvo disposição contratual em contrário.

Afirma que, de fato, o contrato firmado entre apelante e apelada, em sua cláusula XIII, veda a indenização de qualquer benfeitoria feita no imóvel, porém, não se pode olvidar que tal cláusula exonerativa caracteriza-se em enriquecimento sem causa por parte da requerida, visto que o mandamento legal impõe o pagamento das benfeitorias necessárias.

Aduz que se não tivesse feito a cobertura no imóvel, não teria como servir as refeições para sua clientela, tendo a própria apelada autorizado a construção, sem contudo, compensar a apelante pelo investimento, restando imperiosa a revisão das cláusulas do contrato, mencionadas no apelo.

Pondera, ainda, que a ré-apelada violou o disposto no art. 52¹, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, tendo em vista que retomou o imóvel, sem dar a ele o destino prometido, requerendo seja a ora requerida condenada também na indenização pelos prejuízos que sofreu com a perda do ponto.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença com o provimento dos pedidos aduzidos na inicial.

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente (f. 331-337).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso acerca: do direito do locatário em ser indenizado por cobertura feita no imóvel, por entender tratar-se de benfeitoria necessária; de violação do art. 52, da Lei nº 8.245, de

1 Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se: (...); II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente. 1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.

(...); 3º O locatário terá direito a indenização para ressarcimento dos prejuízos e dos lucros cessantes que tiver que arcar com mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio, se a renovação não ocorrer em razão de proposta de terceiro, em melhores condições, ou se o locador, no prazo de três meses da entrega do imóvel, não der o destino alegado ou não iniciar as obras determinadas pelo Poder Público ou que declarou pretender realizar.

18/10/1991, com o consequente dever de indenizar o locatário pelos prejuízos e lucros cessantes que teve que arcar com a mudança, perda do lugar e desvalorização do fundo de comércio.

Direito intertemporal – lei processual aplicável.

Registro que a intimação quanto à decisão recorrida ocorreu em 18/11/2016 (f.317), iniciando-se o prazo para recurso em 21/11/2016 (f.318), enquanto que o presente recurso foi interposto em 09/12/2016 (f.320).

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. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal.

Intróito

Infere-se da exordial que o autor-recorrente, relatou que firmou com a requerida um contrato de locação comercial por prazo determinado para vigor entre o período de 02 de julho de 2007 a 02 de julho de 2011, tendo como objeto a locação do imóvel situado na rua Santa Lúcia, n. 1.348, Centro, em Nova Andradina-MS.

Narrou que, referido imóvel foi locado pelo requerente para explorar atividade comercial relacionada ao fornecimento de alimentos e bebidas, a qual recebeu o nome fantasia de Toninho Bar e Restaurante - Comida Caseira.

Informou que para desenvolver suas atividades, realizou benfeitorias necessárias no referido imóvel, construindo uma cobertura no valor de oito mil reais (R\$8.000,00), que além de lhe gerar despesa, valorizou muito o ponto comercial da ré, ora apelada.

Relatou que após o fim do prazo do contrato, este foi renovado verbalmente, ocorrendo porém, inesperadamente, o pedido de devolução do imóvel por parte da ora apelada, sobre o pretexto de utilizá-lo pessoalmente.

Na sequência, alegou que teve que procurar outro ponto comercial para o seu negócio, sendo portanto prejudicado por não receber da ré-apelada, o valor referente à benfeitoria realizada e, além disso, não foi dado ao imóvel o destino que serviu de motivo para a retomada.

Assim, requereu em sua ação, a revisão de cláusulas do contrato, com a consequente condenação da ré em indenizá-lo pelas benfeitorias necessárias realizadas, no montante de R\$8.000,00 (oito mil reais), devendo ser o valor atualizado e corrigido, bem como, fosse a mesma condenada a indenizar o requerente pelos prejuízos que sofreu com a perda do ponto, conforme preleciona o art. 52, da Lei 8.245 de 18/10/1991.

Em contestação, a apelada aduziu que a parte em nenhum momento comprovou as despesas de mudança de estabelecimento comercial, tampouco, carrou orçamento referente aos alegados gastos efetuados com a benfeitoria (f. 70-89).

Sustentou que quem rescindiu o contrato unilateralmente foi o ora apelante, na data que ele informou, e não na data em que a apelada supostamente teria requerido a devolução, informando, ainda que o apelante havia se comprometido a efetuar reparos e a pintura do imóvel, o que não ocorreu.

Ponderou que o autor-apelante interpôs a presente ação para se esquivar de suas obrigações para a entrega o imóvel, aduzindo que o imóvel está fechado até hoje pelo fato de estar aguardando a reforma prometida pelo requerente.

Alega que as provas juntadas aos autos demonstram a má-fé do autor-apelante, já que se pode verificar pela Junta Comercial (f. 39) que, um mês antes da data que o autor afirma que a ré rescindiu o contrato do imóvel para uso próprio, aquele já havia pedido a modificação de endereço de seu estabelecimento.

Afirmou que resta demonstrado que o autor-apelante na verdade abandonou o imóvel, mudando de endereço e entregando as chaves sem os reparos necessários, e tenta na verdade, através da presente ação, ludibriar o judiciário com a inversão do ônus, atribuindo à ré-apelada a responsabilidade pela rescisão.

A apelada apresentou reconvenção às f. 27-34, requerendo a condenação do apelante nos valores necessários para a reforma do imóvel, bem como, no valor de vinte e um mil reais (R\$ 21.000,00) equivalente às multas contratuais indicadas.

Ao julgar a demanda, o Juízo *a quo*, concluiu pela improcedência dos pedidos formulados na preambular e também da reconvenção, condenando ambos ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Neste contexto, o autor Antônio Enio de Souza, apresentou recurso, requerendo a reforma da sentença para que seja reconhecido o alegado direito em ser indenizado pelas benfeitorias, no valor de oito mil reais (R\$ 8.000,00), que deve ser corrigido e, na indenização pelos prejuízos e lucros cessantes que aduz ter tido de arcar com a rescisão do contrato.

Da impossibilidade de revisão de cláusulas do contrato com a condenação à indenização pela construção de cobertura no imóvel.

A controvérsia no caso prende-se acerca da alegada possibilidade de revisão das cláusulas do contrato de locação assinado pelas partes a fim de que seja a ré-apelada compelida a indenizar o apelante no valor de oito mil reais (R\$ 8.000,00), referente à construção de uma cobertura no imóvel.

Denota-se dos autos que o imóvel foi alugado com objetivo de ser utilizado para o funcionamento de um restaurante, sendo o contrato devidamente assinado pelas partes (f.12-13), onde se verifica a presença de cláusula que prevê o direito de incorporação do imóvel às benfeitorias realizadas com a autorização do locador, senão vejamos:

XII) Indenização e Direito de Retenção – Toda e qualquer benfeitoria autorizada pelo Locador, ainda que útil ou necessária, ficará automaticamente incorporada ao imóvel, sem prejuízo do disposto na letra “c”, da cláusula oitava deste instrumento, não podendo o locatário pretender qualquer indenização ou ressarcimento, bem como arguir direito de retenção pelas mesmas.

Da leitura do art. 35, da Lei nº 8.245 de 18/10/1991, depreende-se que existindo cláusula contratual expressa de renúncia do locatário ao direito de ser indenizado pelas benfeitorias que vier a realizar no imóvel, não terá ele o direito de pleiteá-las, nem de reter o bem, sendo lícita tal cláusula.

Sobre a questão, trago à baila a orientação da Súmula 335, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.”

No mesmo sentido, a jurisprudência da Corte Superior:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. PERÍCIA NO IMÓVEL. INUTILIDADE, NO CASO EM TELA. SÚMULA 7/STJ. ART. 35 DA LEI 8.245/91. BENFEITORIAS. CLÁUSULA EXPRESSA QUANTO AO NÃO REEMBOLSO OU INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 335/STJ. REVISÃO. SÚMULA 5/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...)

2. O comando legal do art. 35 da Lei 8.245/91, em sua primeira parte, prevê que as benfeitorias podem ser alvo de indenização, na hipótese de não haver disposição contratual expressa, em sentido contrário.

3. Nos termos da Súmula 335/STJ: “Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.” 4. Tendo o Juízo afastado a pretensão indenizatória, em razão de existir cláusula expressa em contrato quanto ao não reembolso ou indenização por benfeitorias, é inviável a desconstituição de convicção firmada com base na interpretação de cláusulas contratuais. Incidência do óbice da Súmula 5 do STJ. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 45.970/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 18/02/2015)”. Destaquei

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS, MULTA CONTRATUAL E DEMAIS ENCARGOS DA LOCAÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS RÉUS.

(...)

3. Não obstante o art. 35 da Lei 8.245/91 assegure ao locatário o direito de indenização e retenção pelas benfeitorias, é válida a cláusula inserida nos contratos de locação urbana de renúncia aos benefícios assegurados, a teor da súmula 335/STJ. Hipótese em que os recorrentes renunciaram expressamente ao seu direito. Precedentes. (...)” (STJ, AgRg no AREsp 101712/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Data do Julgamento 03/11/2015).

Na espécie, o contrato de locação celebrado entre as partes prevê expressa e claramente que o locatário renuncia ao direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, que conforme dito na jurisprudência citada, trata-se de cláusula lícita, não havendo que se falar em abusividade que justifique a revisão da mesma.

Assim, havendo a renúncia expressa do apelante ao direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel objeto do contrato celebrado entre as partes, não há que se falar em indenização pelas mesmas.

Do Pedido de indenização previsto no art. 52, §3º, da Lei 8.245 de 18/10/1991

Aduz o apelante que a ora requerida violou os parâmetros previstos no art. 52, § 3º, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, já que neste dispositivo está previsto que será cabível indenização em favor do locador caso não seja dado ao imóvel, o destino que justificou a sua retomada.

De uma minudente análise dos autos, verifico que referido pedido também não merece prosperar.

Vislumbra-se que o autor não comprovou os requisitos do § 3º, do art. 52, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, para fins de ressarcimento de eventuais prejuízos, e dos lucros cessantes, com a desvalorização do fundo de comércio

Como bem delineado pelo Juiz *a quo*:

“Não há indicação de nenhuma prova capaz de demonstrar que efetivamente foi a ré quem solicitou a devolução do imóvel. Pelo contrário, a documentação juntada nas fls. 93/94, revela que em 09 de maio de 2012 o autor requereu a alteração do endereço de sua empresa perante a Junta Comercial, o que torna duvidosa a tese narrada na inicial, haja vista a incongruência de se requerer a alteração do endereço empresarial antes mesmo que a requerida solicitasse a desocupação do imóvel, pois conforme aduziu o autor a suposta solicitação do imóvel ocorreu em 02 de junho de 2012. Ademais, ainda que restasse comprovado que a ré quem requereu a desocupação do imóvel locado pelo autor, não restou comprovada a existência dos efetivos prejuízos e lucros cessantes sofridos por ele.”

Ademais, somente por amor ao debate, vale ressaltar que quanto ao direito de impedir a renovação de contrato de locação para utilização do imóvel para si, é de salientar que o locador tem a seu favor a presunção *iuris tantum* de sinceridade do pedido de retomada do imóvel, deixando a cargo do locatário, o ônus da prova para elidir tal presunção.

O locador que pede a retomada do imóvel para uso próprio tem, a seu favor, a presunção de boa-fé. Trata-se de corolário de seu direito de propriedade, a assegurar o uso, gozo e disposição do bem.

Este é o entendimento jurisprudencial:

“Ao formular o pedido de retomada, o locador não deduz fato que precise ser provado. A alegação de insinceridade desse pedido é que o haverá de ser. CPC art. 333” (STJ - 3ª Turma, Resp 5.787-SP, rel Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.03.91, não conheceram, v.u., DJU 15.04.91, p.4.299). (Colacionada por Theotonio Negrão, na obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 33ª edição, Editora Saraiva). (pág.1601).

“Assim, resta evidente que o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, conforme determina o inciso I, do art. 333, do Código de Processo Civil/2015, é do autor, ora apelante.”

Na espécie, se vislumbra que o apelante não se desincumbiu do seu ônus, pois não demonstrou que de fato foi a ora apelada quem pediu a retomada do imóvel e no caso, se houvesse realmente pedido, não ficou demonstrado que esta tenha retomado o mesmo para uso diverso ao justificado, o que impede por todos os ângulos a indenização requerida.

Segundo lição de José Frederico Marques, *in* Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, p. 194:

“A necessidade de provar para vencer, diz WILHELM KISCH tem o nome de ônus da prova. Não se trata de um direito ou de uma obrigação, e sim de ônus, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos da sua falta e omissão”.

O impedimento à concessão, em seu favor, da tutela jurisdicional, reside, também, no fato de que o direito do inquilino à renovação do contrato de locação de imóvel destinado ao comércio não é absoluto, e nem mesmo poderia sê-lo, sob pena de obstacularizar, ou talvez desnaturar, o próprio direito de propriedade do locador. Assim, presume-se que mais uma vez agiu com o acerto o magistrado singular, na medida que

indeferiu o pedido de indenização previsto no art. 52, § 3º, da Lei nº 8.245, de 18/10/1991, já que não há que se falar em ressarcimento dos alegados prejuízos sofridos com a perda do ponto.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto por Antônio Enio de Souza mas nego-lhe provimento.

Nos termos do §11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (dupla conforme), bem como, o trabalho adicional realizado (v.g., f.331-337), majoro os honorários de sucumbência para treze cento (13%) sobre o valor atualizado da causa, *ex vi* o disposto no §2º do referido dispositivo legal, ressalvados os benefícios da gratuidade judiciária.

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. 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, 09 de maio de 2018.

2ª Câmara Cível**Remessa Necessária nº 0800371-67.2015.8.12.0042 - Campo Grande****Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira**

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – RENÚNCIA DE USUFRUTO SEM MORTE DO USUFRUTUÁRIO – ITCMD – FATO GERADOR NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA.

Controvérsia centrada na discussão da possibilidade ou não do Fisco Estadual cobrar ITCMD em razão da renúncia de usufruto.

De acordo com o art. 35 do CTN, à luz da Constituição Federal (art. 155, inciso II) e do art. 121 do Código Tributário Estadual, o ITCMD – Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação incide apenas na hipótese de transmissão de quaisquer bens ou direitos por *causa mortis* ou por doação. Assim, em se tratando de renúncia de usufruto sem morte da usufrutária, descabe a exação, principalmente considerando que, nesse cenário, inexistente transferência, tampouco *causa mortis* ou doação, enfim fato gerador do tributo.

Remessa necessária conhecida e não provida. Sentença mantida.

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, sentença mantida em reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de junho de 2018.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de Remessa Necessária de sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Mandado de Segurança impetrado por Giovana Delgado Fornari Pereira, Juliana Fátima Delgado e Réus Antonio Sabedotti Fornari contra ato do Superintendente de Administração Tributária de Mato Grosso do Sul, sustentando, em síntese, que buscaram averbar a renúncia ao usufruto vitalício registrado na matrícula do imóvel denominado Fazenda Santa Tereza, sob nº. 15.379, no CRI Rio Verde de Mato Grosso/MS. Contudo, houve negativa de averbação sob o fundamento de que haveria incidência de ITCMD, sendo apurado pelo Fisco Estadual o crédito tributário de R\$ 47.115,32.

Sustentam que a exigência de recolhimento de dito tributo pelo Fisco Estadual é ilegal, tendo em vista a inexistência de previsão legal no Código Tributário Estadual para incidência do ITCMD na renúncia do usufruto.

Requerem a concessão da liminar para que a autoridade impetrada se abstenha de exigir o referido tributo e para que possam realizar a averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis sem que tenham que comprovar o recolhimento. Ao final, requerem a concessão definitiva da segurança, para que se abstenha de cobrar o pagamento do ITCMD em razão da renúncia de usufruto dos impetrantes; e para que seja declarada indevida a cobrança do referido imposto relacionado a renúncia de usufruto (f. 01-18).

Sentença: concedeu a segurança para, confirmando a liminar, determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o pagamento do ITCMD em razão da renúncia de usufruto vitalício dos impetrantes sobre o imóvel denominado Fazenda Santa Tereza, matriculado sob nº. 15.379, no CRI Rio Verde de Mato Grosso/MS.

Sem custas e sem honorários

Determinou que os autos fossem remetidos a este Tribunal para reexame necessário da sentença (f. 170-173).

Parecer do Ministério Público: da lavra do eminente Procurador de Justiça Belmires Soles Ribeiro, opinou pelo conhecimento e não provimento da remessa necessária, ratificando a sentença (f. 224-229).

VOTO

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

Controvérsia centrada na discussão da possibilidade ou não do Fisco Estadual cobrar ITCMD em razão da renúncia de usufruto.

Não incidência de ITCMD sobre renúncia de usufruto

A sentença em reexame consignou que “a renúncia ao usufruto não está inserida no rol das hipóteses de incidência do ITCMD”, frisando, ainda, que “o usufruto se extingue com o cancelamento do registro no Cartório, pela renúncia ou morte do usufrutuário, mas não gera a transferência do bem imóvel ou do direito. Ocasiona apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário, sem existir transmissão” (f. 172).

De acordo com a lei, o ITCMD – Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação incide na hipótese de transmissão de quaisquer bens ou direitos por *causa mortis* ou por doação, conforme prevê o art. 35 do CTN¹ - Lei nº 5.172, de 25/10/1966 – à luz da Constituição Federal (art. 155, II).

No mesmo tom a previsão do Código Tributário Estadual – Lei nº 1.810, de 22/12/1997 –, que, em seu artigo 121, expressamente dispõe que “o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de

1 Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

quaisquer bens ou direitos - ITCD incide sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos” e, em seu artigo 122, prevê:

Art. 122. A incidência do ITCD alcança as seguintes mutações patrimoniais:

I - sucessão legítima e testamentária, inclusive na instituição e substituição do objeto do fideicomisso;

II - na cessão, renúncia ou desistência, em favor de pessoa determinada ou quando já praticado algum ato de aceitação de herança;

III - doação, ainda que a título de adiantamento da legítima;

IV - instituição de usufruto por ato não oneroso e sua extinção por falecimento do usufrutuário;

V - na desigualdade de valores da partilha, como a decorrente de inventário, arrolamento, separação ou divórcio. (g.n.)

Observa-se que o fato gerador do imposto, portanto, consubstancia-se em transmissão correspondente a duas formas muito bem delineadas na legislação pertinente: sucessão *causa mortis* ou por doação, enfim, nenhuma das hipóteses vislumbradas no caso versando, que aborda renúncia de usufruto sem morte da usufrutuária.

Ademais, é sabido que o usufruto se extingue com o cancelamento do registro no Cartório, pela renúncia ou morte do usufrutuário, mas não gera a transferência do bem imóvel ou do direito. Ocasiona apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário, sem existir transmissão.

Em situações tais sequer há que se falar em transferência, tampouco *causa mortis* ou doação. Por corolário, inexistindo o fato gerador do ITCMD, o direito líquido e certo dos impetrantes é patente.

Oportuno trazer à colação o posicionamento adotado por este Tribunal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1600006-83.2013.8.12.0000, Relator Des. Dorival Renato Pavan, perfeitamente aplicável ao caso em pauta:

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO APLICÁVEL NA ESPÉCIE – ESTADO QUE, AO CONTESTAR, ENCAMPOU O ATO COATOR – PRELIMINAR REJEITADA.

I) Aplica-se a teoria da encampação, afastando-se a alegação de ilegitimidade passiva, se o Estado de Mato Grosso do Sul, ao contestar o mandamus, defende amplamente a legalidade e o mérito do ato impugnado.

II) Preliminar rejeitada, contra o parecer.

MÉRITO. RENÚNCIA DE USUFRUTO SEM MORTE DO USUFRUTUÁRIO. ITCMD. FATO GERADOR DO IMPOSTO NÃO CONFIGURADO. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM CONCEDIDA.

I) Na forma do art. 35 do CTN à luz da Constituição Federal (art. 155, II) e do art. 121 do Código Tributário Estadual, o ITCMD – Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação é imposto que incide na hipótese de transmissão de quaisquer bens ou direitos por causa mortis ou por doação.

II) O usufruto se extingue com o cancelamento do registro no Cartório, pela renúncia ou morte do usufrutuário, mas não gera a transferência do bem imóvel ou do direito. Ocasiona apenas a consolidação plena da propriedade nas mãos do nu-proprietário, sem existir transmissão.

III) Hipótese de renúncia de usufruto sem morte da usufrutária, como forma de pagamento na compra de um outro imóvel rural, não havendo que se falar em transferência, tampouco causa mortis ou por doação, de sorte que, inexistindo o fato gerador do ITCMD, é direito líquido e certo o registro da compra/venda sem apresentar guia de recolhimento do imposto cobrado indevidamente.

IV) Liminar confirmada e segurança concedida, com o parecer.”

Por outro lado, não figurando a extinção do usufruto por renúncia no rol de exação, não há como revesti-la ou assemelhá-la à natureza jurídica de doação.

Conforme ensina Silvio Venosa, “*muitas situações com sentido de liberalidade, não se convertem em doação, ora porque lhes falta o ânimo de doar, ora porque não ocorre a diminuição do patrimônio do doador...A renúncia de direitos...não configura doação, salvo expressa ressalva legal ou vontade do doador*”².

Ademais, “*o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei*” (art. 108, § 1º, CTN).

Diante do exposto, com o parecer, conheço a remessa necessária mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, sentença mantida em reexame necessário, 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, 20 de junho de 2018.

² in Direito Civil – Contratos em Espécie. SP: Atlas. 6ª ed., p. 106.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0813659-45.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO POPULAR – NULIDADE DO DECRETO LEGISLATIVO N. 1.759/2014 – PREFEITO MUNICIPAL – CASSAÇÃO DE MANDATO – INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA – ALEGAÇÃO DE VÍCIOS DE ORDEM FORMAL E MORAL NO PROCESSO DE CASSAÇÃO – NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – BINÔMIO ILEGALIDADE-LESIVIDADE DO ATO A INVALIDAR – VÍCIO FORMAL E LESIVIDADE À MORALIDADE ADMINISTRATIVA (VÍCIO MORAL) – NÃO DEMONSTRADOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Reforma-se a sentença que julgou procedente a ação popular anulando o Decreto Legislativo n. 1.759/2014, porquanto ausentes os requisitos específicos para procedência do remédio constitucional, quais sejam, ilegalidade do ato a invalidar e lesividade à moralidade administrativa.

A ação popular é instrumento processual coletivo, disciplinado pela Lei n. 4.717/65, sendo seu principal objetivo a defesa dos interesses do povo, em que qualquer cidadão tem a legitimidade para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com vistas à proteção do interesse da coletividade.

Em sede de ação popular é imprescindível para a procedência do pedido inicial a comprovação de requisitos específicos, tais como ser o proponente da ação popular cidadão brasileiro; haver ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar; e ocorrer a demonstração de sua lesividade.

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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que negava provimento. Julgamento nos moldes do art. 942 do CPC.

Campo Grande, 3 de abril de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Câmara Municipal de Campo Grande contra a sentença (f. 4.940-4.966) proferida nos autos da Ação Popular em epígrafe.

A apelante aduz, em síntese, que:

Ao revés, as provas produzidas em juízo demonstram que os trabalhos conduzidos pela Comissão Processante estão acobertados pelo manto da legalidade, e que as infrações político-administrativas imputadas ao Prefeito Alcides Bernal se basearam em contundentes elementos de prova a justificar a cassação do seu mandato. (f. 4.982)

Destarte, é cristalino o equivocado entendimento adotado na sentença, em relação à aplicação do Regimento Interno ao procedimento adotado pela Comissão Processante, eis que ela se pautou fielmente ao previsto no Decreto-lei n. 201/67. (f. 4.984)

Não existe qualquer fundamento jurídico que justifique a aplicação do Regimento Interno em detrimento ao procedimento previsto no Decreto-lei n. 201/67, que, frisa-se, foi cumprido com exatidão pela Câmara Municipal de Campo Grande. (f. 4.984)

Por estas razões, vê-se que não é verdadeira a alegação de cerceamento de defesa porquanto o documento foi apresentado na sessão de julgamento, embora não tenha sido determinante para o resultado da sessão de cassação. (f. 4.985)

Não merece prosperar a tese de que houve cerceamento de defesa em razão de indeferimento do adiamento da sessão marcada para ouvir o Prefeito Alcides Bernal. (f. 4.986)

Do exposto, infere-se que se estivesse presente o alcaide perante dois membros da Comissão Processante, poder-se-ia se aproveitar o ato e ouvi-lo apenas com a participação dos dois membros, conforme se entendeu no mandado de segurança em epígrafe. (f. 4.986)

Desta feita, em que pese os argumentos tecidos na sentença, vê-se que não há o vício formal. (f. 4.986)

Portanto, carece de consistência jurídica a afirmação de que os vereadores possuíam motivação pessoal para cassar o prefeito Alcides Bernal. Não se pode falar em motivação pessoal quando na realidade o que existia eram combates de cunho político entre o prefeito e alguns parlamentares. (f. 4.988)

Com efeito, resta clara a ausência de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade da Câmara de Vereadores a justificar a declaração de nulidade do Decreto Legislativo n. 1759/2014 por parte do Poder Judiciário. O processo de cassação se desenvolveu com pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, pautou-se estritamente pela legalidade e em total conformidade com os motivos determinantes do ato de cassação. (f. 4.992)

Ao final, requer “seja integralmente reformada a sentença da ação popular, que anulou o Decreto Legislativo n. 1.759/14, em virtude da total inexistência de vícios no procedimento político-administrativo de cassação de mandato do Prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.” (f. 4.992)

Devidamente intimados, os apelados deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões recursais (f. 5.061).

A Procuradora-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 5.081-5.087 pugnando pelo “conhecimento e desprovemento do recurso de apelação, a fim de ser mantida inalterada a sentença, por seus próprios fundamentos.”

VOTO (EM 20/02/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pela Câmara Municipal de Campo Grande contra a sentença (f. 4.940-4.966) proferida nos autos da ação popular em epígrafe.

A presente ação popular tem como objeto a anulação do Decreto Legislativo n. 1.759/2014, que cassou o então Prefeito de Campo Grande, Alcides Jesus Peralta Bernal, sob a alegação de que o processo que lhe suprimiu o mandato encontra-se eivado de irregularidades.

No caso, sustentou-se na inicial a existência de vícios formais, quais sejam: cerceamento de defesa pela recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo e pertinente com os fatos levados a julgamento; cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade para ouvir o Prefeito Municipal no procedimento de cassação; e, ausência de licença especial para processar o Prefeito Municipal (violação ao artigo 41, § 3º, IV, do Regimento Interno da Câmara Municipal).

Restou alegada, de outro lado, a ocorrência de vícios de ordem moral por parte dos vereadores que participaram do processo de cassação, sob o fundamento de que estes não atuaram com imparcialidade e isenção quando da votação, visto que, supostamente, teriam proferido voto em desfavor do então prefeito em troca de benefícios pessoais e em defesa de seus interesses privados.

Em sede de tutela antecipada, pugnou-se pela imediata suspensão do Decreto Legislativo n. 1.759/2014.

O juízo de origem deferiu a medida liminar (f. 1.257-1.266).

Em decisão definitiva, este colegiado cível, inclusive com o voto desempate proferido por este relator, lavrou acórdão no agravo de instrumento de n. 1405631-42.2014.8.12.0000¹, manejado pela Câmara de Vereadores, negando provimento ao recurso, e mantendo, portanto, a decisão liminar de primeiro grau que determinou a volta do prefeito eleito ao cargo (f. 3.557).

Os requeridos Rosiane Modesto de Oliveira, Câmara Municipal de Campo Grande, João Batista da Rocha, Edil Afonso Albuquerque, Francisco Almeida Teles, Ademar Vieira Júnior, Carla Charbel Stephanini, Eduardo Pereira Romero, Flávio César Mendes de Oliveira, Gilmar Nery de Souza, Gilmar Antunes Olarte apresentaram contestação às f. 3521-3524, 3.630-3.641, 3.823-3.837, 3.847-3.852.

Os demais réus não se manifestaram, sendo certificada as suas respectivas revelias (f. 3.865).

Após a apresentação de alegações finais (f. 4.476-4.478, 4.488-4.503, 4.504-4.517, 4.518-4.528, 4.529-4.532, 4.533-4.535, 4.541-4.557, 4.573-4.576), o representante do Ministério Público, atuante em primeira instância (f. 4.563-4.568), opinou pelo reconhecimento da nulidade do Decreto Legislativo n. 1.759/2014, face aos vícios de legalidade e de moralidade na edição do ato.

Diante deste cenário, o juízo *a quo* prolatou a sentença recorrida, a qual concluiu pela procedência da ação popular para fins de anular o Decreto Legislativo n. 1.759/2014 que cassou o, à época, Prefeito Municipal Alcides Jesus Peralta Bernal, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida.

A sentença atacada, naquilo que interessa à solução da lide, encontra-se vertida nos seguintes termos:

Questões preliminares.

Ao longo das 4.939 páginas deste processo, os autores, os litisconsortes ativos, os 25 requeridos e o Ministério Público participaram ativamente da construção dos autos. Tiveram ciência de todo o conteúdo do processo, inclusive daquele que consta das mídias

¹ Autos n. 1405631-42.2014.8.12.0000. Disponível em <https://www.tjms.jus.br>

digitais1, e apresentaram 2 suas manifestações, alguns arguindo questões incidentes e questões preliminares. Todas estas questões incidentes e preliminares foram decididas nas decisões saneadoras prolatadas no curso do processo e que se encontram às f. 1.741/1.742, 3.598/3.602, 3.618 e 4.065/4.073.

Nas alegações finais, alguns dos requeridos trouxeram questão nova, não questionada em momentos anteriores e sobre a qual se operou a preclusão consumativa, a teor do que dispõe o art. 278 e o art. 507 do CPC/2015. Reclamaram contra o uso de prova emprestada das investigações feitas pelo Gaeco.

A requisição desta prova emprestada foi feita às f. 1.742, em 15/04/2015, ainda sob a égide do Código de Processo Civil anterior, e não foi objeto de recurso. Em 05/10/2015, às f. 3.602, ainda sob a égide do Código de Processo Civil anterior, renovou-se a determinação de remessa da integralidade da investigação do Gaeco.

Todos os requeridos tiveram tempo para impugnar as provas coletadas e silenciaram.

Não há, portanto, espaço para se questionar tardiamente contra o uso de procedimentos investigatórios anexados aos autos, aos quais, repita-se, os requeridos tiveram acesso e mais, com a possibilidade de questionar os elementos colhidos ou a decisão dada. Não o fizeram antes e não o podem fazer agora, conforme previsão do art. 1.047 do CPC/15 que diz o seguinte:

[...]

Por estes motivos, não conheço da preliminar de impossibilidade de uso de prova emprestada, levantada nas alegações finais. Quanto às demais preliminares, reporto-me à decisão saneadora de f. 4.065/4.073.

Resta, portanto, o mérito.

Mérito.

Considerações necessárias sobre fatos incontroversos.

Convém realçar, antes de mais nada, que foi determinado à Câmara Municipal que apresentasse cópia da ata de sorteio dos vereadores que compuseram a Comissão Processante, cópia da ata de julgamento que concluiu pela cassação do Sr. Alcides Bernal e cópia do vídeo do julgamento em que ocorreram as manifestações no plenário e as declarações de voto dos vereadores (f. 1266), mas a Câmara Municipal silenciou.

A análise formal do procedimento de cassação, portanto, se faz com base nas alegações e nos documentos esparsos apresentados pelas partes, especialmente nas transcrições de atos feitas pelos próprios interessados, que não foram objeto de impugnação específica sobre o conteúdo transcrito, o que torna os fatos incontroversos naquela parte.

Objetivo da ação.

Esta ação popular foi proposta com a finalidade de anular o Decreto Legislativo n. 1.759/14 que cassou o mandato do prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.

Os autores possuem razão, pois o Decreto Legislativo n. 1.759/14 é nulo por vícios de ordem formal e por vícios de ordem moral.

Início pelos vícios de ordem formal.

Vícios de ordem formal:

Observando o procedimento de cassação do mandato do prefeito municipal Alcides Bernal, no aspecto formal, encontramos, pelo menos, as seguintes nulidades, que, sozinhas, já seriam o bastante para viciar todo o julgamento:

a) cerceamento de defesa pela recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo e pertinente com os fatos levados a julgamento;

b) cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade para ouvir o prefeito municipal no procedimento de cassação;

c) ausência de licença especial para processar o prefeito (art. 41, § 3º, IV do Regimento Interno da Câmara Municipal).

É certo que os autores da ação popular elencaram, também, outras nulidades além destas, como a ausência física de processo, que somente teria sido autuado ao fim do julgamento e após liminar dada pela Justiça (autos n. 0809538-71.2014.8.12.0001 da 1ª V. de Fazenda Pública); ou como a condenação por fatos não denunciados, com a inovação da lide no momento do julgamento; ou, ainda, o impedimento de vereadores que participaram da CPI que serviu de base para a denúncia e dos que anunciaram publicamente, antes do início do processo, que iriam requerer a cassação do prefeito, mas decidiram esperar que um eleitor o fizesse no seu lugar.

Sem dúvida alguma, são hipóteses fortes para a anulação de qualquer procedimento.

Ocorre que há dúvidas sobre a alegada ausência de existência física do processo antes do julgamento, porque o pedido de acesso aos autos por via judicial somente ocorreu após o julgamento.

Se a dificuldade era anterior, era de se esperar que o mandado de segurança tivesse sido impetrado anteriormente. Este motivo apresentado pelos autores, portanto, embora relevante, não teve sua confirmação muito clara.

Já quanto a inovação da lide no momento do julgamento, percebe-se que o prefeito foi denunciado por 03 fatos (f. 307, 319 e 323) e foi condenado por 09 ocorrências (f. 674).

Existe, contudo, alguma controvérsia entre as partes e, diante das outras nulidades elencadas e que, adiante, serão apreciadas, parece desnecessário analisá-la, pois ao final, o objetivo da ação será alcançado. Em razão da prejudicialidade, deixo de conhecer, portanto, da alegação de inovação no momento do julgamento.

Quanto ao impedimento de vereadores, mesmo sendo possível a aplicação do inciso I do art. 5º do Decreto-Lei n. 201/67, os motivos apresentados no parágrafo anterior justificam, também aqui, o não conhecimento da questão. A bem da verdade, a análise das razões de ordem moral prejudicam a apreciação deste requisito formal Específico.

Recusa em receber documento da defesa.

Alega-se a nulidade do feito pela recusa imotivada da Comissão Processante em receber documento apresentado pela defesa.

Convém realçar que a Comissão Processante, num processo de cassação de mandato, pode recusar-se a receber documentos impertinentes, protelatórios, tumultuários, desarrazoados, enfim, documentos que sejam apresentados pela defesa com o único objetivo de atrapalhar o julgamento, sem nada acrescentar aos dados que já existem no processo.

Acontece que o documento recusado pela Comissão Processante era uma sentença prolatada em ação de improbidade administrativa, proposta contra o prefeito municipal, com base no mesmo relatório da CPI que originou o processo de cassação.

Era inegável o interesse da defesa na leitura deste documento pelos demais julgadores, já que inocentava o prefeito municipal dos mesmos fatos que eram apreciados pelos vereadores.

A leitura da sentença ou sua juntada ao processo, em hipótese alguma prejudicaria a liberdade de cada julgador de analisar os fatos conforme sua livre consciência, mas o direito de apresentá-la era do réu e sempre esteve garantido pela Constituição Federal, como todos o sabem. Tratava-se de um documento novo, não disponível em momento anterior e absolutamente pertinente com o tema tratado.

Assim, a recusa da Comissão Processante cerceou o direito de defesa do prefeito municipal.

Não bastasse, a Comissão Processante deixou de dar os motivos para a recusa. Ora, no Brasil todas as decisões sempre devem ser motivadas e não foi o que aconteceu naquele julgamento parajudicial (político-administrativo). Veja-se a transcrição das manifestações a respeito, feitas no documento de f. 71/72.

Hely Lopes Meirelles, doutrinador e autor do projeto que originou o Decreto-lei n. 201/67, adverte que:

(...) “caberá ao presidente da Comissão Processante conduzir imparcialmente a instrução, deferindo o que for de direito e indeferindo provas, diligências ou perguntas desarrazoadas, tumultuárias ou impertinentes, mas sem cercear a defesa, para que não vicie o processo de nulidade, que poderá ser declarada pelo Judiciário” 3.

Aqui está, sem dúvida alguma, a principal nulidade do processo pelo cerceamento do direito de defesa do prefeito municipal cassado.

Ausência de oportunidade para ouvir o prefeito.

A Comissão Processante agendou data para o interrogatório de Alcides Bernal, mas um dos seus membros, o Sr. Alceu Bueno, teve o mandato cassado por compra de votos e a composição da Comissão ficou com apenas 02 vereadores. O art. 5º, II do Decreto-lei n. 201/67 prevê que a Comissão deva ter 03 vereadores. Por conta da dívida existente, foi requerido o adiamento da sessão, mas o adiamento foi indeferido e o Sr. Alcides Bernal não foi ouvido.

Neste ponto, merece destaque as seguintes observações:

- 1ª A dívida era razoável e tinha amparo em dispositivo expresso de lei (art. 5º, II do Decreto-lei n. 201/67);

- 2ª Quem deu causa à dívida não foi o réu, mas a ausência de um dos 03 membros da Comissão Processante;

- 3ª O interrogatório é ato de defesa e, como tal, exige boas razões para que se encerre a fase da instrução sem cumprir este passo.

Do exposto, percebe-se que se estivesse presente o réu perante dois membros da Comissão Processante, poder-se-ia até discutir sobre a possibilidade de se aproveitar o ato e ouvi-lo apenas com a participação dos dois membros, conforme se entendeu nos mandados

de segurança referidos pelos requeridos. No entanto, se o réu está ausente em virtude da dúvida razoável, que surgiu por conta de situação não criada por ele, evidentemente que a supressão do interrogatório retira, injustamente, do acusado um precioso momento para o exercício do direito de defesa.

A recusa da Comissão Processante, diante destas circunstâncias, anula, sem a menor dúvida, o procedimento de cassação do mandato.

Ausência de licença especial para processar o prefeito.

A alegação dos autores é que esta Comissão não foi consultada para a propositura do procedimento de cassação político-administrativo.

O art. 41, § 3º, IV do Regimento Interno da Câmara Municipal prevê que:

“§ 3º A Comissão de Legislação, Justiça e Redação Final manifestar-se-á sobre o mérito da proposição, assim entendida a colocação do assunto sob o prisma da conveniência, utilidade e oportunidade, nos seguintes casos:

IV - licença para processar Prefeito e Vereador”.

Este dispositivo legal é claro, não gera dúvidas e deveria ter sido cumprido, mas não foi.

Hely Lopes Meirelles, autor do projeto que originou o Decreto-lei n. 201/67, leciona que “como todo processo punitivo, inicia-se com a denúncia e termina com o julgamento, desenvolvendo-se por fase e atos vinculados ao procedimento formal que a lei impõe e o regimento complementa na tramitação interna da Câmara” 4-grifei.

Diante deste entendimento, vindo de jurista de inquestionável conceito, qualquer exercício argumentativo para enfraquecer o texto da lei ou a posição acima transcrita, no caso dos autos, deve ser atribuída mais ao esforço dos nobres advogados na defesa dos seus clientes, do que a razões técnicas que efetivamente mereçam relevância.

O texto é claro, as normas regimentais devem ser atendidas naquilo que não contrariem o Decreto-Lei n. 201/67, a interpretação é corroborada pelas preciosas lições de Hely Lopes Meirelles e a nulidade, no caso, é inquestionável.

Acima, portanto, estão ao menos 03 razões para a anulação do julgamento e do Decreto Legislativo n. 1.759/14, que cassou o mandato do prefeito Alcides Bernal.

Mas ainda há os motivos de ordem moral.

Fundamentação jurídica e doutrinária acerca da adequação da ação e dos limites de atuação do magistrado.

Antes de iniciar a análise dos elementos de fato, é conveniente lembrar o entendimento doutrinário a respeito da atuação do juiz e do cabimento da ação popular em ações com a finalidade da presente.

Repito, para tanto, a fundamentação feita na análise do pedido liminar (f. 1.257/1.266), fundamentos estes, a propósito, confirmados pelo Tribunal de Justiça no agravo de instrumento n. 1405631-42.2014.8.12.0000.

Rodolfo de Camargo Mancuso leciona que “não há direitos absolutos, e por isso a utilização desmesurada, desproporcionada, desarrazoada de um direito compromete a legitimidade de seu exercício” 5.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva assenta que “A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa”6.

Igual é o posicionamento de toda a doutrina restante sobre o tema, inclusive de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ao afirmar que “em certas oportunidades casuísticas, o juiz da legalidade passa a juiz dos intuitos morais das autoridades administrativas, na medida em que esses intuitos afetem o ato praticado, e, em consequência, a própria ordem jurídica”7.

Este posicionamento acerca da análise da moralidade administrativa pelo Poder Judiciário fortalece a efetividade dos princípios constitucionais que garantem ao cidadão um governo honesto e uma representatividade pura, sem degenerações seja de que ordem for. O cumprimento do princípio da moralidade, além de se constituir num dever do agente público, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado. Não é por outro motivo que a Constituição Federal prevê, ao menos em dois artigos, a defesa da moralidade pública, no art. 5º, LXXIII e no art. 37 caput, que dispõem o seguinte:

[...]

O instrumento processual previsto na lei para se corrigir ilegalidades desta ordem é a ação popular. Ela é um reflexo do princípio da soberania popular; uma conquista da nação, uma garantia constitucional conferida a todo cidadão em defesa do erário público ou em defesa dos bens imateriais da sociedade, incluindo aqui a moralidade administrativa.

Tendo em conta estes princípios maiores do ordenamento jurídico, é que Rodolfo de Camargo Mancuso defende que:

“(...) Impende que o Judiciário, ao julgar ação popular ajuizada sob o registro da moralidade administrativa, não receie que possa estar se imiscuindo na seara da discricionariedade da Administração ou no campo dos atos puramente políticos, bastante lembrar, de um lado, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e, de outro lado, que é inerente ao nosso desenho jurídico-político, a posição sobranceira do Judiciário no exame dos atos e condutas emanados dos outros Poderes” 8.

Em reforço, está, novamente, o posicionamento de Hely Lopes Meirelles, quando afirma que o juiz:

“(...) poderá e deverá sempre verificar se ocorreram os pressupostos de direito e de fato que autorizaram a cassação e se foram observadas as exigências legais e regimentais para a deliberação... o Judiciário pode - e deve -, sempre que solicitado em ação própria, verificar se foram atendidas as exigências procedimentais estabelecidas pela lei e pelo regimento interno e se realmente existem os motivos que embasaram a condenação, e se estes motivos se enquadram no tipo definido como infração político-administrativa...” 9.

Feitas estas considerações, pode-se observar que os fatos narrados na petição inicial deste processo são graves, são detalhados e buscam respaldo em farta documentação apresentada neste processo.

Vícios de ordem moral.

A princípio, suspeitava-se da conduta de vereadores porque suas posturas indicavam um posicionamento contrário aos interesses sociais e escancaradamente favoráveis a interesses privados de algumas empresas.

O art. 4º, VIII do Dec. lei n. 201/67, invocado para cassar o prefeito municipal, prevê que é dever do prefeito a “defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município” (grifei) e não de empreiteiros.

No entanto, a intolerância de alguns vereadores com atrasos da Administração Municipal no pagamento a empresas, sempre se mostrou anormal e curiosa, pois eram os representantes “do povo” preocupados com “gastos que deixaram de ser feitos”. Isto mesmo, alguns vereadores mostravam-se indignados porque algumas empresas não receberam dos cofres públicos valores que o prefeito acreditava serem indevidos.

Isto aconteceu no alvorecer de uma administração de primeiro mandato, de tal modo que, com apenas 05 meses de administração, em 24/05/2013, já havia uma solicitação de CPI para defender o interesse de “empreiteiros”.

Enquanto o processo de cassação era formado, gravações feitas com a autorização da Justiça interceptaram reveladoras conversas dos vereadores com empresários e, por isto, o Gaeco deu início à detalhada investigação que recebeu o número PIC n. 18.2015 (f. 4.179/4.423).

O relatório final desta investigação é completo, foi escrito em linguagem muito clara e fluida, com embasamento robusto e detalhado, buscando amparo em documentos do COAF que mostram uma movimentação financeira de vários vereadores incompatível com os vencimentos declarados. Também faz menção a inúmeras gravações telefônicas existentes entre empresários e vereadores; remete-se a anotações feitas num diário da esposa de um dos empreiteiros e em depoimentos colhidos no Gaeco, na presença de advogados de defesa.

O Ministério Público descreve os fatos afirmando que Alcides Bernal suspendeu os pagamentos de contratos suspeitos de ilegalidades, negou espaço na Administração Municipal a vereadores e que, por isto, alguns vereadores e alguns empreiteiros decidiram retirá-lo do poder para que o vice-prefeito pudesse assumir.

Nesta narrativa, Gilmar Olarte, o vice-prefeito, estava endividado, havia feito compromissos com terceiros que lhe emprestaram folhas de cheque literalmente assinadas em branco, na esperança de obter vantagens. Ronan Feitosa teria intermediado a entrega destes cheques.

Vale a transcrição de alguns trechos do relatório do promotor de justiça Marcos Alex Vera de Oliveira, que ilustram a posição de subserviência de vereadores a interesses do empreiteiro João Amorim e revelam as conclusões do promotor de justiça sobre as provas colhidas e que deram origem à denúncia criminal contra vários vereadores, empresários e políticos da cidade.

Diz o promotor de justiça:

[...]

O promotor de justiça discorre minudentemente, ainda, sobre a distribuição de cargos na prefeitura, com a análise de conversas captadas por interceptação telefônica e depoimentos a ele prestados.

Nos parece que a transcrição de todo este material seja dispensável para os fins desta ação, pois somente a existência do cenário já analisado basta para se recomendar

a nulidade do Decreto Legislativo n. 1.759/14, pois, na melhor das hipóteses, ele põe em dúvida a isenção daqueles que se propuseram a editá-lo.

Não podemos esquecer que os vereadores exerceram, naquele procedimento parajudicial e de caráter punitivo, uma parcela do poder judicante uma vez que tiveram que confrontar fatos com normas, ainda que sob uma ótica político-administrativa, para concluir pela cassação do mandato do prefeito municipal. Esta condenação teve reflexos no direito de cidadania do cassado e na mitigação da soberania popular (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal).

A imparcialidade daqueles que faziam às vezes de julgadores, portanto, é fundamental e não é diferente daquela que se exige de juízes, ou do tribunal popular, ou mesmo daqueles que exercem a função de decidir processos administrativos disciplinares.

Neste momento, todos são julgadores, inclusive os vereadores que conduzem e que decidem o processo de cassação.

Aquele que se dispõe a julgar alguém, especialmente se este julgamento terá reflexos num dos princípios mais caros da Constituição Federal, o da soberania popular¹⁰, precisa guardar postura de isenção, de prudência e de imparcialidade. É preciso inclinar-se à responsabilidade da função, ainda que passageira.

Em razão disto, evidentemente que estas pessoas não podem receber vantagens ou promessa de vantagens para que votem em favor desse ou daquele modo.

Acrescente-se que o relatório transcrito foi a base da denúncia feita pelo Procurador Paulo César dos Passos contra vereadores, contra autoridades políticas e contra empresários pelos crimes de associação criminosa, corrupção ativa e corrupção passiva.

As suspeitas que motivaram a decisão liminar prolatada em 15/05/2014 e a decisão da Câmara Cível no julgamento ocorrido em 25/08/2015 do agravo de instrumento n. 1405631-42.2014.8.12.0000, transformaram-se na certeza que se exige do julgador ao prolatar uma sentença.

Assim, é possível afirmar que o Decreto Legislativo n. 1.759/14 foi editado para atender aos interesses privados de vereadores e de empresários e não como decorrência de faltas efetivamente demonstradas contra o prefeito municipal.

Demais alegações dos requeridos.

Os requeridos elencaram diversas argumentações, que, no confronto com a motivação acima feita, mostram-se insuficientes para infirmar a conclusão de nulidade do decreto legislativo.

Melhor sorte não recebe o paralelo feito, nas alegações finais, entre o processo de cassação do prefeito municipal com o impeachment da Presidente Dilma Rouseff. São casos diversos, construídos em momentos diversos, em circunstâncias diversas e que não se comunicam. Não cabe a este juízo avaliar o acerto ou o desacerto do impeachment referido, pois a questão não está afeta à competência funcional deste magistrado.

Diante de todo o exposto, com o parecer, julgo procedente a ação popular para anular o Decreto Legislativo n. 1.759/14 que cassou o prefeito municipal Alcides Jesus Peralta Bernal, tornando, com isto, definitiva a liminar anteriormente concedida.

Comunique-se o Tribunal Regional Eleitoral.

Publique-se, registre-se e intime-se.

Irresignada com a sentença supratranscrita, a Câmara Municipal de Campo Grande apresentou recurso de apelação, alegando que:

“(...) as provas produzidas em juízo demonstram que os trabalhos conduzidos pela Comissão Processante estão acobertados pelo manto da legalidade, e que as infrações político-administrativas imputadas ao Prefeito Alcides Bernal se basearam em contundentes elementos de prova a justificar a cassação do seu mandato (f. 4.982); a competência legislativa para definição e processamento dos crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas) pertence à União, por conta disso, a referida alegação de vício formal no procedimento adotado pela Câmara Municipal, utilizada para invalidar o processo de cassação, acaba por macular o princípio federativo (f. 4.984); no que tange à alegação de que, o Decreto deve ser anulado porquanto houve recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo e importante para o esclarecimento dos fatos apresentado pela defesa, qual seja, a sentença em ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público, tem-se que ela não é verdadeira (f. 4.984); não é verdadeira a alegação de cerceamento de defesa porquanto o documento foi apresentado na sessão de julgamento, embora não tenha sido determinante para o resultado da sessão de cassação (f. 4.985); não merece prosperar a tese de que houve cerceamento de defesa em razão de indeferimento do adiamento da sessão marcada para ouvir o Prefeito Alcides Bernal (f. 4.985); tal questão já foi decidida pelo Judiciário nos autos do mandado de segurança nº 0844266-75.2013.8.12.0001, o qual foi extinto, inclusive com confirmação em segundo grau, tendo esta corte entendido que o prefeito poderia ser ouvido com a participação dos dois membros (f. 4.986); poderia, também, antes do relatório final, o alcaide solicitar ser ouvido e interrogado a qualquer momento, mas não o fez, deixando somente para nesta ação popular arguir a suposta nulidade a que deu causa, tentando se beneficiar da própria torpeza (vale lembrar que os autores da ação popular são meros instrumentos do prefeito) (f. 4.986); com relação ao argumento de que a imparcialidade de alguns parlamentares para participarem do julgamento da infração político-administrativa do Prefeito Alcides Bernal estava comprometida, tem-se que ela não é verdadeira (f. 4.987); de fato, articulação política e diálogos entre os Vereadores existiu, todavia, salienta-se que tudo isso faz parte do jogo democrático, nada passível de afetar a imparcialidade de cada um deles (f. 4.987); a alegação de crime e ilegalidade pelo fato de que o sucessor à época, Vice-Prefeito Gilmar Olarte, realizava reuniões e fechava um governo de coalização durante todo o período de cassação do Prefeito Bernal, não pode ser considerada pressuposto para anular um processo de cassação que respeitou todas as formalidades legais (f. 4.987); não se pode falar em motivação pessoal quando na realidade o que existia eram combates de cunho político entre o prefeito e alguns parlamentares (f. 4.988); o processo de cassação se desenvolveu com pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, pautou-se estritamente pela legalidade e em total conformidade com os motivos determinantes do ato de cassação” (f. 4.992).

Requeru, ao final, “seja integralmente reformada a sentença da ação popular, que anulou o Decreto Legislativo n. 1.759/14, em virtude da total inexistência de vícios no procedimento político-administrativo de cassação de mandato do Prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.” (f. 4.992)

Devidamente intimados, os recorridos deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões recursais (f. 5.061).

A Procuradora-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 5.081-5.087, pugnando pelo “conhecimento e desprovento do recurso de apelação, a fim de ser mantida inalterada a sentença, por seus próprios fundamentos.”

Antes de enfrentar o mérito da presente ação popular, trago à reflexão, a título de rememoração, que, como é cediço, a ação popular é instrumento processual coletivo, disciplinado pela Lei n. 4.717/65, sendo

que seu principal objetivo é a defesa dos interesses do povo, em que qualquer cidadão tem a legitimidade de postular a anulação do ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com vistas à proteção do interesse da coletividade.

A propósito, aliás, dispõe o artigo 1º da Lei n. 4.7.17/65, que:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

Pois bem.

A previsão constitucional disposta no artigo 5º, inciso LXXIII¹, da Constituição Federal, acerca do cabimento da ação popular, estabelece que seu objeto será o de anular atos praticados em detrimento ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Assim, salta aos olhos que, somente há falar em anulação de ato, caso seja ele lesivo, não se adequando a ação popular a combater aquele que não seja efetivamente prejudicial ao Erário Público e/ou que não seja fruto de absoluta ilicitude.

O STJ, inclusive, já pacificou o entendimento de que, para a propositura da ação popular são necessários três pressupostos: a condição de eleitor do proponente, a ilegalidade ou ilegitimidade do ato e a lesividade decorrente do ato praticado. Veja-se:

AÇÃO POPULAR – CONTRATO ADMINISTRATIVO EMERGENCIAL – DISPENSA DE LICITAÇÃO – NULIDADE – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DANO EFETIVO – INOCORRÊNCIA – VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. Ação popular proposta em razão da ocorrência de lesão ao erário público decorrente da contratação de empresa para a execução de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, sem observância do procedimento licitatório, circunstância que atenta contra os princípios da Administração Pública, por não se tratar de situação subsumível à regra constante do art. 24, IV da Lei 8.666/93, que versa acerca de contrato emergencial.

2. A ilegalidade que conduz à lesividade presumida admite, quanto a esta, a prova em contrário, reservando-a ao dispositivo, o condão de inverter o onus probandi.

3. Acórdão recorrido calcado na assertiva de que, “se a co-ré prestou regularmente o serviço contratado, e isso restou demonstrado nos autos, não há razão para negar-lhe a contraprestação, até porque não se aduziu exagero no pagamento, sendo vedado à Administração locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros. Ao lado do locupletamento indevido, injusto seria para os co-réus impor-lhes a devolução dos valores

¹ Art. 5º (...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

despendidos pela Municipalidade por um serviço efetivamente prestado à população e que atendeu ao fim colimado.”

4. In casu, restou incontroverso nos autos a ausência de lesividade, posto que os contratados efetivamente prestaram os serviços “emergenciais”, circunstância que impede as sanções econômicas preconizadas no presente recurso, pena de ensejar locupletamento ilícito do Município, máxime, por que, não há causa petendi autônoma visando a afronta à moralidade e seus consectários.

5. É cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo em determinadas situações e, a despeito da irregular contratação de servidores públicos, houve a prestação dos serviços, motivo pelo qual não poderia o Poder Público perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. (Resp nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ)

6. No mesmo sentido já decidiu a Primeira Seção desta Corte, em aresto assim ementado: “ADMINISTRATIVO – AÇÃO POPULAR – CABIMENTO – ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO – NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos.” (EResp 260.821/SP Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 13.02.2006)

7. Ademais, a doutrina mais abalizada sobre o tema aponta, verbis: “O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o quê será carecedor dela. Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular (STF, Súmula 365). Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração. O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, “a” e “e”). O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta

a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.” (Hely Lopes Meirelles, in “Mandado de Segurança”, Malheiros, 28ª Ed., 2005, págs. 132 e 133)

8. Assentando o aresto recorrido que não houve dano e que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, tendo em vista não ter se comprovado que outras empresas do ramo poderiam prestar o mesmo serviço por preço menor, mormente quando se tem notícia nos autos de que a tarifa prevista no contrato tido por ilegal é inferior àquela praticada pela empresa antecessora, o que não foi negado pelo autor, resta insindicável a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07/STJ).

9. Recurso especial do Ministério Público Estadual não conhecido.² (destaquei)

No mesmo sentido, no julgamento do REsp 1.447.237, os ministros da 1ª Turma do STJ ratificaram o entendimento já pacificado anteriormente quanto aos requisitos necessários para a procedência da ação popular, afirmando que: *“Tem-se como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da ação popular e consequente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes”.*

Eis a ementa do mencionado julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR – IRREGULARIDADES FORMAIS AVERIGUADAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, QUE NÃO ENSEJARAM, CONTUDO, DANO AO ERÁRIO, CONFORME RECONHECIDO EM PERÍCIA JUDICIAL E PELO TCE DE MINAS GERAIS – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DOS RECORRENTES NO RESSARCIMENTO DOS COFRES PÚBLICOS, COM ESTEIO EM LESÃO PRESUMIDA À MUNICIPALIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE ESTATAL.

1. À luz da Súmula 418/STJ, é inadmissível o Recurso Especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação, como ocorreu em relação ao Nobre Apelo de f. 6.492/6.514, haja vista a peça recursal ter sido protocolizada em 24.02.2011, sendo que o Acórdão que julgou os últimos Embargos interpostos foi disponibilizado no Dje em 30.09.2011. O Recurso Especial, destarte, não transpõe a barreira da admissibilidade, porquanto interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes do esaurimento das instâncias ordinárias, em desconformidade com o disposto no referido art. 105, III da Constituição Federal 2. A preliminar de nulidade do acórdão vergastado, por suposta violação ao art. 535, II do CPC, somente tem guarida quando o julgado se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício - o que não ocorreu nos presentes autos.

3. Mostra-se deficiente a fundamentação dos recursos que se limitaram a elencar os dispositivos de lei federal (arts. 964 do CC/1916 e 131, 165, 436 e 458, II do Estatuto Processual Civil) sem, contudo, relacioná-los de forma específica com o eventual vício de fundamentação alegadamente existente no acórdão guerreado, incidindo, portanto, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

² REsp 802.378/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 312.

4. *A Ação Popular consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural; referido instrumento possui pedido imediato de natureza desconstitutiva-condenatória, pois colima, precipuamente, a insubsistência do ato ilegal e lesivo a qualquer um dos bens ou valores enumerados no inciso LXXIII do art. 5o. da CF/88 e, conseqüentemente, a condenação dos responsáveis e dos beneficiários diretos ao ressarcimento ou às perdas e danos correspondentes.*

5. **Tem-se, dessa forma, como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da ação popular e consequente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes.**

6. *Eventual violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas não configura, por si só, elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público, conforme sustenta o Tribunal a quo; e assim é porque a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do patrimônio público exige a comprovação e a quantificação do dano, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65; assevera-se, nestes termos, que entendimento contrário implicaria evidente enriquecimento sem causa do Município, que usufruiu dos serviços de publicidade prestados pela empresa de propaganda durante o período de vigência do contrato.*

7. *Não se conhece do recurso especial da Empresa de Propaganda e Marketing, em face de sua manifesta intempestividade, e do recurso especial interposto pelo ex-Prefeito. Recursos especiais dos demais recorrentes providos, para afastar a condenação dos mesmos a restituir aos cofres públicos o valor fixado no acórdão do tribunal de origem. Com fulcro no art. 509 do CPC, atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente decisão, para excluir a condenação ressarcitória dos demais litisconsortes necessários.³ (destaquei)*

Isto posto, a análise da presente ação popular deve iniciar-se pela verificação da existência de eventuais vícios de ordem formal quando da tramitação do processo de cassação do mandato do então Prefeito Municipal Alcides Jesus Peralta Bernal, bem como escrutinar a existência ou não de um suposto esquema entre os vereadores e o à época vice-prefeito para aprovar a denúncia de infração político-administrativa que teria sido cometida pelo prefeito, sob o fundamento de que os julgadores do processo de crime de responsabilidade não atuaram com imparcialidade e isenção, visto que teriam votado a favor da mencionada cassação em troca de vantagens indevidas.

Nesse sentido, mencionam os autores da ação popular que, logo após a promulgação do Decreto Legislativo n. 1.759/2014, bem como depois de ocorrida a posse do Vice-Prefeito na cadeira de Prefeito, alguns vereadores investiram-se imediatamente em cargos de Secretários Municipais, enquanto outros teriam indicado, abertamente, apadrinhados para compor os mais diversos escalões do Poder Executivo Municipal, fatos estes que estariam a caracterizar a alegada lesividade à moralidade administrativa.

Inferre-se, pois, como restou assentado, que, em sede de ação popular, é imprescindível para a procedência do pedido inicial, a comprovação dos requisitos já mencionados (proponente da ação popular ser cidadão brasileiro, ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, e lesividade do ato), não bastando a afirmação do autor popular no sentido de que o ato atenta contra a moralidade administrativa.

3 REsp 1447237/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 09/03/2015.

No caso, da análise dos autos e da leitura da sentença supratranscrita, constato a presença de fundamentos que impõem a modificação da conclusão a que chegou o magistrado de piso, juiz David de Oliveira Gomes Filho.

Dou, portanto, provimento ao recurso.

Com efeito, conforme restou afirmado, faz-se necessário, para a procedência da ação popular, averiguar a presença de três condições: proponente da ação popular ser cidadão brasileiro na qualidade de eleitor, ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, e lesividade do ato impugnado. Senão vejamos.

Proponente da ação popular ser cidadão brasileiro na qualidade de eleitor.

No tocante a este primeiro requisito, verifico, sem maiores delongas, não haver necessidade de tecer extensos comentários, haja vista que todos os proponentes da presente ação popular eram, à época, vereadores e, assim sendo, encontravam-se no gozo de seus direitos cívicos e políticos, detendo, portanto, qualidade de eleitores, estando, consequentemente, legitimados para propor a ação popular.

Ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar.

No caso, com relação à esta segunda exigência, qual seja, a comprovação da ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, constato não ter sido, nem de longe, preenchida esta referida condição necessária para que a ação popular possa prosperar, e explico o porquê.

Conforme consta na sentença de procedência da presente ação popular, teriam sido observadas três nulidades de natureza formal quanto ao processo de cassação do prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal, quais sejam: cerceamento de defesa pela recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo e pertinente com os fatos levados a julgamento; cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade para ouvir o Prefeito Municipal no procedimento de cassação; e ausência de licença especial para processar o Prefeito (violação ao artigo 41, § 3º, IV do Regimento Interno da Câmara Municipal).

Entendo, por necessário, examinar um a um os mencionados vícios formais de acordo com as provas trazidas aos autos, bem como à luz da legislação vigente aplicável à espécie.

Pois bem.

Cerceamento de defesa pela recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo e pertinente com os fatos levados a julgamento.

Analisando o vício de cerceamento de defesa que teria ocorrido em razão da alegada recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo e importante para o esclarecimento dos fatos apresentados pela defesa, documento este consubstanciado na sentença prolatada em ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público em face do prefeito municipal, verifico, primeiramente, que a mencionada sentença foi proferida em 16.1.2014 (f. 765-785), ou seja, quando o relatório da Comissão Processante já havia sido concluído, fato este último que ocorreu em 24.12.2013 (f. 614-672).

Ora, não havia como a Comissão Processante refazer o seu relatório com base no documento novo apresentado pelo processado, até mesmo porque a noticiada sentença⁴ na ação civil pública por ato de improbidade administrativa foi proferida quando os trabalhos da Comissão Processante já haviam sido encerrados.

4 Autos n. 080836624-51.2013.8.12.0001. Disponível em <https://www.tjms.jus.br>.

Nada obstante ter sido apresentado *a posteriori*, o indigitado documento foi disponibilizado aos julgadores durante a sessão de julgamento, tanto que vereadores votantes, ao justificarem seus votos, fizeram menção à aludida sentença, conforme se infere das declarações de Alex do PT (f. 4.999-5.000), Zeca do PT (f. 5.001-5.003), Paulo Pedra (f. 5.004-5.005), Elizeu Dionízio (f. 5.005-5.006) e Paulo Siufi (f. 5.006-5.008).

Entrementes, a mencionada sentença proferida em ação de improbidade, em que pese ter sido favorável ao alcaide, em nada mudou ou influenciou o resultado da sessão que decidiu pela sua cassação, mormente porque não constituiu fundamento essencial para a decisão tomada pela esmagadora maioria dos edis.

Não há falar, portanto, em vício de cerceamento de defesa em razão da alegada recusa sumária e imotivada da Comissão Processante em receber documento novo, o que, na verdade, não ocorreu.

Cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade para ouvir o Prefeito Municipal no procedimento de cassação.

No mesmo sentido, não merece acolhimento o alegado cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade para ouvir o Prefeito Municipal no procedimento de cassação.

No caso em apreço, o Prefeito não compareceu à sessão agendada para interrogá-lo, utilizando-se da alegação de que o ato processual não poderia ser realizado, em razão de composição deficitária da Comissão Processante, haja vista a cassação do mandato do vereador Alceu Bueno, membro componente daquela comissão.

Destarte, justificou a sua ausência ao ato processual previamente agendado, porquanto, no seu entender, a Comissão Processante não poderia funcionar com apenas 2 (dois) vereadores.

Insta salientar que, a propósito desta questão, o então Prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal impetrou Mandado de Segurança com a mesma fundamentação (n. 0844266-75.2013.8.12.0001), tendo a segurança sido denegada, tanto pelo primeiro grau, quanto por esta Egrégia Corte.

Veja-se trechos da sentença de primeiro grau, a qual refutou os argumentos de impossibilidade de prosseguimento dos trabalhos com apenas dois membros na Comissão Processante:

Na hipótese, o Decreto-Lei nº 201/1967 nada menciona, ou seja, não veda, a atuação da Comissão Processante, de forma transitória, com a maioria dos seus membros.

Por sua vez, a Lei Orgânica do Município de Campo Grande, quanto às Comissões, assim dispõe:

Art. 34. A Câmara Municipal terá comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. (negritamos)

Quanto à constituição de Comissões, o Regimento Interno da Câmara Municipal de Campo Grande assim estabelece:

Art. 56. As Comissões reunir-se-ão com a presença da maioria de seus membros.

(...)

Art. 71. Os trabalhos das Comissões serão iniciados com a presença da maioria absoluta de seus membros e obedecerão à seguinte ordem:

(...) (negritamos)

Vê-se que a Comissão Processante - composta por 3 (três) membros - não foi desconstituída, podendo reunir-se com a presença dos demais membros, vez que obedece o disposto no Regimento Interno.

Verifica-se, mais, que ocorrendo a vaga na Comissão, esta será tão logo preenchida (art. 68, § 4º, da Lei Orgânica do Município), o que já está sendo providenciado pela Comissão Processante, conforme notícia juntada aos autos pelo impetrante às f. 35.

Diante disso, conforme a legislação aplicável ao caso, a ausência de um dos membros na Comissão Processante não viola os Princípios da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal do impetrante.

Analisando a legislação aplicável, constata-se que não há qualquer dispositivo legal no Decreto-Lei n. 201/1967 que impeça os atos instrutórios, como no caso de depoimento do Prefeito Municipal, em apuração de infrações político-administrativas, de serem realizados pela maioria dos membros da Comissão Processante.

Sendo assim, mesmo havendo ausência de um membro da Comissão Processante, não há como acolher a alegação de violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal como argumentam os autores.

Ademais, não se vê nas provas carreadas aos autos nenhum novo pedido do Prefeito Municipal para ser ouvido antes do relatório final, solicitação esta que poderia ter sido feita sem qualquer prejuízo ao andamento do processo.

Por conseguinte, refuto o vício de cerceamento de defesa pela ausência de oportunidade para ouvir o Prefeito Municipal, uma vez que foi ele próprio quem preferiu não comparecer ao prévio ato que havia sido designado, assim como foi também ele quem - não obstante ser o maior interessado em se defender - absteve-se de solicitar nova oitiva antes da elaboração do relatório final da Comissão Processante.

Ausência de licença especial para processar o prefeito (violação ao artigo 41, § 3º, IV, do Regimento Interno da Câmara Municipal).

Fora de dúvidas que não há falar em vício de ilegalidade pela ausência de licença especial para processar o prefeito, em razão de falta de consulta prévia da Comissão de Legislação, Justiça e Redação Final a respeito da propositura do procedimento de cassação político-administrativo, conforme prevê o artigo 41, § 3º, IV, do Regimento Interno da Câmara Municipal.¹

Ora, cediço que é de competência da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento, conforme dispõe o inciso I do artigo 22 da Constituição Federal.²

1 Art. 41. À Comissão de Legislação, Justiça e Redação Final compete manifestar-se em todas as proposições que tramitem na Casa quanto aos aspectos constitucional, legal e regimental.

(...)

§ 3º A Comissão de Legislação, Justiça e Redação Final manifestar-se-á sobre o mérito da proposição, assim entendida a colocação do assunto sob o prisma da conveniência, utilidade e oportunidade, nos seguintes casos:

(...)

IV - licença para processar Prefeito e Vereador;

2 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Inclusive, a questão está sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme teor da Súmula Vinculante n. 46 e da Súmula n. 722, as quais possuem as seguintes redações:

Súm. Vinc. 46. A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.

Súm. 722. São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

Nesse contexto, não pode a norma municipal, ainda que a pretexto da competência legislativa de que trata o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal³, disciplinar tema em que a Magna Carta reserva privativamente a outro ente federado, sob pena de ofensa ao princípio federativo.

A propósito, os Tribunais já decidiram que:

*LEIS 10.927/91 E 11.262 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SEGURO OBRIGATÓRIO CONTRA FURTO E ROUBO DE AUTOMÓVEIS – SHOPPING CENTERS, LOJAS DE DEPARTAMENTO, SUPERMERCADOS E EMPRESAS COM ESTACIONAMENTO PARA MAIS DE CINQUENTA VEÍCULOS – INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O Município de São Paulo, ao editar as Leis 10.927/91 e 11.362/93, que instituíram a obrigatoriedade, no âmbito daquele Município, de cobertura de seguro contra furto e roubo de automóveis, para as empresas que operam área ou local destinados a estacionamentos, com número de vagas superior a cinquenta veículos, ou que deles disponham, invadiu a competência para legislar sobre seguros, que é privativa da União, como dispõe o art. 22, VII, da Constituição Federal. 2. **A competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados. O legislador constituinte, em matéria de legislação sobre seguros, sequer conferiu competência comum ou concorrente aos Estados ou aos Municípios.** 3. Recurso provido.⁴ (destaquei)*

*EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50 – CRIME DE RESPONSABILIDADE – COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor, quando sobrevém a revogação da norma questionada em sua constitucionalidade. Ação julgada prejudicada quanto ao art. 10, § 2º, item 1, da Constituição do Estado de São Paulo. 2. **A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República).** Precedentes. Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão “ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial” do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado*

3 Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

4 RE 313060, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 24-02-2006 PP-00051 Ement Vol-02222-03 PP-00538 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 226-230 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 128-130.

de São Paulo. 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente.⁵ (grifei)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – § 2º, DO ARTIGO 61, § 2º DO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAÍ – NORMA QUE DISPÕE SOBRE RITO DO PROCESSO DE CASSAÇÃO DE VEREADOR, EM RAZÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA À UNIÃO (ARTIGO 22, INCISO I, DA CR) – ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA SÚMULA VINCULANTE Nº 46, DO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MÁCULA AO PACTO FEDERATIVO (ARTIGO 1º DA CR) – OFENSA AO ARTIGO 144 DA CARTA ESTADUAL – PRECEDENTES – INCIDENTE ACOLHIDO.⁶ (destaquei)

Sendo assim, o único procedimento pertinente à cassação de mandato de agente político em razão de prática de infração político-administrativa aplicável ao caso é aquele previsto no artigo 5º, do Decreto-Lei n. 201/67, que assim dispõe:

Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:

I - A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão Processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o quórum de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão Processante.

II - De posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão Processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator.

III - Recebendo o processo, o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos, dentro em cinco dias, notificando o denunciado, com a remessa de cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que, no prazo de dez dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas, até o máximo de dez. Se estiver ausente do Município, a notificação far-se-á por edital, publicado duas vezes, no órgão oficial, com intervalo de três dias, pelo menos, contado o prazo da primeira publicação. Decorrido o prazo de defesa, a Comissão processante emitirá parecer dentro em cinco dias, opinando pelo prosseguimento ou arquivamento da denúncia, o qual, neste caso, será submetido ao Plenário. Se a Comissão opinar pelo prosseguimento, o Presidente designará desde logo, o início da instrução, e determinará os atos, diligências e audiências que se fizerem necessários, para o depoimento do denunciado e inquirição das testemunhas.

IV - O denunciado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas,

5 ADI 2220, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 16/11/2011, Acórdão Eletrônico DJe-232 Divulg 06-12-2011 Public 07-12-2011.

6 TJ-SP - Arguição de Inconstitucionalidade: 00738653720158260000 SP 0073865-37.2015.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 16/03/2016, Órgão Especial, Data de Publicação: 21/03/2016.

sendo-lhe permitido assistir as diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperguntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa.

V – concluída a instrução, será aberta vista do processo ao denunciado, para razões escritas, no prazo de 5 (cinco) dias, e, após, a Comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da acusação, e solicitará ao Presidente da Câmara a convocação de sessão para julgamento. Na sessão de julgamento, serão lidas as peças requeridas por qualquer dos Vereadores e pelos denunciados, e, a seguir, os que desejarem poderão manifestar-se verbalmente, pelo tempo máximo de 15 (quinze) minutos cada um, e, ao final, o denunciado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de 2 (duas) horas para produzir sua defesa oral; (Redação dada pela Lei nº 11.966, de 2009).

VI - Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado.

VII - O processo, a que se refere este artigo, deverá estar concluído dentro em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado. Transcorrido o prazo sem o julgamento, o processo será arquivado, sem prejuízo de nova denúncia ainda que sobre os mesmos fatos.

Nota-se, ademais, que o dispositivo regimental na hipótese concreta estabelece regra de procedimento diversa daquela prevista no Decreto-Lei n. 201/1967, norma esta que constitucionalmente regula a questão.

Portanto, não há falar em nulidade por ausência de licença especial para processar o prefeito, uma vez que não se pode aplicar procedimento diferenciado adotado no Regimento Interno da Câmara Municipal ao presente caso, como pretendem os autores ora apelados, porquanto o município não detém competência para definir crimes de responsabilidade, muito menos de legislar a respeito do processo de cassação de Prefeito Municipal.

Diante do que foi exposto, verifico que não há falar em qualquer causa de cunho formal que justifique a decretação de nulidade do processo de apuração de infração político-administrativa praticada pelo ex-prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.

Por fim, passa-se à análise do terceiro e último requisito para chegar-se à conclusão de procedência ou não da ação popular, qual seja, a lesividade do ato impugnado.

Lesividade do ato impugnado.

A doutrina aborda o requisito da lesividade do ato impugnado por ação popular da seguinte maneira:

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-

se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.⁷ (destaquei)

*Numa palavra, a causa de pedir, remota, em ação popular, reside na demonstração idônea, pelo autor, de que a lide tem por base um dos interesses difusos que os textos de regência permitem que sejam sindicados nessa sede; (...) Já no que tange à causa próxima, deve o autor indicar e dar ao menos um início de prova de que um agente público ou autoridade, dentre os indicados no art. 6º e parágrafos da Lei nº 4.717/65, **procedendo por ação ou omissão, lesou (ou está na iminência de lesar) o erário público, o meio ambiente ou o patrimônio cultural, lato sensu, ou ainda laborou contra (ou está na iminência de afrontar) a moralidade administrativa.**⁸ (destaquei)*

No presente caso, alegam os autores da demanda que a lesividade do ato impugnado atentou contra a moralidade administrativa, tendo em vista a ocorrência de vícios de ordem moral quando da instauração, trâmite e conclusão do processo de cassação do então Prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.

Argumentam os autores da ação popular que os alegados vícios de ordem moral praticados por parte dos vereadores que participaram do processo de cassação consubstanciam-se na ausência de imparcialidade e isenção destes quando da votação na sessão de julgamento da infração político-administrativa do ex-prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.

Nesse sentido, mencionam os autores que, logo após a promulgação do Decreto Legislativo n. 1.759/2014, bem como após a posse do Vice-Prefeito, no cargo de Prefeito Municipal, alguns vereadores investiram-se imediatamente nas funções de Secretários Municipais, enquanto outros indicaram explicitamente apadrinhados para compor os mais diversos escalões do Poder Executivo Municipal, o que caracterizaria a lesividade à moralidade administrativa apontada.

Ocorre que não vislumbro, no caso em análise, prova cabal de vício de ordem moral lesivo à moralidade administrativa nos fatos trazidos aos autos pelos autores populares.

Com efeito, sabido e ressabido que é comum, dentro do jogo político, articulações entre vereadores e vice-prefeito, quando se está na iminência de se julgar o Prefeito Municipal por infração político-administrativa, o que não evidencia, por si só, imoralidade administrativa, até porque, de outro lado, ocorrem igualmente articulações de toda ordem entre os mesmos vereadores e o próprio Prefeito, este último objetivando naturalmente evitar a cassação de seu mandato. Ou seja, dá-se o que popularmente pode-se chamar de “chumbo trocado”, sendo certo que, no mais das vezes, o Prefeito no exercício do cargo tem mais “poder de fogo” do que o Vice-Prefeito.

Não é diferente dos embates de cunho político nacional o que ocorreu no âmbito municipal em Campo Grande, uma vez que, como é notório, foram muitos os acordos entre aliados e o Vice-Presidente Michel Temer celebrados durante o processo de *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff.

A título comparativo, antes mesmo de se consolidar o afastamento da Presidente da República, o Vice-Presidente à época, hoje Presidente Michel Temer, realizava conversas com aliados, inclusive com parlamentares que iriam votar no processo que apurava crime de responsabilidade, com a finalidade de formar novo grupo de ministros para compor o seu governo.

7 In “Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”, 33ª ed., Malheiros : São Paulo, 2010, p. 172.

8 MANCUSO, Rodolfo Camargo. Ação popular. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 118.

Não se olvide, outrossim, que exatamente a mesma sistemática foi posta em prática quando do processo de *impeachment* que resultou na renúncia do ex-Presidente Fernando Collor de Mello e posse do Vice Itamar Franco.

Ora, se o Congresso Nacional foi palco de tais articulações políticas (e não se pode falar em caracterização de vício de ordem moral passível de invalidar o processo de infração político-administrativa de *impeachment* da Presidente da República), não se pode afirmar que os acordos aqui questionados, no caso em apreço firmados entre os vereadores votantes e o vice-prefeito, macularam a imparcialidade no julgamento de cassação do Prefeito Municipal Alcides Jesus Peralta Bernal.

Ademais, não há provas nos autos que demonstrem inequivocadamente o recebimento de qualquer vantagem indevida ou de proveito econômico por parte dos vereadores para que estes votassem a favor da cassação do ora prefeito.

Tais provas até poderão surgir à medida que avancem as apurações e a instrução na área penal da ação n. n. 1600722-02.2016.8.12.0000 e, na área cível, da ação de improbidade administrativa n. 0023722-94.2016.8.12.0001.

Vale dizer, é preciso que se apure tanto no âmbito penal (ação penal) quanto no âmbito cível (ações de improbidade) o papel de cada um dos envolvidos, de *per si*, para se chegar à conclusão no sentido de que um, alguns e até mesmo todos cometeram crimes ou atos de improbidade. Não é possível condenar-se sem que haja a individualização da participação de cada qual no processo de cassação.

Às f. 679-683, os autores da ação popular colacionaram cópias do Diário Oficial com nomeações de vereadores para secretarias e de pessoas supostamente ligadas e indicadas a alguns membros da edilidade para ocupar cargos em comissão.

Entretanto, não há como afirmar que tais nomeações ocorreram tão só e exclusivamente como forma de troca de favores entre os vereadores e o Vice-Prefeito para o fim de se aprovar o processo de cassação do então Prefeito, uma vez que é comum a nomeação de indicados de bancadas que apoiam o Chefe do Executivo para ocupar cargos de confiança.

Anote-se, por outro lado, que a produção de provas na ação popular, como cediço, é possível de ser requerida até antes do despacho saneador.

No presente caso, infere-se que as únicas provas dos presentes autos são os documentos colacionados pelos autores na inicial e pelos réus nas suas respectivas peças de defesa, bem como as provas emprestadas retiradas do Procedimento Investigativo Criminal n. 18/15 do GAECO.

O magistrado de piso, como se nota, fundamentou a sentença combatida, no que tange à existência de vícios morais, predominantemente, nos fatos narrados na denúncia apresentada no Procedimento Investigativo Criminal n. 18/15 do GAECO, onde se apura eventual oferecimento de vantagem indevida, tais como cargos públicos, indicações de pessoas para ocupar cargos junto ao Poder Executivo Municipal, e também vantagem econômica aos vereadores para que estes votassem favoravelmente à cassação do prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.

Insta salientar, a bem da verdade, que os vícios de ordem moral citados na presente ação popular podem sim caracterizar atos de improbidade administrativa, a serem averiguados na seara cível, bem como delitos a serem apurados na seara penal. Contudo, as respectivas apurações estão apenas no começo, inexistindo notícia de que já houve formação de culpa ou restou comprovado o dolo em um ou outro caso.

Na espécie, o Procedimento Investigativo Criminal citado originou a Ação Civil de Improbidade n. 0023722-94.2016.8.12.0001 e a denúncia criminal distribuída sob o n. 1600722-02.2016.8.12.0000.

Todavia, em que pese a supracitada Ação Civil de Improbidade ter sido recebida pelo juízo de primeiro grau, estão pendentes de julgamento diversos Agravos de Instrumento, os quais ainda serão apreciados por este Colegiado, podendo esta Câmara Cível tanto rejeitar como ratificar o recebimento, em um, alguns ou todos, da mencionada ação que impugna os atos de improbidade ora imputados aos acusados. Veja-se, a propósito, a seguir, apenas a título de ilustração, a lista de recursos pendentes de julgamento a respeito da Ação Civil de Improbidade n. 0023722-94.2016.8.12.0001: Agravos de Instrumento: 1407519-41.2017.8.12.0000; 1407643-24.2017.8.12.0000; 1406907-06.2017.8.12.0000; 1407488-21.2017.8.12.0000; 1407224-04.2017.8.12.0000; 1407693-50.2017.8.12.0000; 1407257-91.2017.8.12.0000; 1407465-75.2017.8.12.0000; 1406908-88.2017.8.12.0000; 1407587-88.2017.8.12.0000; 1407696-05.2017.8.12.0000; 1407694-35.2017.8.12.0000; 1407697-87.2017.8.12.0000; 1406909-73.2017.8.12.0000; 1407705-64.2017.8.12.0000.

Ou seja, os fatos descritos na Ação Civil de Improbidade n. 0023722-94.2016.8.12.0001 sequer foram objetos de apreciação, no mérito, não tendo, assim, ficado definitivamente assentado se configuram ou não indícios de improbidade que mereçam ser investigados mais amiúde, isto em sede de segunda instância, razão pela qual não podem, *a priori*, serem utilizados como prova cabal na presente ação popular, uma vez que deve-se obedecer ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa antes de se considerar como verdadeiros os fatos narrados, sob pena de violação ao princípio da inocência/não-culpabilidade.

Saliento, ademais, que na aludida Ação Civil de Improbidade (n. 0023722-94.2016.8.12.0001), apenas 13 (treze) vereadores do total de 23 (vinte e três) que votaram a favor da cassação do mandato do prefeito foram citados e estão, por ora, respondendo, por atos de improbidade administrativa

Veja-se que de um total de 29 membros da Câmara Municipal, 23 votaram a favor e 6 contra a cassação do prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal, conforme pode-se verificar da Ata de Julgamento n. 5.986, colacionada às f. 4.994-5.033, de modo que mais de 80% dos vereadores entenderam que o então prefeito cometeu infração político-administrativa, porcentagem esta que, inclusive, é até maior do que os 2/3 exigidos pelo Decreto-Lei n. 201/1967⁹ para respaldar a cassação de mandato.

Outrossim, na seara criminal foi oferecida denúncia pelo Ministério Público, distribuída sob o n. 1600722-02.2016.8.12.0000, pela suposta prática dos crimes de associação criminosa e corrupção ativa e passiva, referentes às condutas criminosas apuradas no PIC n. 18/15 do GAECO, procedimento este utilizado pelo magistrado da instância singela para fundamentar a decisão ora combatida.

Ocorre que, também na esfera criminal, o referido procedimento investigativo não foi definitivamente processado e julgado, porquanto ainda não houve sequer o juízo de admissibilidade da denúncia ofertada pelo *Parquet*.¹⁰

9 Art. 5º (...)

VI - Concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações nominais, quantas forem as infrações articuladas na denúncia. Considerar-se-á afastado, definitivamente, do cargo, o denunciado que for declarado pelo voto de dois terços, pelo menos, dos membros da Câmara, em curso de qualquer das infrações especificadas na denúncia. Concluído o julgamento, o Presidente da Câmara proclamará imediatamente o resultado e fará lavrar ata que consigne a votação nominal sobre cada infração, e, se houver condenação, expedirá o competente decreto legislativo de cassação do mandato de Prefeito. Se o resultado da votação for absolutório, o Presidente determinará o arquivamento do processo. Em qualquer dos casos, o Presidente da Câmara comunicará à Justiça Eleitoral o resultado.

10 Autos n. 1600722-02.2016.8.12.0000. Disponível em <https://www.tjms.jus.br>.

A utilização, como cedição, da prova emprestada produzida em outro processo é, em regra, admitida, contudo, deve-se observar, estritamente, o contraditório, sob pena de causar prejuízo às partes.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe dispositivo expresso a respeito. Veja-se:

*Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, **observado o contraditório**. (destaquei)*

Como se vê, melhor dizendo, as supostas condutas ímprobas que fundamentaram a sentença a respeito dos vícios de ordem moral ainda estão sendo processadas na seara cível e criminal, não tendo havido a necessária e completa instrução processual capaz de garantir o contraditório e ampla defesa aos acusados.

Sendo assim, não é legítimo ao juiz de primeiro grau utilizar como fundamento tão só as mencionadas provas emprestadas para julgar procedente a presente ação popular, sob o argumento de lesividade do ato questionado quanto à moralidade administrativa.

A utilização, para tal fim, das condutas mencionadas no Procedimento Investigativo Criminal n. 18/15 do GAECO, além de violar o contraditório e ampla defesa, ofende também o princípio da inocência/não-culpabilidade.

O princípio da inocência/não-culpabilidade está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

De acordo com tal princípio, qualquer pessoa deve ser considerada presumidamente inocente até que haja confirmação da certeza de sua culpa. Tal decisão confirmatória deverá ser obtida por intermédio do devido processo legal, em um juízo competente e após transitada em julgado.

Destarte, insista-se, não é permitido ao julgador antecipar o juízo condenatório, antes de esgotado o devido processo legal.

A respeito do tema, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário.”¹¹ (destaquei)

Ao considerar que os vereadores cometeram as condutas ímprobas, imorais e até criminosas que ainda estão sendo investigadas e processadas em autos próprios, corre-se o risco, caso, haja posteriormente o arquivamento dos mencionados procedimentos (ou mesmo absolvição dos citados), de se estar diante de intolerável injustiça, instaurando-se verdadeira insegurança jurídica.

Não há, portanto, repita-se, qualquer prova inquestionável e nem mesmo acima do razoável de que os vereadores que votaram a favor da aprovação do Decreto Legislativo n. 1.759/2014 receberam vantagens

¹¹ HC 80719, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, DJ 28-09-2001 PP-00037 Ement Vol-02045-01 PP-00143.

indevidas, ou mesmo agiram em troca de nomeações de apadrinhados para cargos do Poder Executivo Municipal, vez que tais afirmações jazem isoladas no bojo dos autos.

Em não havendo prova suficiente da lesividade à moralidade administrativa, não há como dar por preenchido este último requisito para a procedência da ação popular.

Nesse sentido, leciona Rodolfo de Camargo Mancuso¹²:

(...) se a causa da ação popular for um ato que o autor reputa ofensivo à moralidade administrativa, sem outra conotação palpável lesão ao erário, cremos que em princípio a ação poderá vir a ser acolhida, em restando provada tal pretensão (...)”.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de apelação cível interposto pela Câmara Municipal de Campo Grande para, reformando a sentença de primeiro grau, julgar improcedente a ação popular que anulou o Decreto Legislativo n. 1.759/2014.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Rasslan), após o relator dar provimento ao recurso, o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 06/03/2018)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (1º Vogal)

Relembrando, cuida-se na origem de ação popular promovida por Ayrton de Araújo e outros em face da Câmara Municipal de Campo Grande e de alguns detentores da vereança à época do ajuizamento. A causa de pedir residiu na nulidade do Decreto Legislativo n. 1759/14 em razão de alegados defeitos formais e de vícios de moralidade (desvios de finalidade) na condução da cassação do mandato eletivo do então Prefeito de Campo Grande, Senhor Alcides Jesus Peralta Bernal.

Após regular tramitação, o magistrado a quo acolheu a pretensão inicial, decretando a invalidade do ato jurídico questionado.

Inconformada, a Câmara Municipal de Campo Grande apelou pela reversão do resultado.

O Relator, Des. Sérgio Fernandes Martins, houve por bem reformar a sentença de origem e julgar improcedente o pedido de anulação. Para tanto, assentou: a inexistência de vícios formais no processo de cassação, haja vista a regularidade dos trâmites utilizados e a ausência de imoralidade nas tratativas parlamentares que levaram ao ato de destituição do Prefeito.

Ultrapassada a recapitulação, inicio a fundamentação propriamente dita de meu posicionamento.

Registro, inicialmente, que à primeira vista poderia se declarar a perda do objeto do presente recurso.

Isto porque, conforme se infere dos autos, a presente ação popular foi intentada visando, única e exclusivamente, a anulação do Decreto Legislativo nº 1.759/14, que cassou o mandato do prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal, em 13 de março de 2014, sob os argumentos de existência de vícios de cunho moral e formal no ato da cassação.

12 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 4. ed. p. 100

O juízo singular julgou procedente a lide e, no julgamento da apelação cível, o Des. Sérgio Fernandes Martins, como Relator, votou pelo provimento do recurso para reformar a sentença de primeiro grau, oportunidade em que pedi vista dos autos para uma melhor análise.

O mandato de prefeito para o qual foi eleito Alcides Jesus Peralta Bernal, compreendeu o período entre os anos de 2013 a 2016. Assim, a ação popular que, na forma como anteriormente anotada, visava, exclusivamente, a anulação do decreto de cassação do referido prefeito à época, teria perdido seu objeto, na medida em que dito mandato já se encontra findo.

Dispõe o art. 493, do CPC/2015:

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Comentando o citado artigo, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Direito e fato superveniente. O ius superveniens e o factum superveniens podem consistir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de quem possa ser com ele beneficiado no processo. Não se pode, a pretexto de pretender a incidência do ius superveniens, alterar a causa de pedir ou o pedido (Nery.Direito superveniente - Não cabimento de alteração da causa de pedir [RP25/214 J]). O dispositivo tem sido aplicado não só no primeiro grau de jurisdição, mas também em segundo grau e nas instâncias extraordinárias. (Comentários ao Código de Processo Civil - Novo CPC, 1.ª ed. em e-book, comentário ao art. 493)

Em resumo: ajuizada ação popular para anular decreto de cassação de mandato de prefeito, restaria configurada a superveniente carência de ação resultante da perda do objeto ou inutilidade do provimento jurisdicional quando verificado o término do mandato para o qual eleito, o que tornaria inevitável a extinção, sem julgamento de mérito, do correspondente processo, com fulcro no art. 485, VI, combinado com o art. 493, ambos do CPC/2015.

Nesse sentido, aliás, há jurisprudência:

*REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO POPULAR – PEDIDO DE CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO – PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO – EXTINÇÃO DO FEITO – SENTENÇA CONFIRMADA. Ajuizada ação popular para cassar o mandato de Vereador, configurada fica a superveniente carência de ação resultante da perda do objeto ou inutilidade do provimento jurisdicional quando nos autos comprovado que, atendendo determinação da Justiça Eleitoral, a Câmara Municipal afasta o acusado edil e **já se verifica o término da Legislatura para a qual eleito**, o que torna inevitável a extinção, sem julgamento de mérito, do correspondente processo, com fulcro no art. 485, VI, c/c o art. 493, ambos do CPC/2015. (TJMG; RN 1.0433.13.014438-2/001; Rel. Des. Peixoto Henriques; Julg. 01/08/2017; DJEMG 07/08/2017 - grifei).*

Ocorre, entretanto, que o mandato foi cassado quando ainda se desenvolvia, e o decreto de cassação foi suspenso e, depois, anulado pela sentença prolatada ainda no curso do mandato, tendo se iniciado o julgamento da apelação quando já encerrado o período do mandato do Prefeito Municipal.

Destarte, se o acolhimento da apelação não terá efeito prático quanto ao exercício do mandato de prefeito, em si, mas parece-me que ainda poderia se discutir se resta interesse processual por conta dos

efeitos derivados da cassação, se esta for confirmada, referentes aos direitos políticos do eventualmente cassado.

Por este motivo, não há falar-se em perda superveniente do objeto deste recurso.

Analiso, pois, o mérito.

Sabe-se que a ação popular tem lugar quando se quer anular o ato, e esta Câmara, ao julgar o agravo de instrumento n. 1405631-42.2014.8.12.0000, referido pelo ilustre Relator, admitiu não apenas a possibilidade desta para averiguação da moralidade do ato de cassação, mas que a ofensa a esta moralidade, naquela ocasião, mostrava-se visível a ponto de permitir a recondução do prefeito cassado ao exercício do cargo, no qual se manteve até o término do mandato. Veja-se o inteiro teor da ementa do dito recurso, com grifos nossos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – PRELIMINARES – CABIMENTO – PRESCINDIBILIDADE DE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – ALEGAÇÃO DE OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA – PREVENÇÃO – ANTERIOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCESSÃO DE LIMINAR SEM AUDIÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – REJEITADAS – MÉRITO – DECISÃO POLÍTICA – APRECIÇÃO DA LEGALIDADE PELO JUDICIÁRIO – ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – CPC, ART. 273 – PROVA INEQUÍVOCA, VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – REQUISITOS PRESENTES – RECURSO NÃO PROVIDO E DE ACORDO COM PARECER ORAL DA PGJ. Em razão do disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República, tem-se que a lesão ao patrimônio público não é pressuposto ou condição exclusiva da ação popular, sendo possível ajuizá-la quando houver violação à moralidade administrativa. Precedentes no STJ. Em se tratando de processo coletivo, a competência é territorial absoluta, ou seja, é definida pelo local do dano e todas as demandas seguintes à primeira deverão ser distribuídas ao juízo originário. Nesse sentido é a regra do § 3º do artigo 5º da Lei nº 4.717/1965. Antes de ajuizadas as ações populares, já tramitava perante o Juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Campo Grande ação civil pública no bojo da qual também são discutidos os mesmos fatos aqui tratados. Assim, conexas essas três ações que tutelam direitos coletivos, a prevenção é do juízo citado, a quem distribuída a primeira delas. No tocante à concessão de liminar em ação popular, a Lei nº 4.717/1965, em seu artigo 5º, § 4º, admite a adoção de tutelas de urgência para suspensão de atos lesivos sem condicioná-las à audiência prévia de qualquer parte ou interessado. Destarte, a disciplina diferente aplicável à ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo (artigo 2º da Lei nº 8.437/1992) não se estende à ação popular. A apreciação da legalidade do processo político-administrativo de cassação do mandato do prefeito de Campo Grande pela Câmara Municipal de Vereadores é consentânea com o sistema jurídico pátrio, não havendo qualquer vício nesse proceder. Desde que não sejam substituídos os critérios do julgamento político, exerce o Poder Judiciário função lhe que é própria, consoante previsão na Constituição da República. A antecipação da tutela é meio para propiciar ao requerente os efeitos da sentença, total ou parcialmente, antes que esta seja proferida. Assim, por força do que preceitua o artigo 273 do Código de Processo Civil, só há falar em antecipação dos seus efeitos se, diante da existência de prova inequívoca, o juiz se convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Presentes os requisitos a lastrear a concessão da tutela antecipada, a sua concessão é medida que se impõe, devendo ser restabelecida a decisão de primeiro grau que concedeu a tutela antecipada e suspendeu os efeitos do Decreto Legislativo nº 1.759/14 e, por consequência, determinou o retorno imediato do Sr. Alcides Jesus Peralta Bernal às suas funções no

cargo de Prefeito do Município de Campo Grande. Recurso improvido e de acordo com o parecer oral da PGJ.

Conquanto tenha o eminente Relator acolhido o apelo por não visualizar vícios de ordem formal no processo de cassação discutido, - e registro que ao julgar a Apelação Cível em mandado de segurança n. 0839328-37.2013.8.12.0001, de que fui relator, os vícios formais indicados no processo de cassação que até então se desenvolvia foram rejeitados por esta 1ª Câmara Cível-, certo é que a ofensa à moralidade do ato de cassação, porque utilizado indevidamente para satisfação de interesses privados que estariam sendo contrariados pelo alcaide, não foram espancados e encontram-se evidenciados nos autos, como bem ressaltou a sentença, além de haver o fato novo referente à cassação por nove fatos, quando o pedido de cassação se embasou em número menor destes.

Este vício formal, - cassação por nove fatos quando a imputação circunscrevia-se a três -, já seria o suficiente para indicar evidente irregularidade procedimental ocorrida após o julgamento daquele *mandamus* e que torna ilegal o decreto de cassação.

Não fosse suficiente, por certo que a prova dos autos evidencia que a cassação ocorreu, basicamente, porque o Prefeito não pagou dívidas do Município com fornecedores e buscava revisar contratos sobre os quais haviam dúvidas quanto à legalidade ou moralidade.

Ora, para que serve o sistema constitucional dos precatórios?

Seria possível a cassação de mandato pelo simples fato do mandatário não cumprir as obrigações contratuais assumidas pelo ente público?

É evidente que, ante o sistema constitucional previsto para o pagamento das dívidas públicas – precatórios-, não há que se falar cassação advinda do não pagamento de valores devidos a fornecedores.

Mais que isto, a defesa que deve ser promovida pelos agentes políticos é de interesses privados ou públicos? Ou devem defender os interesses privados até mesmo contra os interesses públicos?

As provas dos autos evidenciam, às escâncaras, que, infelizmente, assim agiram aqueles que deram causa ao processo e à efetiva cassação do prefeito à época, contra o qual, registre-se, não havia qualquer condenação por improbidade administrativa, mas, ao contrário, sentença de improcedência de ação que a buscava.

Vê-se, pois, que o ato de cassação ressent-se da falta de moralidade dos meios e dos fins alcançados pelo agir daqueles que a ela deram causa.

A ação popular é uma demanda de berço constitucional, com objeto precípuo cível. O bem jurídico difuso nela tutelado condiz com a moralidade administrativa e o seu êxito redundará basicamente em provimento de caráter constitutivo-negativo. Na acertada conclusão de Hely Lopes Meirelles¹³, “*Além da invalidade do ato ou do contrato e das reposições e indenizações devidas, a sentença em ação popular não poderá impor qualquer outra sanção aos vencidos. Sua natureza civil não comporta condenações políticas, administrativas ou criminais*”.

Faço questão de frisar estas balizas para ressaltar que, fora a invalidade do ato atacado, nenhuma consequência de ordem administrativa, política ou criminal decorrerá deste processo, aparentemente.

13 Mandado de segurança e ações constitucionais. SP: Malheiros, 32.^a ed., atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Mendes, p. 176.

Com efeito, os bens jurídicos adstritos a estas esferas de apuração são diversos e muito mais restritos e severos dos que o da moralidade administrativa.

No direito brasileiro impera a independência das instâncias no tocante ao âmbito de cada uma dessas investigações e das ações porventura delas decorrentes, principalmente na categoria do injusto penal, absolutamente subsidiária e especial perante todas as outras¹⁴.

Em sentido idêntico, recupero a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores:

“Sendo o espectro de atuação da ação de improbidade administrativa mais abrangente do que o da ação popular, sobretudo no que tange à condenação nas sanções típicas daquela, inexistentes nesta, não há falar-se em princípio em litispendência.” (STJ. AgRg no AREsp 76.313/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª REGIÃO), Primeira Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 23/09/2015).

PENAL E PROCESSUAL PENAL – (...) RÉU CONDENADO EM AÇÃO PENAL E ABSOLVIDO, NO CÍVEL, EM AÇÃO POPULAR, PELO MESMO FATO – DECISÃO DE JUÍZO CÍVEL QUE CONSIDERA NÃO PROVADA A PARTICIPAÇÃO DE ALGUÉM NA TRAMA FRAUDULENTA, EXCLUINDO-O DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, NÃO COLIDE COM SENTENÇA CRIMINAL CONDENATÓRIA, QUE REPUTOU PROVADA AQUELA PARTICIPAÇÃO, JÁ QUE A PROVA QUE NÃO FOI FEITA PELO PARTICULAR, NO JUÍZO CÍVEL, FOI PRODUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO JUÍZO PENAL – INEXISTÊNCIA DE QUESTÃO PREJUDICIAL, LITISPENDÊNCIA OU COISA JULGADA Oponíveis à SENTENÇA CRIMINAL – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL E PENAL, COM PREVALÊNCIA DESTA QUANDO DECIDE SOBRE A PROVA DO FATO E DA AUTORIA – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO PARA RESTABELECIMENTO DO ACÓRDÃO, NA APELAÇÃO, QUE CASSOU A REABILITAÇÃO, CONCEDIDA INDEPENDENTEMENTE DA OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO. (STJ. REsp 500/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, julgado em 04/10/1989, DJ 23/10/1989, p. 16199).

RECURSO ESPECIAL – REGISTRO – CANDIDATURA – CONDENAÇÃO – AÇÃO POPULAR – RESSARCIMENTO – ERÁRIO – VIDA PREGRESSA – INELEGIBILIDADE – AUSÊNCIA – APLICAÇÃO – SÚMULA-TSE Nº 13 – SUSPENSÃO – DIREITOS POLÍTICOS – EFEITOS AUTOMÁTICOS – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO POPULAR – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INSTITUTOS DIVERSOS – NÃO-INCIDÊNCIA – ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA h, DA LC Nº 64/90 – NECESSIDADE – FINALIDADE ELEITORAL – ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA g, DA LC Nº 64/90 – NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. A simples condenação em ação popular não gera inelegibilidade por vida pregressa, por não ser auto-aplicável o § 9.º, art. 14, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, nos termos da Súmula-TSE nº 13.

2. O objeto da ação popular é a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, bem como a condenação do responsável pelo ato ao pagamento de perdas e danos (arts. 1.º e 11 da Lei nº 4.717/65). Dessa maneira, não se inclui, entre as finalidades da ação popular, a cominação de sanção de suspensão de direitos políticos, por ato de improbidade administrativa. Por conseguinte, condenação a ressarcimento do erário em ação popular não conduz, por si só, à inelegibilidade.

14 Cf. Claus Roxin. Derecho penal – parte general tomo I. Fundamentos. De la estructura de la teoría del delicto. Civitas: Madrid. 1.ª.ed., p. 51; Jorge de Figueiredo Dias. Direito Penal – parte geral, tomo I, RT: SP, 1.ª.ed., p. 123 e Cezar Roberto Bitencourt. Tratado de direito penal. Vol. I, parte geral. SP: Saraiva, 22.ª.ed., p. 55.

3. *A ação popular e a ação por improbidade administrativa são institutos diversos.*

4. *A sanção de suspensão dos direitos políticos, por meio de ação de improbidade administrativa, não possui natureza penal e depende de aplicação expressa e motivada por parte do juízo competente, estando condicionada a sua efetividade ao trânsito em julgado da sentença condenatória, consoante expressa previsão legal do art. 20 da Lei nº 8.429/92.*

5. *Para estar caracterizada a inelegibilidade do art. 1.º, inciso I, alínea h, é imprescindível a finalidade eleitoral.*

6. *A ação popular não é pressuposto da inelegibilidade descrita no art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/90.*

7. *Negado provimento ao recurso.* (TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 23347, Acórdão de, Relator(a) Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 22/09/2004).

Sendo assim, pedindo vênias ao Relator, não vislumbro qualquer empecilho para analisarmos as provas coletadas, ainda que em procedimento investigatório preliminar, pelas lentes da ação popular.

As demais demandas pendentes serão definidas a seu tempo e modo, com respeito ao devido processo legal e à luz de suas especificidades cognitivas próprias e individuais. A multiplicidade de medidas jurídicas possíveis em torno dos mesmos fatos é incapaz de gerar óbice ao prosseguimento e definição do processo agora em tela.

Dito isso, dentre os fundamentos da demanda, um deles é principal em relação aos demais e deve condicionar a análise da matéria deduzida em juízo.

Efetivamente, a alegação do vício do desvio de finalidade consistente na adoção de interesses escusos para a convalidação da cassação atacada é razão suficiente e capaz de contaminar todo o processo de formação do ato, seja ele pautado por regras lícitas ou não.

Daí, caso assentada a mácula no móvel da cassação, pouco importa a verificação das externalidades dos procedimentos anteriores ao seu desfecho. Do ponto de vista jurídico-constitucional, a prática dissimulada de uma atividade regular, com ânimo de fraude à lei, traduz ilegalidade, tanto quanto a postura ostentada ilicitamente, de forma aberta em todos os seus aspectos formais e subjetivos.

Sendo assim, identificada a patologia da vontade, torna-se indiferente a existência de uma capa de “legalidade” acobertando os intentos ilícitos ou da preexistência de fundamentos suficientes para a tomada das decisões com amparo em motivações realmente válidas e jurígenas. Como bem observam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹⁵, os efeitos deletérios do desvio se estendem a todos os casos em que se constate a existência de uma divergência entre os fins realmente perseguidos e os que, de acordo com a norma aplicável, deveriam orientar a decisão pública.

Pois bem.

A teor dos ensinamentos do saudoso Geraldo Ataliba¹⁶, na forma brasileira de governo “*o mandato se põe no centro de toda construção jurídica da república. É seu instrumento de viabilização. Não se pode cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia. Sem mandato, não há república*”.

15 Curso de direito administrativo. SP: RT. Vol. I, p. 477.

16 República e constituição. SP: Malheiros. 3ª.ed. atualizada, p. 93.

Por óbvio, a arena política desfruta de uma interpretação menos rígida do moralmente permitido e proibido. Tal se dá em virtude da liberdade necessária para o completo exercício do *munus* parlamentar. Deste modo, discussões, acordos e alianças recebidas com extrema reserva e hostilidade por determinados segmentos da população, são inerentes ao dia-a-dia dos detentores do poder legislativo, nada havendo de impróprio a permitir um controle judicial de tais práticas.

O fenômeno é bem captado pela consagrada doutrina dos círculos secantes de Claude Du Pasquier¹⁷. Para tal teoria, a moral e o direito estariam representados por áreas autônomas, interligadas por reduzida faixa de extensão. O campo da moral despontaria muito vasto e só seria delimitado pelo direito a partir de condutas graves e intoleráveis sob a ótica do interesse público primário¹⁸.

No plano político essa dinâmica se desenvolve diuturnamente. Nem tudo que afronta moralidades particulares é imoral do ponto de vista jurídico e suficiente, portanto, para justificar a propositura de uma ação popular contra detentores do mandato eletivo.

Todavia, detectadas violações contundentes à democracia, se torna imperativa a intervenção corretiva do Poder Judiciário. Conforme alerta o jusfilósofo Jürgen Habermas, não se trata de invadir a conveniência e oportunidade do exercício parlamentar, mas sim de assegurar a mínima retidão dos procedimentos inerentes ao exercício dos poderes outorgados pelo voto dos cidadãos¹⁹.

Nesse mesmo sentido, lecionam Cláudio Neto e Daniel Sarmento²⁰:

“A democracia também deve calibrar a autocontenção judicial num sentido inverso. O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas políticas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento”.

Por conseguinte, motivada a excepcionalidade da intervenção judicial, a análise das provas e fatos coligidos nestes autos revela o inelutável vício do desvio de finalidade, frontalmente infringente da moralidade administrativa exigida para todas as atividades públicas, inclusive a parlamentar.

Decerto, a investigação de vícios dos atos públicos reclama operações complexas de raciocínio. Aliás, o emérito professor argentino Agustín Gordillo²¹ ressalta a dificuldade do caminho da comprovação do desvio de finalidade, em virtude dos artifícios utilizados pelos detratores da coisa pública. Todavia, também aponta ser contornável tal obstáculo, pois, muitas vezes, aquele que persegue uma finalidade

17 Introducción a la teoría general del derecho y la filosofía jurídica. traducción del francés y notas por Juan Bautista de Lavallle y Julio Ayasta. Lima, Librería Gil, ed. 1944.

18 Alexandre Mazza. Manual de direito administrativo. SP: Saraiva. 2ª ed., p. 94. No mesmo sentido, Miguel Reale *in* Lições preliminares de direito. SP: Saraiva. 22ª ed., p. 42-44.

19 Direito e democracia: entre facticidade e validade. RJ: Tempo brasileiro, 1997, p. 159-160.

20 Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. Revista quaestio iuris, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351, p. 33-34.

21 Tratado de derecho administrativo. Fundación de derecho administrativo. MG: Del Rey. Tomo 3 – El acto administrativo. 6ª edición, IX-27.

distinta da declarada deixa rastros de sua conduta, que podem ser evidenciados por prova documental, testemunhal e até mesmo indiciária.

É o que aqui ocorre, tendo em vista a existência, para além de simples rastros, de vários e contundentes elementos comprobatórios da intenção escusa orientadora do ato atacado.

Investigações envidadas pelo Ministério Público e pela Polícia local, inclusive com gravações telefônicas e documentos requisitados ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, deram conta de inúmeras linhas veementes de convencimento da pretensão exordial, destacando-se: a movimentação financeira incompatível de grande parte dos vereadores durante o período de aprovação da cassação do Prefeito; conversas travadas entre empresários e vereadores, expondo a existência de negociações; anotações em diário da esposa de um dos empresários envolvidos no caso; mensagens de texto trocadas entre terceiros e alguns dos demandados; distribuição de cargos na Prefeitura²².

Trata-se, portanto, de um efeito sinérgico de vícios de vontade²³, os quais acabaram por macular todo um procedimento tendente a atos aparentemente lícitos, culminando na degradação do ato objurgado.

Isto é o quanto basta para preservar a sentença e ratificar a nulidade do decreto de cassação em questão. Segundo já abordado, a constatação de respeito a formalidades meramente extrínsecas não coonesto o vício de finalidade e a invocação de paralelos entre a derrubada do Prefeito de Campo Grande e a queda da Presidente Dilma Rousseff é matéria *inter alios*, totalmente impertinente para o desfecho destes autos.

Eles são pautados por vicissitudes jurídicas e fáticas únicas, sem nenhum traço de coincidência com os acontecimentos travados no *impeachment* da Presidente da República.

Em face do exposto, divergindo do Relator e em sintonia com o parecer do Ministério Público Estadual, conheço do apelo, mas nego-lhe provimento, mantendo indene a sentença de procedência lançada em primeiro grau de jurisdição.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista do 2º vogal (Des. Lós), após o relator ter dado provimento ao recurso e o 1º vogal ter negado provimento.

VOTO (EM 20/03/2018)

O Sr. Des. João Maria Lós. (2º Vogal)

Pedi vistas aos autos para melhor examinar a matéria debatida, bem como para analisar detidamente a documentação contida nos mesmos.

Cuida-se de apelação interposto pela Câmara Municipal de Campo Grande em face da sentença de f. 4940/4966 que, nos autos da ação popular promovida por Ayrton de Araújo, Derly dos Reis de Oliveira, José Orcírio Miranda dos Santos, Luiza Ribeiro Gonçalves, Paulo Francisco Coimbra Pedra, Mauricio Elias Amarilha, Reginaldo Pereira da Silva, Juliana Vieira de Carvalho, Maria Aparecida da Conceição, Kamila Feitosa Fontoura, Alcides Jesus Peralta Bernal, julgou procedente o pedido contido na inicial, convalidando a tutela provisória concedida, a fim de anular o Decreto Legislativo n. 1.759/14 que cassou o prefeito municipal Alcides Jesus Peralta Bernal (f. 4966).

²² Sentença de primeiro grau, f. 4953-4965.

²³ A expressão é da lavra de Agustín Gordillo. Ob. cit., IX-15.

Sustentam os autores da ação popular que, logo após a promulgação do Decreto Legislativo n. 1.759/2014, bem como depois de ocorrida a posse do Vice-Prefeito na cadeira de Prefeito, alguns vereadores investiram-se imediatamente em cargos de Secretários Municipais, enquanto outros teriam indicado, abertamente, apadrinhados para compor os mais diversos escalões do Poder Executivo Municipal, fatos estes que estariam a caracterizar a alegada lesividade à moralidade administrativa.

Em razões recursais, os apelante pugnam, em síntese, para que seja integralmente reformada a sentença da ação popular em virtude da inexistência de vícios no procedimento político-administrativo de cassação de mandato do Prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal.

O e. Relator, deu provimento ao recurso de apelação cível interposto pela Câmara Municipal de Campo Grande para, reformando a sentença de primeiro grau, julgar improcedente a ação popular que anulou o Decreto Legislativo n. 1.759/2014

Pois bem.

A presente ação popular foi proposta objetivando a anulação do Decreto Legislativo nº 1759/14, que cassou o mandato eletivo do então prefeito municipal Alcides Jesus Peralta Bernal.

É bem verdade que a Ação Popular serve para tutelar o patrimônio das entidades relacionadas no art. 1º da Lei nº 4.717/1965, pelo reconhecimento da nulidade de atos lesivos em razão de incompetência; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; desvio de finalidade (art. 2º da Lei da Ação Popular).

Todavia, para vislumbrar o interesse-adequação e higidez da ação, se afigura imprescindível subsistir efeito prático de anulação do ato administrativo.

Na hipótese, a presente a ação popular foi proposta com a finalidade de anular o Decreto Legislativo n. 1.759/14 que cassou o mandato do prefeito Alcides Jesus Peralta Bernal e, conseqüentemente, determinar o retorno do mesmo ao cargo de Prefeito do Município de Campo Grande-MS, legislatura 2013/2016.

A rigor, considerando que a presente demanda tem natureza apenas desconstitutiva, e levando-se em conta os contornos práticos da causa, tem-se que o fim almejado por esta ação popular não possuiu mais efeito, porquanto busca a reintegração de candidato ao cargo de legislatura já expirada (de 1º de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2016), sendo certo que a tutela buscada já foi garantida pela medida liminar concedida no decorrer da ação.

Ou seja, o retorno do candidato eleito ao cargo, pretendido pela via da ação popular, na pratica, já não seria possível diante o escoamento do período legislativo para o qual foi eleito.

Contudo, considerando que esta 1ª Câmara já adentrou ao mérito do julgamento da persente ação, hei por bem, também examiná-lo.

Com efeito, de uma análise exauriente da presente ação popular, assim como o e. Relator, não verifiquei a existência de vícios de ordem formal quando da tramitação do processo de cassação do mandato do então Prefeito Municipal Alcides Jesus Peralta Bernal, tampouco a existência de um suposto esquema entre os vereadores e o à epoca vice-prefeito para aprovar a denúncia de infração político-administrativa que foi cometida pelo prefeito.

Em verdade, não há nos autos, sequer indícios de provas que demonstrem inequivocadamente o recebimento de qualquer vantagem indevida ou de proveito econômico por parte dos vereadores para que

estes votassem a favor da cassação do ora prefeito. Não é possível condenar-se sem que haja a individualização da participação de cada qual no processo de cassação.

Não há, portanto, repita-se, qualquer indício de prova de que os vereadores que votaram a favor da aprovação do Decreto Legislativo n. 1.759/2014 receberam vantagens indevidas, ou mesmo agiram em troca de nomeações de apadrinhados para cargos do Poder Executivo Municipal.

Por tais razões, acompanho o e. Relator, dou provimento ao recurso de apelação cível interposto pela Câmara Municipal de Campo Grande para, reformando a sentença de primeiro grau, julgar improcedente a ação popular que anulou o Decreto Legislativo n. 1.759/2014.

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

VOTO (EM 03/04/2018)

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (3ª Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta pela Câmara Municipal de Campo Grande, inconformada com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação popular movida por Ayrton de Araújo e outros.

O i. Relator deu provimento ao recurso, reformando a sentença para julgar improcedente a ação popular que anulou o Decreto Legislativo nº 1.759/2014.

Divergiu de tal entendimento o i. 1º Vogal, com o parecer, negando provimento à apelação para manter incólume a sentença investivada.

Nos termos do artigo 942, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, fui convocada a tomar parte no presente julgamento.

Pois bem. Trata-se de ação popular proposta com vistas a anular o Decreto Legislativo nº 1.759/2014, que cassou o mandato do então Prefeito de Campo Grande Alcides Bernal, com base no artigo 2º, alíneas *b*, *d* e *e* da Lei nº 4.717/1965, tendo em vista a suposta ocorrência de vícios de ordem moral e de ordem formal no ato de cassação.

Entendo que assiste razão aos recorrentes.

Conforme razões lançadas pelo i. Relator, devem ser afastados os vícios apontados pelos apelantes, tendo em vista a inoccorrência de cerceamento de defesa, ou de violação ao procedimento que culminou na cassação ora discutida, uma vez que o Município não possui competência para definição do que seriam os crimes de responsabilidade.

Além disso, não houve apresentação de prova inequívoca a comprovar a ocorrência de vício de ordem moral, em violação à moralidade administrativa, a embasar a nulidade do Decreto Legislativo pretendida pelos autores da presente ação popular, havendo a exibição tão somente de indícios, insuficientes para o fim a que se destinam.

Assim, tal circunstância ainda será analisada judicialmente, tendo em vista que estão pendentes de julgamento a ação penal nº 1600722-02.2016.8.12.0000 e a ação civil pública por improbidade administrativa nº 0023722-94.2016.8.12.0001, ocasiões nas quais serão examinados, de forma minuciosa, os fatos apresentados, precipuamente no que tange ao Procedimento Investigativo Criminal nº 18/15 do GAECO, principal argumento utilizado pelo magistrado de piso para embasar a sentença invecivada.

Desta feita, acompanho o i. Relator para reformar a sentença recorrida, julgando improcedente a presente ação popular.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal, que negava provimento. Julgamento nos moldes do art. 942 do CPC.

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, Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 03 de abril de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0002659-36.2010.8.12.0029 – Naviraí
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESTATUTO DO IDOSO – RESERVA DE VAGA GRATUITA EM TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO – CONCESSÃO DE LINHA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE AS EMPRESAS RECORRENTES NÃO CONCEDEM O BENEFÍCIO DE PASSE GRATUITO AOS IDOSOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSOS PROVIDOS.

É defeso ao poder judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual.

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, contra o parecer, afastar a preliminar e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Expresso Maringá e pela Viação Umuarama Ltda contra a sentença (f. 453-465) proferida nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual.

A apelante Viação Umuarama Ltda. afirma, em síntese, que:

Verifica-se na sentença proferida, que o juízo a quo reconhece que a empresa apelante não é detentora de linha interestadual que faça a ligação entre a cidade de Naviraí (MS) até Curitiba (PR). (f. 484)

Contudo, equivocou-se o juízo monocrático ao não fazer distinção entre linhas interestaduais e linhas intermunicipais, pois, os idosos só tem direito a gratuidade de passagens nas linhas interestaduais, nos termos do art. 40 do Estatuto do Idoso. (f. 485)

Verifica-se claramente a ausência de concessão de transporte interestadual de passageiros entre as cidades de Naviraí (MS) e Curitiba (PR). Em decisão recente deste E. Tribunal, nos Autos da Apelação n. 0000129-35.2009.8.12.0016, em voto proferido pelo Eminente Desembargador Sérgio Fernandes Martins (em anexo), assim dispôs sobre o mesmo fato: (f. 485)

“Como se vê, resta claro que a Viação Umuarama não dispõe nas suas linhas interestaduais, ou seções iniciadas em Mato Grosso do Sul, nenhuma ligação com a cidade de Curitiba-PR. (f. 485)

Ocorre que a presente ação versa sobre linha interestadual da qual a empresa-apelante não é detentora, motivo pelo qual lhe foi negado a gratuidade da passagem de ônibus ao idoso. Com relação as outras linhas interestaduais, da qual a empresa-apelante é detentora, aos idosos são dadas passagens gratuitas nos termos da legislação de regência. (f. 486)

Desta forma, se confirmada a r. sentença, o que se admite apenas para argumentar, estará o Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul, por via oblíqua, unificando a linha interestadual (inexistente) entre Naviraí (MS) – Curitiba (PR), com concessão de linha estadual concedida pelo Estado do Paraná, usurpando a competência, tanto da União Federal, como do Estado Federado da qual a jurisdição do Mato Grosso do Sul não possui competência, dispensando ainda a licitação, o que não é permitido pela legislação de regência. (f. 487)

Ao final, requer *“a reforma da r. sentença proferida pelo juízo a quo, para julgar totalmente improcedente a ação, condenando o apelado no ônus de sucumbência. Em caso de confirmação da sentença, o que se admite apenas para argumentar, ao proferir acórdão, requer seja observado o prequestionamento.”* (f. 487-488)

O apelante Expresso Maringá afirma, em suma, que:

Compulsando-se os autos, verifica-se que, após ser intimado a especificar provas, o apelado pediu o julgamento antecipado e deixou de apresentar rol de testemunhas quando lhe foi oportunizado. (f. 517)

Apesar disso, por um equívoco, foi expedida carta precatória para a Comarca de Mundo Novo (MS) para oitiva das Sras. Ana Oliveira Ormundo, Cecília Donizeth de Oliveira e Francisca Cavalheiro Pereira, que, de acordo com o que consta na precatória, teriam sido arroladas como testemunhas pelo apelado. (f. 517)

Muito embora o d. Juízo de primeiro grau tenha consignado na sentença que os depoimentos colhidos na Comarca de Mundo Novo não poderiam servir de prova, “uma vez que incorreta a expedição de missiva àquele Juízo para inquirição de testemunhas que sequer foram arroladas pelas partes”, deixou de determinar o desentranhamento da carta precatória, tal como requerido pela apelante em suas alegações finais, o que motivou a oposição dos embargos de declaração de f. 471/482. (f. 518)

Ocorre que, ao julgar os aclaratórios, o d. Juízo a quo entendeu ser desnecessário o desentranhamento dos autos da carta precatória, argumentando que os depoimentos constantes das f. 322/338 foram desconsiderados. (f. 518)

Contudo, a simples indicação de que os depoimentos colhidos na missiva não foram considerados como prova não se revela, com o devido respeito, tecnicamente suficiente. (f. 518)

Diante disso, incorreta a conclusão alcançada pelo d. Juízo a quo, razão pela qual se faz necessária a reforma da r. sentença objurgada, para que seja determinado o desentranhamento dos autos da carta precatória expedida para a Comarca de Mundo Novo. (f. 519)

No entendimento do Juízo a quo, a apelante deve ser compelida a fornecer passagens gratuitas ou a conceder desconto de 50% sobre o valor da tarifa aos idosos que possuem renda igual ou inferior a dois salários mínimos, pois, embora não detenha nenhuma linha direta que cumpra este itinerário, é fato que transporta passageiros de Naviraí (MS) até Curitiba (PR). (f. 519-520)

Ao assim decidir, contudo, o d. Juízo a quo incorreu em verdadeiro error in judicando, porquanto desconsiderou a característica das linhas operadas pela apelante, conferindo à legislação relativa ao assunto maior extensão do que o texto legal permite. (f. 520)

Com efeito, a apelante Expresso Maringá é concessionária pública prestadora de serviços de transporte, possuindo autorização para explorar diversas linhas intermunicipais e também permissões de linhas interestaduais delegadas pelo Governo Federal, através da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres. (f. 522)

Embora a apelante opere atualmente quatro linhas interestaduais que atendem à cidade de Naviraí (MS), nenhuma delas faz seção em Curitiba (PR), isto é, nenhuma delas para nesta cidade para o embarque ou desembarque de passageiros. Da mesma forma, nenhuma das linhas interestaduais de que a apelante detém autorização que atendem a cidade de Curitiba (PR) passam por Naviraí (MS). (f. 522)

Na r. sentença objurgada, contudo, não se levou em conta a natureza das linhas operadas pela apelante, convencendo-se o Juízo a quo que a empresa leva passageiros de Naviraí (MS) a Curitiba (PR) e que, por isso, deveria fornecer passagens gratuitas ou com desconto de 50% para os idosos que desejarem viajar entre essas duas localidades. (f. 524)

Ora, como se viu, as normas legais que disciplinam a matéria deferem a gratuidade em coletivos de natureza urbana, semiurbana e interestadual, mas não nas de natureza intermunicipal. (f. 524)

Diante de tudo isso, verifica-se que, ao contrário do que sugeriu a r. sentença atacada, não se trata de subterfúgio utilizado pela apelante para não cumprir a legislação. A documentação acostada aos autos comprova que a empresa não detém autorização para explorar linha interestadual que ligue, direta ou indiretamente, as cidades de Naviraí (MS) e Curitiba (PR). (f. 528)

(...) a sentença leva a crer que competiria à apelante produzir provas acerca desta circunstância, argumentando que “Nada há nos autos que demonstrem [sic] que inexistem normas internas das requeridas que objetivam restringir os direitos dos idosos”. (f. 532)

Ao assim decidir, o d. Juízo de primeira instância nada mais fez do que impor à apelante o ônus de produzir prova negativa ou diabólica, o que não se admite. (f. 532)

Ora, percebe-se a dificuldade de comprovação do cumprimento da obrigação de “não estabelecer norma que contrarie a legislação, crie restrição ou impedimento ao transporte gratuito aos idosos”. Como a apelante faria a prova desse fato negativo? Como provaria que não estabelece tais normas? (f. 532)

Caberia, isto sim, ao apelado demonstrar que haveria algum tipo de norma interna da apelante nesse sentido, caso em que seria adequada a determinação estabelecida na sentença objurgada. (f. 532)

Ao final, requer

“(...) dar integral provimento à presente apelação, reformando a r. sentença para o fim de: a) Reconhecer a nulidade apontada pela apelante e determinar o desentranhamento dos autos da carta precatória expedida para a Comarca de Mundo Novo; b) Julgar totalmente improcedentes os pedidos deduzidos pelo apelado, tendo em vista que a apelante não praticou nenhuma ilegalidade e dá perfeito cumprimento às disposições do Estatuto do Idoso e do Decreto n. 5.934/2006; c) Ad argumentandum quantum, caso esta c. Corte incline-se pela manutenção da sentença de procedência parcial da demanda (o que não se espera), mister se faz determinar que a obrigação de fornecimento de passagens gratuitas ou com desconto aos idosos limite -se à linha operada pela apelante que liga a cidade de Naviraí (MS) à divisa com o Estado do Paraná; d) Ainda na improvável hipótese de manutenção da parcial procedência da demanda (o que repita-se não se espera), pugna-se sejam estabelecidos a forma de cumprimento e os limites das obrigações impostas à apelante e à Viação Umuarama Ltda., conforme acima exposto.” (f. 535-536)

Devidamente intimado, o apelado apresentou contrarrazões às f. 540-550.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 588-595 pugnando pela rejeição da preliminar de nulidade e, no mérito, pelo não provimento dos recursos.

O feito foi sobrestado até o julgamento do Incidente de Assunção de Competência n. 0002659-36.2010.8.12.0029/50000, que ocorreu na Seção Especial Cível, em 24.5.2018, e que, por unanimidade, restou não conhecido, retornando o presente feito conclusivo.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, por Expresso Maringá e pela Viação Umuarama Ltda contra a sentença (f. 453-465) proferida nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público Estadual.

A sentença combatida, no que interessa ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos:

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual em desfavor das empresas Expresso Maringá Ltda e Viação Umuarama Ltda, objetivando, principalmente, que sejam as requeridas compelidas a fornecerem transporte gratuito a idosa Anair de Quadros Maia de Naviraí-MS para Curitiba-PR ou, inexistindo vaga, a concessão de desconto de 50 % sobre o valor da passagem. Pretendeu, ainda, sejam referidas empresas compelidas a fornecerem os benefícios do transporte gratuito consistente em dois assentos por veículo e do desconto de 50 % sobre o valor das passagens para todos os idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos, entre outras medidas em prol dos idosos.

No mérito, a pretensão da parte autora com relação aos pedidos remanescentes merece acolhimento, senão vejamos.

O impasse cinge-se à observância da obrigação legal de reserva de passagens de ônibus a idosos neste Município, que segundo a Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Naviraí-MS e o Conselho Municipal dos Direitos do Idoso local não vem sendo cumprida pelas requeridas.

De rigor o acolhimento do pedido descrito no item “g” da petição inicial.

Os documentos de f. 33/35 demonstram que além da Sra. Anair, outros idosos encontram-se insatisfeitos com as condutas das requeridas, fato que ensejou a realização de reunião perante o Procon local envolvendo as empresas prestadoras de serviço de transporte (f. 37/38), assim como a propositura da presente demanda pelo Ministério Público Estadual.

A Sra. Anair de Quadros Maia buscou o Procon local no dia 01.06.2010 e noticiou o descumprimento da legislação pelas empresas Expresso Maringá Ltda (f. 39/40) e Viação Umuarama Ltda (f. 42/43).

Comprovado o descumprimento da legislação pelas requeridas, não obstante a existência da Recomendação n. 01/2007 da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Naviraí, deve a parte requerida ser compelida a disponibilizar passagens tal como pretendido na inicial.

Com efeito, o art. 230 da Constituição Federal estabelece que “[...] § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. [...]”.

O Estatuto do Idoso, por sua vez, trata como idoso aquele que com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (art. 1º, Lei n. 10.741/2003), garantindo-lhes os seguintes direitos:

Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II”.

As requeridas para se eximirem da obrigação decorrente de referido dispositivo, sustentam que não possuem linha direta para a cidade de Curitiba-PR.

Tal fato não altera a obrigação legal das requeridas em fornecerem passagens gratuitas ou com desconto, pois existente o fornecimento de transporte pela requerida com destino final para a cidade de Curitiba-PR, ainda que decorrente de linhas fracionadas.

Eventuais questões administrativas relativas à disponibilização de passagens até o destino final não podem ser realizadas pelo beneficiário, pois a este somente é incumbida a reserva, tal como previsto na legislação vigente. Outros trâmites devem ser realizados pela empresa que presta o serviço e não podem ser exigidos do idoso.

O Decreto 5.934/06, que regulamentou o artigo 40 do Estatuto do Idoso, menciona que:

“Art. 3º Na forma definida no art. 40 da Lei nº 10.741, de 2003, ao idoso com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos serão reservadas duas vagas gratuitas em cada veículo, comboio ferroviário ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros.

§ 1º Para fins do disposto no caput, incluem-se na condição de serviço convencional:

I - os serviços de transporte rodoviário interestadual convencional de passageiros, prestado com veículo de características básicas, com ou sem sanitários, em linhas regulares;

II - os serviços de transporte ferroviário interestadual de passageiros, em linhas regulares; e

III - os serviços de transporte aquaviário interestadual, abertos ao público, realizados nos rios, lagos, lagoas e baías, que operam linhas regulares, inclusive travessias.

§ 2º O idoso, para fazer uso da reserva prevista no caput deste artigo, deverá solicitar um único “Bilhete de Viagem do Idoso”, nos pontos de venda próprios da transportadora, com antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial da linha do serviço de transporte, podendo solicitar a emissão do bilhete de viagem de retorno, respeitados os procedimentos da venda de bilhete de passagem, no que couber.

§ 3º Na existência de seções, nos pontos de seção devidamente autorizados para embarque de passageiros, a reserva de assentos também deverá estar disponível até o horário definido para o ponto inicial da linha, consoante previsto no § 2º.

§ 4º Após o prazo estipulado no § 2º, caso os assentos reservados não tenham sido objeto de concessão do benefício de que trata este Decreto, as empresas prestadoras dos serviços poderão colocar à venda os bilhetes desses assentos, que, enquanto não comercializados, continuarão disponíveis para o exercício do benefício da gratuidade.

§ 5º No dia marcado para a viagem, o idoso deverá comparecer ao terminal de embarque até trinta minutos antes da hora marcada para o início da viagem, sob pena de perda do benefício.

§ 6º O “Bilhete de Viagem do Idoso” e o bilhete com desconto do valor da passagem são intransferíveis” (destaquei).

Portanto, mostra-se ilegal qualquer outra exigência feita ao consumidor que tenha como fundamento impedi-lo de ser beneficiado com a passagem gratuita devidamente prevista em lei.

Inexistindo qualquer fundamento plausível para negativa por parte das requeridas no cumprimento de tais normativas e sendo inconteste o descumprimento por elas, necessário se faz a aplicação de multa em caso de descumprimento, que no caso entendo ser razoável o valor de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), a teor do art. 84, §4º da Lei n. 8.078/90, devendo referida penalidade ser revertida em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, diante do contido no art. 2º, inciso II, do Decreto n. 1.306/94.

Por fim, consigno que inexistindo impugnação especificada pela parte requerida no que tange aos pedidos descritos nos itens “h”, “i” e “j”, as alegações da parte autora devem ser tida como verdadeiras, devendo as requeridas serem compelidas a promoverem ações que assegurem os direitos de transporte gratuito ou com desconto aos idosos.

Nada há nos autos que demonstrem que inexistem normas internas das requeridas que objetivam restringir os direitos dos idosos. Também não há prova de que nos guichês das requeridas existam avisos esclarecendo sobre os direitos dos idosos previstos na Lei Federal n. 10.741/2003 e Decreto Federal n.5.934/2006.

Tais medidas, aliás, tem como fundamento assegurar o cumprimento da presente sentença, de modo que não há óbice legal para seu deferimento se latente a negativa da parte requerida em cumprir a legislação pertinente.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo extinto o feito sem a resolução do mérito com fundamento no art. 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil, com relação ao pedido de concessão de transporte interestadual gratuito à idosa Anair de Quadros Maia para o dia 15 de junho de 2010 com destino a Curitiba-PR.

Outrossim, julgo procedentes os demais pedidos contidos nesta Ação Civil Pública, declarando resolvido o mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, para o fim de condenar as requeridas Expresso Maringá E Viação Umuarama Ltda a:

A) reservarem 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, independentemente do ponto de partida, de baldeação ou conexão antes da chegada ao destino final ou, excedidas as vagas, concederem desconto de 50% (cinquenta por cento) no valor das passagens;

B) absterem-se de estabelecer norma contrária à legislação, assim como restrição ou impedimento ao transporte gratuito de passageiros idosos;

C) promoverem a orientação de todos os seus funcionários da presente determinação judicial, no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado; e,

D) afixarem em local visível nos guichês de aquisição das passagens os direitos dos idosos previstos na Lei Federal n. 10.741/2003 e Decreto Federal n. 5.934/2006, tudo sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), a ser revertida em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a teor do art. 2º, inciso II, do Decreto n. 1.306/94.

Considerando a sucumbência mínima da parte autora, condeno a parte ré no pagamento das custas processuais.

Sem honorários advocatícios por incabíveis (art. 128, § 5º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal e art. 88 da Lei n. 10.741/2003). (Destaquei)

Da análise dos autos verifico a necessidade de reforma a sentença objurgada.

Dou, portanto, provimento às apelações cíveis.

Inicialmente, afasto de plano a preliminar de nulidade da sentença para desentranhar a carta precatória expedida para oitiva de testemunhas na Comarca de Mundo Novo, suscitada pelo Expresso Maringá Ltda, adotando como razão de decidir os fundamentos exarados no parecer ministerial de f. 588-595, os quais transcrevo a seguir:

“Malgrado os esforços argumentativos desenvolvidos pela recorrente, sabe-se que a nulidade decorrente dos atos processuais ou da ausência destes somente deve ser declarada se houver a demonstração de efetivo prejuízo à parte, não sendo esta, data venia, a hipótese dos autos, uma vez que a recorrente não apontou qual seria o gravame decorrente da juntada da referida carta precatória, porquanto a mesma sequer influiu no julgamento da causa, consoante se depreende do seguinte excerto da r. Sentença:

Antes de adentrar ao mérito, registro que os depoimentos prestados na Comarca de Mundo Novo (f. 322/338) não poderão servir de prova, uma vez que incorreta a expedição

da missiva àquele Juízo para inquirição de testemunhas que sequer foram arroladas pelas partes. Portanto, desconsidero-os como prova. (f. 457).

Tal raciocínio é extraído do princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não se declara a nulidade sem a demonstração de efetivo prejuízo para a parte que a invoca.”

Nesse diapasão:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA – COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – ECONOMIA PROCESSUAL E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – SOPESAMENTO – PROVA NÃO ESSENCIAL – FATO INCONTROVERSO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

[...]

5. Há, no caso dos autos, uma flagrante irregularidade processual consistente na ausência de intimação do ora recorrente para acompanhar a audiência da testemunha Marli Ferreira Chaves. Esse fato, analisado isoladamente, representa uma ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, motivo pelo qual a primeira solução que se poderia pensar seria a anulação do processo desde a ocorrência na anomalia.

6. Contudo, há especificidades que não recomendam esse desfecho. Isso porque, conforme assentado pelo Tribunal de origem, a irregularidade da ausência de intimação do acusado não lhe trouxe prejuízo, seja porque a prova produzida sem o contraditório não foi determinante na fundamentação da sentença, seja porque o fato sobre o qual a testemunha foi interrogada era incontroverso ante a ausência de impugnação da defesa.

7. Tais circunstâncias elevam o peso dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que, em que pese a ausência de intimação do acusado para exercer o contraditório na oitiva da testemunha, tal vício não lhe acarretou prejuízo. Aplica-se, in casu, o princípio do pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Recurso Especial improvido”. (STJ; REsp 1.201.317; Proc. 2010/0116446-8; GO; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; Julg. 16/06/2011; DJE 14/12/2011)

Venia concedida, anular o feito sem a existência de prejuízo constitui providência totalmente contraproducente, isto é, totalmente contrária aos princípios da economia processual e da primazia do julgamento do mérito (artigo 4º do CPC).

Dessa forma, a pretensão recursal não merece ser acolhida neste ponto, haja vista a inexistência de quaisquer prejuízos à parte apelante, já que os referidos depoimentos não foram utilizados para arrimar o édito condenatório.

Rejeito, portanto, a preliminar em comento.

Mérito.

No mérito recursal, passo à análise conjunta dos apelos interpostos por Expresso Maringá e Viação Umuarama, tendo em vista a identidade de pedidos, qual seja, a improcedência da ação de origem.

Verifico assistir razão aos recorrentes.

Com efeito, o caso ora julgado é análogo à Apelação Cível n. 0000129-35.2009.8.12.0016, a qual relatei, dando provimento ao apelo da Viação Umuarama Ltda, nos seguintes termos:

“Mérito.

No mérito, afirma, em síntese, a empresa recorrente que “a ação civil pública versa sobre linha interestadual da qual a empresa ré não é detentora, motivo pelo qual era negado a gratuidade da passagem de ônibus aos idosos. Com relação as outras linhas interestaduais, da qual a empresa é detentora, aos idosos são dadas passagens gratuitas nos termos da legislação de regência” (f. 321).

Sustenta que “se mantida a r. sentença, estará o Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul, por via oblíqua, unificando a linha interestadual entre Mundo Novo (MS) - Guaíra (PR), com a concessão de linha estadual concedida pelo Estado de Paraná, usurpando a competência, tanto da União Federal, como a do Estado Federado da qual a jurisdição do Mato Grosso do Sul não possui competência, dispensando ainda a licitação, o que não é permitido pela legislação de regência (f. 323)”.

Razão assiste à recorrente.

O recurso, portanto, merece provimento.

De pronto, verifico, contrário ao entendimento adotado pelo magistrado de piso, que a empresa apelante realmente não dispõe dentre as suas linhas interestaduais, ou seção iniciada em Mato Grosso do Sul, nenhuma ligação direta com a cidade de Curitiba-PR, razão pela qual é lícita a negativa de gratuidade da passagem de ônibus aos idosos para aquela localidade.

O disposto no artigo 40 da Lei n.10.741, de 1.10.2003, regulamentado, pelo Decreto n. 5.934/2006 e pela Resolução ANTT n.1.692/2006, é que garante aos idosos que preenchem as condições legais o direito ao transporte coletivo gratuito. Veja-se o teor dos referidos dispositivos no que interessa à solução do presente recurso:

Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos;

II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos.

Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I - idoso: pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos;

II - serviço de transporte interestadual de passageiros: o que transpõe o limite do Estado, do Distrito Federal ou de Território;

III - linha: serviço de transporte coletivo de passageiros executado em uma ligação de dois pontos terminais, nela incluída os seccionamentos e as alterações operacionais

efetivadas, aberto ao público em geral, de natureza regular e permanente, com itinerário definido no ato de sua delegação ou outorga.

(...)

Art. 3º Na forma definida no art. 40 da Lei nº 10.741, de 2003, ao idoso com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos serão reservadas duas vagas gratuitas em cada veículo, comboio ferroviário ou embarcação do serviço.

(...)

§ 2º O idoso, para fazer uso da reserva prevista no caput deste artigo, deverá solicitar um único “Bilhete de Viagem do Idoso”, nos pontos de venda próprios da transportadora, com antecedência de, pelo menos, três horas em relação ao horário de partida do ponto inicial da linha do serviço de transporte, podendo solicitar a emissão do bilhete de viagem de retorno, respeitados os procedimentos da venda de bilhete de passagem, no que couber.

§ 3º Na existência de seções, nos pontos de seção devidamente autorizados para embarque de passageiros, a reserva de assentos também deverá estar disponível até o horário definido para o ponto inicial da linha, consoante previsto no §2º.

*Pois bem. Da análise dos autos, **observe que as operações de transporte correspondentes à Viação Umuarama Ltda., Linhas e Seções Interestaduais autorizadas pela ANTT, informadas pela Agência Estadual Reguladora de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul - AGEPAN à f. 23 são as seguintes:***

a) Mundo Novo (Seção):

-Mundo Novo (MS) - Guaira (PR)

-Mundo Novo (MS) - Perobal (PR)

-Mundo Novo (MS) - Iporã (PR)

-Mundo Novo (MS) - Francisco Alves (PR)

-Mundo Novo (MS) - Assis Chateaubriand (PR)

-Mundo Novo (MS) - Palotina (PR)

-Mundo Novo (MS) - Terra Roxa (PR)

Disponíveis nas linhas:

--> 09-1114-00 - Guaira (PR) - Campo Grande (MS)

--> 09-1115-00 - Guaira (PR) - Dourados (MS)

--> 09-1497-00 - Umuarama (PR) - Campo Grande (MS)

--> 09-1498-00 - Guaira (PR) - Mundo Novo (MS)

--> 09-1599-00 - Assis Chateaubriand (PR) - Campo Grande (MS)

b) Campo Grande (Ponto da Linha Inicial)

-Campo Grande (MS) - Guaira (PR)

-Campo Grande (MS) - Umuarama (PR)

-Campo Grande (MS) - Perobal (PR)

-Campo Grande (MS) - Iporã (PR)

-Campo Grande (MS) - Francisco Alves (PR)

- Campo Grande (MS) - Assis Chateaubriand (PR)

Disponíveis nas linhas:

--> 09-1114-00 - Guaira (PR) - Campo Grande (MS)

--> 09-1497-00 - Umuarama (PR) - Campo Grande (MS)

-->09-1599-00 - Assis Chateaubriand (PR) - Campo Grande (MS)

Como se vê, resta claro que a Viação Umuarama não dispõe nas suas linhas interestaduais, ou seções iniciadas em Mato Grosso do Sul, nenhuma ligação com a cidade de Curitiba-PR.

Verifico, portanto, a ausência de concessão de transporte interestadual de passageiros entre Mundo Novo-MS e Curitiba-PR que, como sabido e ressabido, é concedida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT.

Atualmente, a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros encontra-se sob a égide da Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, no que couber da Lei n. 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995, e da Lei n. 9.074, de 7 de Julho de 1995, regulamentadas pelo Decreto n. 2.521, de 20 de março de 1998 e pelas normas provas aprovadas em Resolução, pela Diretoria Colegiada da ANTT.

No caso, as linhas interestaduais concedidas pela ANTT são exatamente àquelas discriminadas pela AGEPAN, dentre as quais não existe a linha de Mundo Novo-MS a Curitiba-PR.

Ressalto, ademais, que a ANTT ainda tem o poder discricionário de autorização, concessão ou permissão de linhas interestaduais conforme apreciação conveniência e oportunidade. Sendo a discricionariedade oriunda da lei, confere a Administração, expressa ou tacitamente, a liberdade de atuação.

Ora, não há como pretender que o Poder Judiciário substitua o Poder Executivo no exercício de competências que lhes são próprias, instaurando-se a confusão dos poderes, de modo a comprometer o Estado de Direito que tem, na separação das funções soberanas dos Estados, um dos seus mais importantes pilares.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

Ementa: ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCESSÃO DE LINHA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 39 DO TRF 1ª REGIÃO. 1. É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual (Constituição Federal, art. 21, XII, e). Súmula 39 do TRF - 1ª Região. 2.

Apelação a que se nega provimento. Sentença confirmada. 3. Peças liberadas pelo relator em 09/11/2000 para publicação do acórdão.

Por tais razões, assiste razão à empresa Viação Umuarama quando afirma que ‘se mantida a r. sentença, estará o Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul, por via oblíqua, unificando a linha estadual concedida pelo Estado de Paraná, usurpando a competência, tanto da União Federal, como a do Estado Federado do qual a jurisdição do Mato Grosso do Sul não possui competência, dispensando ainda a licitação, o que não é permitido pela legislação de regência (f. 323’.

No que se refere ao transporte de todas as cidades de Mato Grosso do Sul até a cidade de Curitiba ou outra cidade localizada no Paraná, não há prova nos autos de que a empresa recorrente não esteja concedendo o benefício aos idosos, nos termos previstos na legislação de regência, de modo que não há falar em condenação.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido contido na inicial.” (Grifei)

O recurso em questão restou assim ementado:

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES – NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – AFASTADAS – MÉRITO – ESTATUTO DO IDOSO – RESERVA DE VAGA GRATUITA EM TRANSPORTE COLETIVO RODOVIÁRIO – CONCESSÃO DE LINHA DE TRANSPORTE INTERESTADUAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE A EMPRESA NÃO CONCEDE O BENEFÍCIO DE PASSE GRATUITO AOS IDOSOS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL IMPROVIDO – RECURSO DO RÉU PROVIDO.

Não há cogitar negativa de prestação jurisdicional, porquanto o juiz singular apresentou todos os fundamentos suficientes para a formação de seu livre convencimento, abarcando e resolvendo, de forma clara, completa e coerente, todas as questões essenciais da controvérsia submetida a seu julgamento.

Tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa permissionária de serviço público e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, por conseguinte, de competência à Justiça Federal para julgar o feito.

Entre as funções institucionais do Ministério Público, encontra-se a de zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos, bem como fiscalizar os serviços de relevância pública, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia de bom funcionamento.

É defeso ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para autorizar, conceder ou permitir a exploração de serviço de transporte rodoviário interestadual.

Do mesmo modo, no caso do apelo ora julgado, as empresas recorrentes não são detentoras de linha interestadual que tenha ligação direta com a cidade de Curitiba-PR.

Em relação à apelante Viação Umuarama Ltda., os documentos de f. 195-200 comprovam que a empresa possui os seguintes itinerários: Guaíra (PR) – Campo Grande (MS); Guaíra (PR) – Dourados (MS); Umuarama (PR) – Campo Grande (MS); Guaíra (PR) – Mundo Novo (MS); Assis Chateaubriand (PR) – Campo Grande (MS); Guaíra (PR) – Mundo Novo (MS).

Quanto à recorrente Expresso Maringá Ltda., o documento de f. 216 atesta que a mesma oferece o trecho de Naviraí (MS) à Divisa do Estado do Paraná, Distrito de Porto Camargo.

Desse modo, aplicando-se o mesmo entendimento utilizado quando do julgamento da Apelação Cível n. 0000129-35.2009.8.12.0016, razão assiste aos recorrentes.

Igualmente, não há provas nos autos de que as apelantes não estejam concedendo o benefício da passagem gratuita aos idosos no que se refere aos demais trechos oferecidos (cidades do Estado de Mato Grosso do Sul com destino à Curitiba/PR).

Ante o exposto, afastada a preliminar suscitada e, no mérito, contrariando o parecer ministerial, dou provimento aos recursos de apelação cível interpostos por Expresso Maringá e pela Viação Umuarama Ltda para, reformando a sentença hostilizada, julgar improcedentes os pedidos contidos na exordial. Sem custas e honorários, conforme determina o art. 18, da Lei n. 7.347/85¹.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, afastaram a preliminar e deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

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^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

1 Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo se comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0817128-36.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INSTALAÇÃO DE ANTENAS DE TRANSMISSÃO DE SINAL DE TELEFONIA CELULAR (ESTAÇÕES RÁDIO BASE – ERB) SEM LICENÇA AMBIENTAL – ALEGAÇÃO DE RISCO À SAÚDE – AUSÊNCIA DE PROVAS – DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURADO – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 3.365/2007 QUE DISCIPLINA A INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE (ERBs), MINI ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE (ERBs) E EQUIPAMENTOS AFINS DE TRANSMISSÃO DE TELEFONIA CELULAR – AFASTADA – NORMA ESTADUAL EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO FEDERAL – LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES – DECRETO MUNICIPAL N. 11.457/2011 – LEGISLAÇÃO DE INTERESSE LOCAL – EMISSÃO DE GUIA DE DIRETRIZES URBANÍSTICAS – GDU PARA ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE, MINI ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE E EQUIPAMENTOS AFINS DE TRANSMISSÃO DE TELEFONIA CELULAR – CONSTITUCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Não há falar em configuração de dano moral coletivo, com a consequente indenização, diante da ausência de comprovação de potencialidade lesiva das Estações de Rádio Base – ERB, as quais, supostamente, seriam causadoras de danos à coletividade.

Não padece de inconstitucionalidade a Lei Estadual n. 3.365/2007, que disciplina a instalação de Estações de Rádio Base, Mini Estações de Rádio Base e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular, porquanto a Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/97 – estabelece, em seu art. 74 que:

“(...) A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento das normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros público.”

O Decreto Municipal n. 11.457/2011, que disciplina a emissão de Guia de Diretrizes Urbanísticas – GDU de Estações de Rádio Base, Mini Estações de Rádio Base e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular não invade a competência da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão, porquanto trata de questões de interesse local, de competência dos municípios, a teor do que dispõe o art. 30, I, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento aos recursos.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, pela Claro S/A e pelo Ministério Público Estadual contra a sentença (f. 1.326-1.342) proferida nos autos da ação civil pública em epígrafe.

A Claro S/A alega, em suma, que:

[...] mostra-se materialmente inconstitucional a Lei Estadual nº 3.365/2007 ao estabelecer parâmetros técnicos para a implantação de ERB's em seu território, excedendo os limites de sua competência legislativa. (f. 1.356)

Demais disto referida Legislação Estadual foi expressamente revogada pela Lei nº. 4.672/2015, de modo que sequer se aplica, ainda, ao caso em tela, notadamente ao considerar a eficácia a ela atribuída. (f. 1.356)

[...] a instalação e o funcionamento das ERB's não estão classificadas como atividades caracterizadas como potencialmente poluidoras ou capazes de causar degradação ambiental. (f. 1.357)

Assim, a emissão de ondas eletromagnéticas, dentro dos limites internacionalmente aceitos como seguros é inofensiva ao meio ambiente e à saúde humana. Não há razão para inclusão das atividades em comento no rol daquelas potencialmente poluidoras ou degradantes de recursos ambientais. (f. 1.358)

[...] resta claro que a emissão de radiação não-ionizante a partir de estações rádio-base (ERB's) de sistemas celulares ou de qualquer outra estação de radiocomunicação não se enquadra nas definições de atividade poluidora ou potencialmente poluidora. (f. 1.360)

[...] afigura-se absolutamente autônomo o fundamento jurídico de que a licença ambiental é inexigível para ERB's, e, portanto, suficiente a embasar a pretensão de que os efeitos práticos da Legislação Estadual do Mato Grosso do Sul e da Legislação Municipal de Campo Grande sejam reconhecidas como ilegais e, via de consequência, inaplicáveis. (f. 1.360)

[...] a Lei Estadual nº 3.365/2007 não poderia, determinar a adequação aos seus termos das ERB's instaladas e em funcionamento antes da sua promulgação, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade das leis e da garantia constitucional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. (f. 1.361)

[...] não há dúvida de que a Lei Estadual nº 3.365/2007 é maculada pelo vício de inconstitucionalidade e nessas condições, não é instrumento válido para regular a instalação e o funcionamento de ERB's no Estado do Mato Grosso do Sul. (f. 1.363-1.364)

[...] mesmo se reconhecida a exigência do prévio licenciamento ambiental, o que se admite apenas por argumentar, as sanções aplicadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul também se mostram antijurídicas por se sustentar em norma estadual editada em confronto com a Constituição Federal, qual seja, a Lei Estadual nº 3.365/2007. (f. 1.364)

[...] são válidas as normas locais que impõem obrigações decorrentes da execução das concessões, permissões ou autorizações dos serviços de telecomunicações, vinculadas às garantias e aos valores difusos inerentes ao bem estar da população, somente. (f. 1.364)

[...] é visível a anormalidade constitucional quanto ao Decreto Municipal nº 11.457/2011 e, também, quanto a Lei Estadual, pois exigem o prévio licenciamento executivo da instalação e funcionamento das Estações de Rádio Base. (f. 1.365)

[...] são ilegais e não fundamentam a r. sentença proferida, pois carecem de requisito básico e indispensável: (i) constitucionalidade, eis que contrariam a legislação federal, bem como (ii) a competência da Anatel, que expediu as licenças para instalação das estações rádio base. O mesmo se diga em relação à legalidade da atuação do Ministério Público, na medida em que não há prova de que sua instalação e funcionamento possam produzir o dano ambiental alegado pelo Ministério Público. (f. 1.366)

[...] muito embora possa haver cautela na expedição das licenças ambientais para instalação de estações de rádio base, a Apelante demonstrou que atendeu aos requisitos técnicos e de segurança exigidos pela ANATEL (através da Resolução nº. 303), que lhe expediu, inclusive, as necessárias e indispensáveis autorizações para instalação das estações no Município de Campo Grande, pelo que não se me afigura viável impedir a continuidade das obras, a instalação dos equipamentos e seu regular funcionamento, para que esta Prestadora se adeque às condições restritivas promovida pela Legislação Estadual e Municipal. (f. 1.366)

E não há que se falar em eventual omissão da União, uma vez que mencionada competência privativa foi devidamente exercida com edição de lei federal e de resoluções específicas da ANATEL tratando do assunto. (f. 1.367)

Assim, é forçoso reconhecer que os Municípios não têm competência para determinar de que forma e sob quais requisitos poderão ser instaladas e funcionar estações de telecomunicações em seu território. Diante disto, o Estado do Mato Grosso do Sul está interferindo e dificultando injustificadamente a expansão das redes de telefonia e, consequentemente, a prestação dos serviços de telecomunicações. (f. 1.368)

[...] se a Apelante demonstra, assim, que sua atividade não é ofensiva ao meio ambiente, não há relevância da fundamentação apta e capaz o suficiente para julgar procedente o pleito inicial, reconhecendo a legalidade das legislações municipal e estadual, e, portanto, impor restrições ilegais aos meios de desenvolvimento da atividade fim da Apelante. (f. 1.369)

[...] presentes e bem delineados os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora e, em consequência, requer o deferimento da antecipação da tutela inibitória, conforme facultado pelo art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil, para que o Estado e o município de Campo Grande (i) sejam impedidos de aplicar quaisquer sanções em razão da desconformidade das ERB's utilizadas para a prestação dos serviços de telecomunicações referidos nesta peça inicial nos seus limites territoriais com os termos da Lei Estadual nº 3.365/2007, especialmente, a imposição de multas, a suspensão compulsória do seu funcionamento e/ou a expedição de ordem de demolição ou retirada, (ii) bem como sejam proibidos de impedir novas instalações de ERB's necessárias à expansão ou ao aprimoramento dos serviços de telecomunicações prestados no Estado do Mato Grosso do Sul com base na Lei Estadual nº 3.365/2007, tudo até ulterior decisão judicial, garantindo, assim, a continuidade da prestação dos serviços de telecomunicações no Estado. (f. 1.373)

Ao final, requer:

“digne-se esse E. Tribunal de a conhecer e processar o presente apelo, deferindo a antecipação da tutela recursal, e, no mérito, dar provimento ao recurso, reformando a r. sentença proferida, para: I. Deferir a antecipação da tutela inibitória pleiteada, inaudita

altera pars, nos termos do artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, para que o Estado do Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande (i) sejam impedidos de aplicar quaisquer sanções em razão da desconformidade das ERB s utilizadas pela Apelante para a prestação dos serviços de telecomunicações referidos nesta peça inicial nos seus limites territoriais com os termos da Lei Estadual nº 3.365/2007, especialmente, a imposição de multas, a suspensão compulsória do seu funcionamento e/ou a expedição de ordem de demolição ou retirada e (ii) sejam proibidos de impedir novas instalações de ERB s necessárias à expansão ou ao aprimoramento dos serviços de telecomunicações prestados no Estado do Mato Grosso do Sul com base nos termos da Lei Estadual nº 3.365/2007, tudo até ulterior decisão judicial, garantindo, assim, como medida de razoabilidade, a continuidade da prestação dos serviços de telecomunicações em todo o Estado, especialmente em Campo Grande; II. Reconhecer a inexigibilidade do licenciamento ambiental para a instalação de estações rádio-base no município de Campo Grande - MS; III. Impedir que o Estado do Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande exijam a adequação das ERB s da Apelante aos termos da Lei Estadual nº 3.365/2007 ou que condicione a concessão de autorização para a instalação de novas ERB s aos seus termos; IV. Ordenar que o Estado do Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande se abstenham de impor qualquer bloqueio ou penalidade ao funcionamento das ERB s já instaladas por eventual inexistência do licenciamento ambiental ou descumprimento de qualquer das exigências estabelecidas pela Lei Estadual nº 3.365/2007; e V. Declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do diploma legal estadual do Mato Grosso do Sul nº. 3365/2007 e do diploma legal municipal de Campo Grande nº. 11.457/2011 e utilizados como fundamentos para impor à Prestadora CLARO S/A exigências incabíveis, com efeito inter partes.” (f. 1.373-1.374)

Por sua vez, o Ministério Público Estadual aduz, em síntese, que:

[...] a sentença do DD. Magistrado que julgou improcedente o pedido relativo aos danos morais, deve ser reformada na íntegra, por se apresentar em desacordo com os postulados contidos na legislação vigente, com a causa de pedir da petição inicial e com posicionamento do próprio judiciário, princípios e da doutrina pátria, senão vejamos: (f. 1.536)

Restou devidamente comprovado no curso do feito que as torres da empresa ora recorrida descritas na inicial estavam instaladas e operantes, sem, no entanto, possuírem as licenças ambientais obrigatórias. (f. 1.536)

Restou reconhecido pelo magistrado que as ERB's não poderiam ser instaladas sem a prévia e competente licença ambiental. (f. 1.537)

[...] a ofensa a esses bens tutelados, por exemplo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, implica no dever de reparar, independentemente de culpa, nos termos do art. 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente). E sendo o bem ambiental de uso comum do povo sua lesão agride toda coletividade (titulares indeterminados ou indetermináveis) (art. 225 da CF). (f. 1.547-1.548)

[...] não admitir o dano extrapatrimonial coletivo seria o mesmo que afirmar que a coletividade não é titular de direitos fundamentais. Negar o dano extrapatrimonial coletivo, portanto, equivale aceitar a irresponsabilidade pelos danos causados a saúde, ao bem estar, ao sossego, a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (f. 1.548)

[...] requer o Ministério Público o conhecimento deste recurso e o seu provimento, de forma a reformar a sentença de primeiro grau, para determinar a obrigação de pagar quantia certa, a título extrapatrimonial coletivo, em importância arbitrada por esse Juízo,

observando-se os critérios apontados na nesta inicial, a ser revertida ao respectivo Fundo Municipal de Meio Ambiente. (f. 1.554)

Requer, por fim, “o Ministério Público pelo conhecimento e posterior provimento do presente recurso de apelação, de forma a condenar o ora recorrido na obrigação de pagar quantia certa, a título de dano moral coletivo, em importância arbitrada por esse douto Juízo, a ser revertida ao respectivo Fundo Municipal do Meio Ambiente, pelos fatos e fundamentos acima expostos.” (f. 1.555)

Devidamente intimados, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 1.561-1.573, afirmando que a legislação tem por escopo a proteção ao meio ambiente e à saúde, ostentando, assim, presunção de legalidade e de compatibilidade com o ordenamento fundamental. A empresa Claro S/A, por sua vez, deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação (f. 1.559)

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer às f. 1.592-1.603, manifestou-se pelo:

“(...) conhecimento e desprovimento do recurso de apelação interposto pela Claro S/A” e pelo “conhecimento e provimento do recurso, reformando-se parcialmente a sentença, a fim de condenar a empresa ao pagamento de danos morais coletivos”.

O presente feito foi incluído para julgamento em regime de mutirão, onde restou suscitada questão de ordem no sentido de haver prevenção da 1ª Câmara Cível, tendo sido os autos redistribuídos a este relator.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas, respectivamente, pela Claro S/A e pelo Ministério Público Estadual contra a sentença (f. 1.326-1.342) proferida nos autos da ação civil pública em epígrafe.

A sentença atacada, no que interessa ao julgamento do presente recurso, foi proferida nos seguintes termos:

Da questão prejudicial - controle incidental de constitucionalidade

Em sua defesa, a Claro S/A alega a inconstitucionalidade da legislação estadual e municipal. Assim, é necessário analisar se as normas referidas pela requerida estão ou não em consonância com a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade em nosso sistema pode ser feito de modo concentrado ou abstrato.

O controle abstrato é exercido em tese, pelos Tribunais, independente do caso concreto.

Já no controle concreto a constitucionalidade é analisada com o fim de solucionar uma controvérsia envolvendo direitos subjetivos. Assim, antes de decidir a questão de fato, é preciso aferir a questão de direito envolvendo a compatibilidade entre a lei e a Constituição Federal. “A verificação da constitucionalidade será um antecedente lógico, temporal e incidental para a formação do juízo de convicção acerca da controvérsia principal.”

No presente caso, será feito inicialmente o controle incidental ou concreto de constitucionalidade dos atos normativos citados, para após, verificar seu cumprimento.

Da inconstitucionalidade do Decreto Municipal 11.457/2011

Alega a requerida que o Decreto Municipal 11.457/2011 seria inconstitucional por:

- ilegalidade e abuso de poder, pois o Chefe do Poder Executivo extrapolou os limites regulamentares atribuídos pelo art. 84, inciso IV, da CF, ao impor às prestadoras de serviço de telefonia móvel obrigações não previstas em lei;

- por incompetência legislativa, pois a competência para legislar sobre telecomunicações é privativa da União e a competência para legislar sobre proteção da saúde e defesa do meio ambiente é concorrente da União e dos Estados.

O ato normativo questionado trata-se de um decreto regulamentar municipal.

O decreto regulamentar é o veículo de manifestação do Chefe do Poder Executivo. Está previsto na Constituição Federal, como norma de observância obrigatória pelos Estados e Municípios, no art. 84, inciso IV, o qual dispõe que:

[...]

No presente caso, o Decreto Municipal 11.457/2011 tem a seguinte ementa:

DISCIPLINA A EMISSÃO DA GUIA DE DIRETRIZES URBANÍSTICAS – GDU DE ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE (ERB”s), MINI ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE (MINI ERB”s) E EQUIPAMENTOS AFINS DE TRANSMISSÃO DE TELEFONIA CELULAR, NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE-MS.

Da leitura desta ementa, percebe-se que o decreto irá tratar da emissão da GDU de estações de rádio-base e afins, tendo como base as legislações Federal 11.934/2009, Estadual 3.365/2007 e o disposto no Capítulo IV e o Anexo IV, da Lei complementar n. 74/2005.

Toda a redação deste ato normativo é voltada para a disciplina da emissão da GDU (guia de diretrizes urbanísticas), definindo-se quais são os documentos que se deve apresentar, em que locais ela pode ser concedida e outras questões administrativas.

[...]

A Lei estadual, no art. 1º, parágrafo único, condiciona a instalação de ERB à anterior emissão de Guia de Diretrizes Urbanísticas – GDU. Veja:

Art. 1º Fica vedada a instalação de Estações de Rádio Base (ERBs), Mini Rádio Base (Mini ERBs) e equipamentos afins de transmissão de Telefonia Celular, nas seguintes situações: Parágrafo único. A instalação de ERBs, Mini ERBs e equipamentos afins de transmissão de Telefonia Celular, nas áreas funcionais em geral, deverá ser precedida da Guia de Diretrizes Urbanísticas – GDU e de Relatório Ambiental Simplificado (RAS), a serem definidos pelo órgão competente.

Ora, o Decreto Municipal, como dito acima, disciplina a emissão de GDU. Assim, nítida a adequação do Decreto Municipal à Lei Estadual, não havendo abuso de poder ou extrapolção dos limites regulamentares.

Também não se verifica extrapolação dos limites em relação à legislação federal. A lei 11.934/2009, que dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, define como área crítica, a localizada até 50 (cinquenta) metros de hospitais, clínicas, escolas, creches e asilos.

O Decreto Municipal delimita a área crítica dentro do município e impede a emissão de GDU nesta área.

Como visto, existe uma fina sintonia, uma perfeita harmonia entre todas as normas das diferentes esferas legislativas, inexistindo qualquer traço de inconstitucionalidade por incompetência legislativa. Destaque-se que o Decreto Municipal não legisla sobre telecomunicação. Ele disciplina a emissão de GDU, ato administrativo anterior ao licenciamento ambiental para implantação de ERB's no território municipal. Em outras palavras, disciplina o ordenamento territorial municipal, assunto indiscutivelmente de interesse local.

A Carta Magna ao definir as competências dos Municípios dispõe que:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

[...]

Desse modo, conclui-se que o ato legislativo municipal está em consonância com a legislação federal e estadual, inexistindo qualquer vício que impeça o reconhecimento de sua validade.

Da inconstitucionalidade da Lei Estadual 3.365/2007

A requerida sustenta que a Lei Estadual 3.365/2007 padeceria de inconstitucionalidade formal e material. Inconstitucionalidade formal por decorrer de

processo legislativo iniciado por representante do Poder Legislativo e não do Chefe do Poder Executivo Estadual, em afronta os artigos 61, §1º, inciso II, alínea b e 84, inciso III, da CF, cuja redação é a seguinte:

[...]

Inconstitucionalidade material, segundo alega, porque a lei teria extrapolado os limites de sua competência legislativa ao estabelecer parâmetros técnicos para a implantação de ERB e por afrontar aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, em razão da impossibilidade física de atendimento aos requisitos técnicos estabelecidos sem prejuízo da adequada prestação do serviço de telecomunicações no Estado.

Início registrando que a inconstitucionalidade formal ocorre quando há a violação de uma norma constitucional que estabelece a forma de elaboração de um determinado ato. Já a material ocorre quando o conteúdo da lei, o ato normativo, contraria um preceito ou princípio constitucional.

A Lei Estadual questionada disciplina a instalação de Estações de Rádio Base (ERB's), Mini estações de Rádio Base (Míni ERB's) e equipamentos de transmissão de Telefonia Celular.

O seu objetivo é limitar a exposição da população a campos eletromagnéticos, tanto que o art. 3º tem a seguinte redação:

Art. 3º Para a implantação dos equipamentos de que trata a presente Lei, serão adotadas as recomendações propostas pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiações Não Ionizantes (CIPCRNI) e pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL): “Diretrizes para Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos Variáveis no Tempo (até 300 GHZ)”.

Assim, tem como base a proteção ao meio ambiente e a saúde, tanto que em seu art. 14, prevê o cancelamento do licenciamento se comprovado prejuízo ambiental e sanitário. Veja:

Art. 14. O licenciamento a que se refere o artigo 2º desta Lei, poderá ser cancelado a qualquer tempo, se comprovado prejuízo ambiental e sanitário, que esteja diretamente relacionado com a localização do equipamento, a partir da legislação federal superveniente que venha a regulamentar este assunto.

O argumento de que a Lei estadual seria formalmente inconstitucional por criar obrigações e deveres à estrutura administrativa estadual também não merece prosperar.

A lei em comento trata da instalação de ERB's e afins, determinando normas para essa instalação e, também, que seja fiscalizado se estas normas estão sendo cumpridas.

Ao tratar desta fiscalização, que deve ser feita pelo poder executivo, através do órgão competente, no caso o IMASUL, deixa a cargo deste poder a regulamentação do controle, como se depreende da leitura dos artigos citados pelo requerido. Veja:

Art. 10. As Estações e Mini Estações de Rádio Base e equipamentos afins de transmissão de Telefonia Celular, cujo licenciamento for aprovado pelos órgãos competentes, receberão a competente Licença de Operação, contendo as informações resumidas dos itens exigidas pelo artigo 3º desta Lei, devendo afixá-la na entrada principal, em local visível ao público, com letras em tamanho compatível com a leitura usual.

Parágrafo único. O controle das radiações eletromagnéticas nãoionizantes e a emissão de Licença de Operação serão de responsabilidade do órgão competente, que exigirá medições, em periodicidade a ser estabelecida, através de Decreto, no mínimo, anual.

Art. 12. O Poder Executivo estabelecerá mecanismos centralizados de controle de denúncias, regionalizados de fiscalização e demais dispositivos para a aplicação e cumprimento desta Lei.

Veja-se também que a lei não impõe novas atribuições ao IMASUL. As obrigações de fiscalizar, de controlar e de licenciar atividades potencialmente poluidoras são implícitas a sua natureza e estão arroladas no Decreto Lei 12.725/2009, cuja redação segue abaixo:

[...]

Desse modo, não se verifica hipótese de inconstitucionalidade formal levantada pela requerida.

Quanto a alegação de que a Lei Estadual teria extrapolado os limites de sua competência legislativa ao estabelecer parâmetros técnicos para a implantação de ERB também não merece prosperar.

A Lei Geral de Telecomunicações Lei 9472/97, em seu art. 74, expressamente dispõe que as operadoras devem atender a legislação municipal e estadual relativa à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. Veja:

“Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento das normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.”

A lei estadual dispõe sobre a instalação dos equipamentos em logradouros públicos.

Logo, não há invasão de competência legislativa federal pela norma estadual. A própria lei federal determina que as normas técnicas dos Estados e Municípios relativas à instalação de cabos e equipamentos (no presente caso, as antenas) também devem ser respeitadas pelas operadoras.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade também não foram afrontados pela Lei Estadual 3.365/2007. Nota-se, como já explanado acima, que a lei citada respeita os limites de sua competência e está em consonância com a importância da matéria tratada.

Desse modo, conclui-se que tanto a Lei Estadual 3.365/2007 quanto o Decreto Municipal 11.457/2011 estão em consonância com a Constituição Federal.

Mérito

A requerida, junto com a alegação de ilegalidade do Decreto Municipal, afirma que o Decreto, por ser ulterior, não poderia retroagir e alterar a situação das ERBs que foram instaladas e estava em funcionamento regular antes de sua edição.

Pois bem. No pedido inicial, a parte autora não pede a retirada das ERB's já instaladas. O que se pede é que deve ser promovido o licenciamento ambiental de operação das estações já existentes.

Quando o Decreto Municipal entrou em vigor, em 25 de fevereiro de 2011, ele passou a exigir o GDU como etapa prévia ao licenciamento ambiental. As estações que estavam com o licenciamento válido, até seu vencimento não sofreram nenhuma alteração. Contudo, os licenciamentos que venceram após a entrada em vigor do Decreto, não podem ser renovados sem a sua observância.

Assim, não há que se falar em retroação do Decreto.

O questionamento da obrigatoriedade das licenças ambientais para operação das ERB's, feito pela requerida, igualmente não procede.

O licenciamento ambiental é modalidade de controle ambiental da Administração Pública, para atividades que sejam potencialmente capazes de causar degradação ambiental.

Prescreve o art. 10 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, a qual dispõe acerca da Política Nacional do Meio Ambiente, in verbis:

“Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”

A Lei Estadual 3.365/2007, por sua vez, prevê expressamente a necessidade de licenciamento para a instalação de estações de rádio-base de telefonia celular e equipamentos afins em seu art. 5º.

Art. 5º A instalação das Estações Rádio-Base de Telefonia Celular (ERBs) e equipamentos afins dependerá de prévio Licenciamento do Executivo, na forma do disposto na Lei nº 3.612, de 30 de abril de 1.999 e do Decreto nº 7.884, de 30 de julho de 1.999.

Estes artigos estão em total consonância com a Constituição Federal, a qual dispõe o seguinte:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”

De uma simples leitura dos preceitos acima reproduzidos, constata-se que, para a instalação e funcionamento das Estações de Rádio-Base, é imprescindível o prévio licenciamento ambiental expedido por órgão competente.

[...]

Assim, as licenças ambientais de operação são necessárias, não podendo a requerida colocar em operações suas Estações de Rádios-Base sem estas.

Dano moral coletivo.

Pede a parte autora a condenação da requerida ao pagamento de danos morais, com o fundamento de que a requerida, ao operar as torres de telefonia móvel sem as licenças ambientais acabou por lesar a coletividade por obrigar os cidadãos que residem ou transitam no entorno do empreendimento a se verem submetidos a um risco ambiental não fiscalizado.

O dano moral coletivo corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões – grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade.

No presente caso, a parte autora afirma que o dano moral adviria da exposição indevida de radiação emitidas pelas estações de rádio-base em operação sem as licenças ambientais.

A ANATEL informou que em relação aos limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, associados ao funcionamento das estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuários adota atualmente o Regulamento sobre Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequência entre 9 KHz e 300 GHz (faixa do sinal de celular), aprovado pela Resolução n. 303, de 02 de julho de 2002, que utiliza como referência os limites recomendados pela Organização Mundial de Saúde – OMS (f. 1248-1249).

A esta agência cabe a fiscalização da obediência destes limites pelos aparelhos componentes da estação de telecomunicação, nos termos do art. 11, da Lei 11.934/20092.

Note-se que a ausência da licença ambiental expedida pelo órgão municipal competente não representa, necessariamente, que os limites de emissão de campos eletromagnéticos foi descumprido e é a possibilidade desta emissão que baseia o pedido de danos morais.

A requerida, ao operar suas ERB's sem as devidas licenças ambientais, com certeza descumpriu a lei que exigia tal procedimento, entretanto, esta conduta ilícita não é suficiente para gerar um dano moral.

Ademais, como dito anteriormente, a comunidade científica ainda não chegou a um posicionamento efetivo se as ERB's detém potencialidade lesiva aptas a provocar danos a ser humano.

Desse modo, por não se visualizar o dano, indefiro o pedido de indenização de danos morais coletivos.

Diante do exposto, com fulcro no art. 269, inc. I, do CPC, julgo parcialmente procedente o pedido para determinar que a requerida se abstenha de instalar e/ou operar Estações de Rádio-Base de Telefonia Móvel Celular nesta comarca sem obter a licença ambiental regularmente expedida pelo órgão competente, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 por dia, limitada a cem dias por antena, para o caso de descumprimento da ordem a ser revertida ao Fundo Municipal do Meio Ambiente de Campo Grande-MS.

Como a parte autora decaiu de pequena parte de seus pedidos, condeno a requerida Claro S/A ao pagamento das custas processuais. Sem honorários advocatícios.

Em primeiro lugar, anoto que, tendo em vista a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões do presente recurso, necessária breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

Com efeito, o advento do NCPC implica em examinar os efeitos do direito intertemporal que incidem no caso concreto, a teor do que consta no art. 14, do CPC, assim redigido:

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

Ou seja, a regra geral que trata da vigência da lei é a da irretroatividade da lei nova. A retroatividade é exceção, com interpretação e aplicação restritivas, ante as disposições da Constituição Federal que, em seu art. 5º, inciso XXVI, diz que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela referida garantia constitucional, não podendo ser atingidos pela lei nova.

Assim, considerando que a sentença recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o julgamento deve observar aquelas disposições legais e não as novas.

Aliás, os enunciados administrativos aprovados pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão de 9 de março de 2016, em especial o Enunciado 2¹, acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

Do recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público Estadual.

O ora apelante requer a reforma da sentença para que a recorrida Claro S/A seja condenada à obrigação de pagar quantia certa, a título de dano moral coletivo.

Razão não assiste ao recorrente.

Com efeito, em que pese as argumentações suscitadas no apelo ora julgado, o apelante não trouxe aos autos provas suficientes de que as Estações de Rádio-Base detêm potencialidade lesiva apta a causar os malefícios alegados à coletividade.

Para que restasse configurado o dever de indenizar no caso em apreço seria necessária a comprovação efetiva, idônea, da existência de ameaça concreta à saúde e ao bem-estar dos cidadãos, em decorrência da instalação das Estações de Rádio-Base, segundo os limites de referência recomendados pela Organização Mundial da Saúde – OMS.

Nesse ponto, bem asseverou o magistrado de piso, juiz David de Oliveira Gomes Filho, que:

A ANATEL informou que em relação aos limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, associados ao funcionamento das estações transmissoras de radiocomunicação, de terminais de usuários adota atualmente o Regulamento sobre Limitação da Exposição a Campos Elétricos, Magnéticos e

1 STJ - Enunciado administrativo n. 02 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Eletromagnéticos na Faixa de Radiofrequência entre 9 KHz e 300 GHz (faixa do sinal de celular), aprovado pela Resolução n. 303, de 02 de julho de 2002, que utiliza como referência os limites recomendados pela Organização Mundial de Saúde – OMS (f. 1248-1249).

A esta agência cabe a fiscalização da obediência destes limites pelos aparelhos componentes da estação de telecomunicação, nos termos do art. 11, da Lei 11.934/2009.

Note-se que a ausência da licença ambiental expedida pelo órgão municipal competente não representa, necessariamente, que os limites de emissão de campos eletromagnéticos foi descumprido e é a possibilidade desta emissão que baseia o pedido de danos morais.

A requerida, ao operar suas ERB's sem as devidas licenças ambientais, com certeza descumpriu a lei que exigia tal procedimento, entretanto, esta conduta ilícita não é suficiente para gerar um dano moral.

Em casos análogos, este Sodalício tem afastado a alegação de ocorrência de dano moral coletivo. A propósito, veja-se os seguintes precedentes:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR – ERB – EXIGÊNCIA PELO MUNICÍPIO DE DOURADOS/MS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL – INTERESSE LOCAL – POSSIBILIDADE – ARTIGO 26, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 055/02 – VALIDADE CONSTITUCIONAL – POTENCIALIDADE LESIVA DAS ONDAS DE TRANSMISSÃO DE DADOS – INEXISTÊNCIA DE PROVAS – REPORTAGENS E DISCUSSÕES INSIPIENTES – ANATEL EXPEDIU A RESPECTIVA AUTORIZAÇÃO DE INSTALAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A Constituição Federal impõe aos municípios o dever de proteger o meio ambiente, nos termos do art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, traduzindo validade constitucional o disposto no art. 26, da Lei Complementar 055/02, do Município de Dourados/MS, que dispõe sobre a “Política Municipal de Meio Ambiente e dá outras providências”, assim transcrito: “dependem de licença ambiental municipal, expedida pelo IPLAN, quaisquer empreendimentos, públicos ou privados, que gerem potencial impacto ambiental local.” As Estações de Rádio Base – ERB, torres de transmissão de dados de telefonia móvel celular, traduzem obra de porte considerável e engenharia complexa, razão pela qual, o município pode exigir licenciamento ambiental, desde que cingida aos interesses locais, tais como o local do empreendimento, sua estrutura, proximidades de outras fontes de transmissão de dados, preservação de interferências de sinais em hospitais, destacamentos militares, aeroportos, entre outros, não podendo, todavia, fazer exigências quanto à inexistência de possibilidade lesiva das ondas eletromagnéticas nos seres humanos, com base em simples reportagens e discussões insipientes, notadamente, por se tratar de competência da União, por intermédio das agências reguladoras ANATEL, ANEEL, ANS, dentre outros setores de tecnologia e da sociedade civil organizada. **Não havendo provas nos autos de que as Estações de Rádio Base - ERB, antenas de transmissão de dados de telefonia móvel celular, detém potencialidade lesiva aptas a provocar os danos alegados pela apelante, efeitos “possivelmente carcinogênico para humanos”, dentre outras enfermidades, não há meios para deferimento dos pedidos de obrigação de não fazer e de indenização por dano moral coletivo.**² (Destaquei)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE

2 TJMS. Apelação nº 0802325-16.2011.8.12.0002. Rel. Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 25.11.2014.

TUTELA ANTECIPADA – REGULARIDADE FORMAL – AUSÊNCIA DA PROCURAÇÃO E/OU SUBSTABELECIMENTO QUE OUTORGA PODERES A ADVOGADA QUE SUBSCREVEU A PEÇA RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO. Não é possível o conhecimento do recurso na hipótese em que o advogado titular do certificado digital utilizado para assinar a transmissão eletrônica da petição, não possui instrumento de procuração e/ou substabelecimento nos autos. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – INSTALAÇÃO DE ANTENAS DE TRANSMISSÃO DE SINAL DE TELEFONIA CELULAR (ESTAÇÕES RÁDIO BASE – ERB) SEM LICENÇA AMBIENTAL – ALEGAÇÃO DE RISCO À SAÚDE E INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS – DANO MORAL COLETIVO NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Ausência de certeza científica sobre a efetividade da ameaça à saúde e ao bem estar da população em decorrência da radiação eletromagnética emitida pelas ERB's, que não confere substrato mínimo à acenada ameaça, em ordem a atrair a aplicação do princípio da precaução. Necessidade, ademais, de preservar e dar continuidade aos serviços de telefonia móvel, de grande relevância econômico-social, e que encontra apoio nos princípios das livres iniciativa e concorrência.³ (Grifo nosso)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESTAÇÃO DE RÁDIO-BASE (ERB) – LICENÇAS AMBIENTAIS – EXPOSIÇÃO HUMANA – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DE AUTORIDADE FEDERAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA – DANOS MORAIS COLETIVOS INDEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E, CONTRA O PARECER, NÃO PROVIDO. A Lei Estadual em que se baseia o requerente (Lei 3.365/2007) foi revogada pela Lei Estadual nº 672/2015, que, em conformidade com a Lei Federal 13.116/2015, deixou a cargo da União a regulamentação e fiscalização, por meio da Anatel, das estações de rádio base, no tocante à exposição humana. Logo, os pedidos efetuados no tocante à obrigação de fazer e não fazer não possuem amparo legal, devendo, portanto, serem julgados improcedentes, pois não há obrigatoriedade de licenciamento ambiental no âmbito estadual e municipal como requerido na inicial. Diante da ausência de comprovação de potencialidade lesiva das estações de rádio-base aptas a causar danos, não há falar em dano extrapatrimonial coletivo indenizável. Sentença mantida na íntegra.⁴ (Grifei)

Não assiste razão, portanto, ao apelo interposto pelo Ministério Público Estadual.

Do recurso de apelação cível interposto pela Claro S/A.

A empresa ora apelante requer a reforma da sentença para que seja reconhecida a inexigibilidade do licenciamento ambiental para a instalação de estações de rádio-base no Município de Campo Grande, bem como para impedir que esta urbe e o Estado de Mato Grosso do Sul exijam a adequação das Estações de Rádio-Base aos termos da Lei Estadual n. 3.365/2007, ou que condicione a concessão de autorização para a instalação de novas ERB's aos seus termos. Pugna, ainda, que o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande se abstenham de impor qualquer bloqueio ou penalidade ao funcionamento das ERB's já instaladas, por eventual inexistência do licenciamento ambiental ou descumprimento de qualquer das exigências estabelecidas pela Lei Estadual n. 3.365/2007. Ao final, requer a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 3.365/2007 e da Lei Municipal n. 11.457/2011, de Campo Grande.

Razão não assiste à recorrente.

Inicialmente, no que tange à alegação de que a Lei Estadual n. 3.365/2007 é inconstitucional, por extrapolar os limites de sua competência legislativa ao estabelecer parâmetros técnicos para a implantação

3 TJMS. Apelação nº 0816866-86.2013.8.12.0001. Rel. Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento 15.9.2015.

4 TJMS. Apelação nº 0816841-73.2013.8.12.0001. Rel. Desembargador Marco André Nogueira Hanson. Julgamento 7.3.2017.

de Estação de Rádio Base, insta salientar que, conforme bem ressaltado na sentença objurgada “*A lei Geral de Telecomunicações Lei 9472/97, em seu art. 74, expressamente dispõe que as operadoras devem atender a legislação municipal e estadual relativa à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos*”.

A propósito, veja-se a redação do comando normativo supracitado:

Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento das normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.

A lei impugnada disciplina a instalação de Estações de Rádio Base (ERBs), Mini Estações de Rádio Base (Mini ERBs) e equipamentos afins de transmissão de Telefonia Celular, ou seja, trata da instalação dos equipamentos em logradouros públicos.

Ora, se a própria Lei Federal supracitada – Lei Geral de Telecomunicações – dispõe que deverão ser observadas a legislação municipal e estadual no tocante à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos, não há falar que a Lei Estadual n. 3.365/2007 cria excessivas restrições para o desenvolvimento das atividades da apelante, porquanto como bem destacado na sentença atacada referida lei respeita os limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Aliás, já tive a oportunidade de julgar caso análogo, cuja ementa restou assim redigida:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 3.365/2007 QUE DISCIPLINA A INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE (ERBs), MÍNIAÇÕES DE RÁDIO BASE (ERBs) E EQUIPAMENTOS AFINS DE TRANSMISSÃO DE TELEFONIA CELULAR – AFASTADA – NORMA ESTADUAL EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO FEDERAL – LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES – DECRETO MUNICIPAL N. 11.457/2011 – LEGISLAÇÃO DE INTERESSE LOCAL – EMISSÃO DE GUIA DE DIRETRIZES URBANÍSTICAS – GDU PARA ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE, MÍNIAÇÕES DE RÁDIO BASE E EQUIPAMENTOS AFINS DE TRANSMISSÃO DE TELEFONIA CELULAR – CONSTITUCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não padece de inconstitucionalidade a Lei Estadual n. 3.365/2007, que disciplina a instalação de Estações de Rádio Base, Mini Estações de Rádio Base e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular, porquanto a Lei Geral de Telecomunicações – Lei n. 9.472/97 – estabelece, em seu art. 74 que “*A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento das normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros público.*” O Decreto Municipal n. 11.457/2011, que disciplina a emissão de Guia de Diretrizes Urbanísticas – GDU de Estações de Rádio Base, Mini Estações de Rádio Base e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular não invade a competência da União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão, porquanto trata de questões de interesse local, de competência dos municípios, a teor do que dispõe o art. 30, I, da Constituição Federal.⁵ (Destaquei)

No mesmo sentido, já julgou o Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – REMOÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO BASE – ERB’S – PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO – VIOLAÇÃO AO

5 TJMS. Apelação nº 0809567-58.2013.8.12.0001. Rel. Desembargador Sérgio Fernandes Martins. Julgamento 14.11.2017.

DEVIDO PROCESSO LEGAL – INOCORRÊNCIA – ASSISTENTE LITISCONSORCIAL – FORMAÇÃO APÓS A LIMINAR – IMPOSSIBILIDADE. I - O Tribunal a quo concedeu segurança parcial para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto pelo governo do Distrito Federal, permanecessem intactas, enquanto as não autorizadas fossem retiradas. II - A retirada das estações rádio-base em desacordo com as posturas locais não invade a competência legislativa da União. O Decreto nº 22.395/2001, do Governo do Distrito Federal, ao disciplinar o artigo 8º da Lei Complementar Distrital nº 388/2001, a qual dispunha sobre ocupação de área pública mediante Concessão de Direito Real de Uso ou Concessão de Uso, dispôs expressamente sobre a implantação e funcionamento de infra-estrutura de telecomunicações no Distrito Federal, estabelecendo critérios de localização e procedimentos para a mencionada implantação, sendo que tais critérios não cuidam de regras atinentes aos serviços de telecomunicações, estes sim de competência exclusiva da União, como expresso no artigo 21, XI e 22, IV, da Lex Mater. III - A Lei Federal nº 9.472/1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, defendeu as atribuições dos Estados, Distrito Federal e Municípios, ao disciplinar no artigo 74, verbis: A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos. IV - Do acima disposto deflui a legalidade das normas locais, as quais impõem obrigações decorrentes da execução das concessões, permissões ou autorizações dos serviços de telecomunicações, vinculadas tais obrigações às garantias e valores difusos inerentes ao bem estar da população. V - Compete ao Distrito Federal, legislar concorrentemente com a União sobre a defesa da saúde, desde que a norma não conflite com legislação federal. VI - Em relação à necessidade de devido processo legal para a retirada das antenas, observa-se que o Tribunal a quo concedeu a ordem para que as estações rádio-base instaladas de acordo com as regras locais que vigiam à época de sua instalação, e que portanto foram licenciadas, tanto pela ANATEL quanto pelo governo do Distrito Federal, permaneçam intactas, enquanto as não autorizadas sejam retiradas. Neste contexto, a retirada das ERB's "clandestinas" ou não autorizadas não representa atuação estatal arbitrária estando em verdade em consonância com o poder de polícia inerente à atividade da administração pública. O princípio do devido processo legal restou observado no acórdão recorrido, o qual, ao decotar as determinações contidas no ofício que determina a retirada indiscriminada das antenas, acabou por realizar uma adequação em direção ao princípio referido, haja vista que restaram incólumes as licenças concedidas de acordo com as normas vigentes na instalação das antenas. VII - A alegação da recorrente de que inexistiria prejuízo ao patrimônio paisagístico ou urbanístico do Distrito Federal não prescinde de dilação probatória, inexistentes nos autos dados suficientes para tal exame. VIII - Quanto ao recurso da Global Village Telecom Ltda - GVT, observa-se possível a assistência litisconsorcial ativa no mandado de segurança, entretanto, verificado que existe pelo assistente uma pretensão ao direito material do processo, a formação do litisconsórcio ativo, no mandado de segurança, somente poderá surgir até o deferimento da liminar, mesmo que ainda não tenham sido prestadas as informações. Tal vedação busca a salvaguarda do princípio do juiz natural, tendo em vista que o litisconsorte facultativo poderá, em tese, se beneficiar com o conhecimento da posição tomada pelo julgador, mesmo no âmbito transitório da liminar. Assim, verificado que a recorrente somente pleiteou a sua entrada no feito após a concessão da liminar, tem-se incabível o pleito. Precedente: REsp nº 111.885/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 18.02.2002, p. 281. IX - Recursos ordinários improvidos.⁶ (Grifo nosso)

Não prospera, ainda, a alegação de que a lei em questão foi revogada pela Lei n. 4.672/2015.

6 STJ. RMS 22885/DF. Rel. Ministro Francisco Falcão. Julgamento 18.12.2007.

Nesse ponto, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1408912-35.2016.8.12.0000, por este Sodalício, o eminente relator, desembargador Vladimir Abreu da Silva, consignou que:

“(...) A Lei n. 3.365/2007, que disciplina a instalação de Estações de Rádio Base (ERB’s), Mini Estações de Rádio Base (Mini ERB’s) e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular e dá outras providências, ainda encontra-se em vigor, já que a Lei Estadual n. 4.672/2015, que dispõe sobre as diretrizes urbanísticas para a instalação de infraestrutura de suportes das estações de rádio base e equipamentos afins no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, não revogou a referida lei, fazendo, parte, ainda, do ordenamento jurídico.”

No que tange à afirmação de inconstitucionalidade do Decreto Municipal n. 11.457/2011, melhor sorte não assiste ao apelo.

O ato normativo em comento disciplina a emissão da Guia de Diretrizes Urbanísticas – GDU de Estações de Rádio Base (ERB’s), mini estações de rádio base (mini ERB’s) e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular, no Município de Campo Grande-MS.

Da simples leitura da ementa do decreto municipal em questão infere-se que o mesmo não pretende legislar sobre telecomunicações e difusões, pois apenas trata da emissão de Guia de Diretrizes Urbanísticas, disciplinando quais os documentos necessários para tanto, dentre outras questões administrativas.

O art. 1º do Decreto em questão, por exemplo, dispõe sobre os documentos necessários à expedição da GDU. Veja-se:

Art. 1º A pedido do empreendedor, será expedida a Guia de Diretrizes Urbanísticas - GDU, como etapa prévia ao licenciamento para instalação de Estações de Rádio Base (ERB’s), Mini Estações de Rádio Base (Mini ERB’s) e equipamentos afins de transmissão de telefonia celular no Município de Campo Grande, será feita no Instituto Municipal de Planejamento Urbano - PLANURB, mediante os seguintes documentos:

I - Apresentação de requerimento, contendo o nome do requerente e tipo de empreendimento;

II - Declaração autorizando a instalação no imóvel, assinada pelo proprietário;

III - Planta de localização em escala compatível apresentando as ruas, cursos d’água, rodovias, ferrovias, prédios públicos, praças, escolas, torres existentes, clínicas, hospitais, áreas verdes e aqueles empreendimentos citados no art. 5º deste Decreto, representados em coordenadas UTM;

IV - projeto de implantação da ERB, estrutura de sustentação e seus equipamentos, em escala compatível, contendo distância das divisas e de qualquer construção ou equipamentos existentes ou a construir no imóvel; indicação do arruamento contíguo, elevação esquemática indicando a altura útil da estrutura de sustentação; indicação da estrutura de sustentação de modo compartilhado, quando couber;

V - Matrícula atualizada do imóvel;

VI - Anotação de Responsabilidade Técnica - ART do profissional responsável pelo levantamento;

VII - Comprovação do atendimento aos índices de radiação estabelecidos na Resolução da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

O art. 5º do mesmo diploma legal, por seu turno, estabelece a vedação da instalação de Estações de Rádio Base (ERBs), Mini Rádio Base (Mini ERBs) e equipamentos afins de transmissão de Telefonia Celular em determinados locais, a saber:

Art. 5º Fica vedada a instalação de Estações de Rádio Base (ERBs), Mini Rádio Base (Mini ERBs) e equipamentos afins de transmissão de Telefonia Celular, nas seguintes situações:

I - em bens públicos;

II - em parques, praças, áreas verdes, creches, escolas de ensino fundamental e ensino médio, centros educacionais e esportivos e centros de convivência;

III - num raio de 50m (cinquenta metros) de edificações onde estiverem instaladas: laboratórios de diagnóstico, clínicas médicas, hospitais e assemelhados e centros socioculturais, contado do eixo de suporte da antena de transmissão;

IV - numa distância de 50m (cinquenta metros) das áreas de preservação permanente, de interesse ambiental, ecológica ou paisagística, reservas biológicas e ecológicas;

V - em Zonas de Especial de Interesse Cultural e no entorno de 50m (cinquenta metros) de bens tombados e de interesse para preservação histórico-cultural, contado do eixo de suporte da antena de transmissão; Parágrafo único. É permitida a utilização de antenas para o acesso à Internet, rede sem fio ou via satélite e serviço telefônico para as atividades citadas no inciso II e III deste artigo.

Resta evidente, portanto, que o Decreto Municipal n. 11.457/2011 trata de matéria de interesse local do município de Campo Grande, mormente no que diz respeito ao local de instalação dos equipamentos referenciados na norma em comento, não invadindo competência legislativa da União.

Assim, o Decreto atacado respeita o disposto na Constituição Federal, especialmente o disposto no art. 30, I e VIII, *in verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

A propósito, esta Corte de Justiça já decidiu que:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR – ERB – EXIGÊNCIA PELO MUNICÍPIO DE DOURADOS/MS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL – INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE – ARTIGO 26, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 055/02 – VALIDADE CONSTITUCIONAL – POTENCIALIDADE LESIVADA ONDA DE TRANSMISSÃO DE DADOS – INEXISTÊNCIA DE PROVAS – REPORTAGENS E DISCUSSÕES INSIPIENTES – ANATEL EXPEDIU A RESPECTIVA AUTORIZAÇÃO DE INSTALAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A Constituição Federal impõe aos municípios o dever de proteger o meio ambiente, nos termos do art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, traduzindo

validade constitucional o disposto no art. 26, da Lei Complementar 055/02, do Município de Dourados/MS, que dispõe sobre a “Política Municipal de Meio Ambiente e dá outras providências”, assim transcrito: “dependem de licença ambiental municipal, expedida pelo IPLAN, quaisquer empreendimentos, públicos ou privados, que gerem potencial impacto ambiental local. **“As Estações de Rádio Base – ERB, torres de transmissão de dados de telefonia móvel celular, traduzem obra de porte considerável e engenharia complexa, razão pela qual, o município pode exigir licenciamento ambiental, desde que cingida aos interesses locais, tais como o local do empreendimento, sua estrutura, proximidades de outras fontes de transmissão de dados, preservação de interferências de sinais em hospitais, destacamentos militares, aeroportos, entre outros, não podendo, todavia, fazer exigências quanto à inexistência de possibilidade lesiva das ondas eletromagnéticas nos seres humanos, com base em simples reportagens e discussões insipientes, notadamente, por se tratar de competência da União, por intermédio das agências reguladoras ANATEL, ANEEL, ANS, dentre outros setores de tecnologia e da sociedade civil organizada. Não havendo provas nos autos de que as Estações de Rádio Base - ERB, antenas de transmissão de dados de telefonia móvel celular, detém potencialidade lesiva aptas a provocar os danos alegados pela apelante, efeitos “possivelmente carcinogênico para humanos”, dentre outras enfermidades, não há meios para deferimento dos pedidos de obrigação de não fazer e de indenização por dano moral coletivo.”**⁷ (Destaquei)

No mesmo sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL – INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES RÁDIO-BASE (ERBs) POR PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES – LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO MUNICIPAL – OBSERVÂNCIA – NECESSIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE – INEXISTÊNCIA – ESTAÇÕES LICENCIADAS CONFORME A LEGISLAÇÃO ANTERIOR – REMOÇÃO – ILEGALIDADE – ATO JURÍDICO PERFEITO – PROTEÇÃO DEVIDA. 1 - As normas municipais destinadas ao cumprimento das diretrizes traçadas no Plano Diretor do Município de Belo Horizonte - MG devem ser observadas relativamente à instalação e funcionamento das ERBs, não havendo que se falar em usurpação de competência da União Federal. 2 - A Lei nº 9.472/1997 (Lei das Telecomunicações), em seu art. 74, é categórica quanto à obrigatoriedade das sociedades empresárias permissionárias atenderem, também, “às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos”. 3 - O poder de polícia dos municípios deve regular, em seu âmbito de competência, o exercício do direito à livre iniciativa, ainda que relacionado a matéria cuja competência legislativa seja da União, considerando repercussão direta que exercem sobre a vida e a problemática dos primeiros. 4 - As ERBs já instaladas e em funcionamento de conformidade com regramento vigente à época, devem ser mantidas durante o tempo inicialmente previsto nos respectivos alvarás e licenças que lhe foram outorgados. 5 - Agravo de instrumento parcialmente provido.”⁸

Outrossim, preconiza o art. 182, da Constituição Federal que:

“(...) A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

7 TJMS. Apelação nº 0802325-16.2011.8.12.0002. Rel. Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte. Julgamento 25.11.2014.

8 TJMG. AI 10024131297277001. Rel. Desembargadora Ana Paula Caixeta. Julgamento 24.10.2013.

É inequívoca, portanto, a competência municipal para disciplinar sobre assuntos de interesse local, bem como a promoção do ordenamento territorial, como dispõe o Decreto Municipal n. 11.457/2011, não havendo falar em inconstitucionalidade do diploma legal em questão.

Não prosperam, portanto, as razões recursais apresentadas.

Ante o exposto, nego provimento aos recursos de apelação cível interpostos pelo Ministério Público Estadual e pela Claro S/A, mantendo incólume a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de junho de 2018.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0803263-35.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO – FAMÍLIA ITALIANA – POSSIBILIDADE (ART. 57 DA LEI 6.015/73) – PROVA DO FATO QUE EMBASA O PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DOS REGISTROS – ERRO NA GRAFIA DO SOBRENOME DA FAMÍLIA ORIGINÁRIA E DEMAIS DADOS A PARTIR DA IMIGRAÇÃO PARA O BRASIL – GARANTIA DO DIREITO À AQUISIÇÃO DE DUPLA CIDADANIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Muito embora os dados constantes do registro de nascimento sejam, em princípio, inalteráveis, a Lei 6.515/73, em seu art. 57, excepciona a regra, desde que havendo motivação, sendo permitida por sentença judicial.

Verificando-se que no caso em tela o conjunto probatório demonstrou ter havido, ao longo de mais de 100 (cem) anos, a grafia equivocada do sobrenome Saltarel, desde à chegada do trisavô ao Brasil, vindo da Itália, o que se refletiu também no nome das apelantes, deve-se acolher o pedido que objetiva promover a retificação do seu registro de nascimento e demais assentos, assim como de seus antecessores, ainda que falecidos, nos termos do artigo 109 da Lei 6.015/73, tendo em vista a ausência de prejuízo a terceiros e a necessidade de garantir ao requerente a possibilidade de aquisição da cidadania italiana, contribuindo para a manutenção de registro de dados em consonância com a realidade histórica de cada família.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Jeniffer Sartarello Teles Machado e outros interpõem recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de retificação de registro civil. Asseveram que pretendem a correção dos documentos de si e de seus ascendentes, a fim de uniformizar os dados equivocados de sobrenome de modo a deixá-los em consonância com seu ancestral italiano. Defendem a necessidade de retificações para o reconhecimento da cidadania italiana, o que foi julgado improcedente. Arguem, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, pois esta se limita a afirmar que eventual retificação pode implicar em prejuízo a terceiro, sem mencionar qual seria o prejuízo e embasamento doutrinário ou

jurisprudencial que o sustente. Asseveram que as certidões negativas demonstram a ausência de prejuízo. Quanto à ausência de manifestação de todos os interessados em cada registro, observa que todos os demais membros da família, que não fazem parte do polo ativo, já estão falecidos. Ressalva que não deve prosperar o fundamento da sentença de que os nomes adotados são comuns a todos os membros da família, pois há erros que inclusive ensejam diferenças de grafia entre os apelantes. Defendem que outros familiares não serão prejudicados, ao contrário, se beneficiarão da grafia correta para também obterem cidadania italiana. Citam julgados. Alegam que a prova testemunhal cumpriu seu objetivo de demonstrar o elo familiar narrado na inicial. Pugnam pelo provimento.

A Procuradoria de Justiça exarou parecer opinando pelo provimento do apelo com a procedência da pretensão inicial.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Jeniffer Sartarello Teles Machado e outro interpõem recurso de apelação objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da Ação de Retificação de Registro Civil.

Da ausência de fundamentação da sentença

Alegam os apelantes a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, pois esta se limita a afirmar que eventual retificação pode implicar em prejuízos a terceiros, sem mencionar qual seria o prejuízo e embasamento doutrinário ou jurisprudencial que o sustente.

Razão alguma lhes assiste.

Com efeito, ao aduzir que possível retificação implicaria em prejuízos a terceiros, o juiz “a quo” tratou de elenca-los, confira:

“(...) o conjunto probatório demonstra que da retificação e acréscimos pretendidos resultará evidente prejuízo para terceiros, como consta do relato retificatório dantes mencionado. A uma, porque modifica nome, datas e locais sem manifestação de todos os interessados em cada um dos registros. A duas, porque os nomes adotados e deixados pelo patriarca e sua mulher são comuns a todos os membros da família. A três, porque mesmo sofrendo variações, ordinariamente representam uma herança que se transmite de geração a geração, conforme os ramos familiares variados a partir do tronco comum. A quatro, porque não havendo o consentimento de toda a família se estará ocultando origem dos outros descendentes dessa estirpe, ferindo assim direito de terceiros, em especial, daqueles que ostentam o nome exatamente igual ao inquinado de erro e que não pretendem sua retificação ou acréscimo, por estar em consonância com o nome por eles utilizados na vida civil e funcional. A cinco, porque os testemunhos colhidos não afastam essas conclusões, tão somente as reforçam, porquanto desconhecem os ancestrais bem como a exata grafia de seus nomes.” (f. 211)

Note-se que de forma clara e precisa o juiz da causa explanou sua convicção para negar a pretensão inaugural. Se os apelantes discordam de tal entendimento, seja porque não teria sido apreciadas todas as provas dos autos, ou, ainda, por estar em desacordo com a jurisprudência de outros tribunais, tais circunstâncias são elementos que não ensejam em nulidade por ausência de fundamentação, mas sim como argumentos para contrapor às razões de decidir (mérito).

Daí que a rejeição da preliminar suscitada é medida que se impõe.

Do mérito

Assim, como na primeira sentença anulada por este Tribunal de Justiça, em razão do cerceamento de defesa, o julgador *a quo* manteve o posicionamento no sentido de que a retificação e acréscimo pretendidos resultaria em prejuízo a terceiros.

Discordo desse entendimento.

Como já adiantado no acórdão de f. 132-138 (que ao julgar recurso anterior declarou a nulidade da sentença ante a necessidade de produção de provas), todos fazem jus ao sobrenome corretamente grafado, devendo eventual erro ser corrigido. O prejuízo está na manutenção da grafia equivocada, pois obsta a concessão da cidadania italiana almejada.

Importante observar que o princípio da imutabilidade do nome comporta exceções, como dispõe o art. 57 da Lei de Registros Públicos, *verbis*:

“Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.”

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido a mudança na hipótese de requerimento de obtenção de dupla cidadania, prestigiando princípios da simetria, uniformidade, verdade real e segurança jurídica que norteiam o sistema registral brasileiro (voto REsp 1.310.088/MG). Pondera-se que informações destoantes nos assentos registrares dificultam, na prática, a realização dos atos da vida civil, além de gerar transtornos e aborrecimentos desnecessários (voto REsp n. 1.279.952/MG).

Convém citar as ementas dos seguintes precedentes como paradigma da flexibilização do princípio da imutabilidade do nome civil:

“RECURSO ESPECIAL – REGISTRO CIVIL – NOME CIVIL – RETIFICAÇÃO – DUPLA CIDADANIA – ADEQUAÇÃO DO NOME BRASILEIRO AO ITALIANO – ALTERAÇÃO DO SOBRENOME INTERMEDIÁRIO – JUSTA CAUSA – PRINCÍPIO DA SIMETRIA – RAZOABILIDADE DO REQUERIMENTO. 1. Pedido de retificação de registro civil, em decorrência da obtenção da nacionalidade italiana (dupla cidadania), ensejando a existência de sobrenomes intermediários diferentes (Tristão ou Rodrigues) nos documentos brasileiros e italianos. 2. Reconhecimento da ocorrência de justa causa, em face dos princípios da verdade real, da simetria e da segurança jurídica, inexistindo prejuízo a terceiros. 3. Precedentes do STJ. 4. Recurso especial provido.” (REsp 1310088/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 19/08/2016)

Invocando também o direito à dupla cidadania pelo *jus sanguinis* tem sede constitucional (art. 12, § 4º, II, “a”, da Constituição da República):

“DIREITO CIVIL – REGISTRO PÚBLICO – NOME CIVIL – RETIFICAÇÃO DO PATRONÍMICO – ERRO DE GRAFIA – PRETENSÃO DE OBTENÇÃO DE DUPLA CIDADANIA – POSSIBILIDADE – DESNECESSIDADE DA PRESENÇA EM JUÍZO DE TODOS OS INTEGRANTES DA FAMÍLIA – 1. A regra da inalterabilidade relativa do nome civil preconiza que o nome (prenome e sobrenome), estabelecido por ocasião do nascimento, reveste-se de definitividade, admitindo-se sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (art. 57, Lei 6.015/75), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros. 2. No caso em apreço, o justo motivo revela-se presente na

necessidade de suprimento de incorreções na grafia do patronímico para a obtenção da cidadania italiana, sendo certo que o direito à dupla cidadania pelo jus sanguinis tem sede constitucional (art. 12, § 4º, II, “a”, da Constituição da República). 3. A ausência de prejuízo a terceiro advém do provimento do pedido dos recorridos - tanto pelo magistrado singular quanto pelo tribunal estadual -, sem que fosse feita menção à existência de qualquer restrição. Reexame vedado pela Súmula 7 do STJ. 4. Desnecessária a inclusão de todos os componentes do tronco familiar no pólo ativo da ação, uma vez que, sendo, via de regra, um procedimento de jurisdição voluntária, no qual não há lide nem partes, mas tão somente interessados, incabível falar-se em litisconsórcio necessário, máxime no pólo ativo, em que sabidamente o litisconsórcio sempre se dá na forma facultativa. 5. Recurso especial não provido.” (REsp 1138103/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/09/2011, DJe 29/09/2011)

Não se verifica na hipótese, a meu juízo, a alegada probabilidade de prejuízos a terceiros, posto que as alterações pretendidas manterão os números de documentos, não impedindo localização por eventuais credores, herdeiros ou mandados de ordem criminal.

Afora isso, o prejuízo à manutenção da grafia que, ao longo de anos, sofreu alterações indevidas, traz prejuízo não só para os apelantes, como também para qualquer outro membro da família que futuramente possa vir a querer exercer seu direito à dupla cidadania italiana.

É bem verdade que o pedido não se limita a corrigir simples erros de grafia, mas também de omissão de nomes e prenomes, local de nascimento e idade em certidões de nascimento, casamento e óbito.

Diante de tais circunstâncias, foi oportunizado aos apelantes a produção de prova oral em observância ao princípio da ampla defesa e contraditório e à necessidade de se aferir com maior segurança a veracidade das informações apresentadas na inicial.

Assim, inquirida a testemunha Izenaide Serra Sartarelo, esta afirmou que:

“(...) casou-se com Manoel Sartarelo filho de João Sartarelo em 1978. Não conheceu os antepassados de Manoel Sartarelo. Ouviu falar de Frederico Amadeu Ricardo Saltarel, filho de Francesco Saltarel e Angela Bertocco. Não conhece documento, nem data de casamento, nascimento de tais pessoas. Cristiane Serra Sartarelo é sua filha, Jennifer Sartarelo Teles Machado é sua neta.” (f. 202)

Ainda, de acordo com a testemunha Marco Antonio Serra Sartarelo (f. 201):

“(...) Não conheceu Frederico Amadeu Ricardo Saltarel, filho de Francesco Saltarel e Angela Bertocco. Não conheceu outros filhos nem parente dele. Só conheceu João Saltarelo seu avô e Conceição Laurendina de Jesus, mulher dele e sua avó (...)”.

De fato, levando-se em conta o tempo já decorrido desde o nascimento do trisavô dos apelantes – mais de 100 anos, era de se esperar que as gerações mais recentes não tivessem conhecimento acerca de seus antepassados. Contudo, as testemunhas fazem referência a João Sartarelo, que vem a ser o bisavô dos apelantes.

Dito isso, analisando-se em conjunto a documentação anexada pelos apelantes, verifica-se:

A certidão de nascimento de f. 14-15, devidamente traduzida, na qual consta que Federico Amedeo Riccardo Saltarel, supostamente trisavô dos apelantes, era filho de Francesco Saltarel e Angela Bertocco, tendo nascido em Cavazuccherina - (VE), Itália no dia 10/11/1883.

Em 16/05/1908, ao se casar com Maria do Carmo, na certidão de casamento lavrada no Brasil (f. 16) o nome de Federico Amedeo Riccardo Saltarel, ficou constando como *“Federico Ricardo Sartarello, com vinte e treis annos de idade, trabalhador, solteiro, natural da Província de Venezia (Italia),... filho legítimo de Sartarello Francisco e de Angela Bertoca (...)”*.

Note-se que além de ter sido suprimido um dos nomes – Amedeo, o nome foi aportuguesado para Frederico Ricardo, grafando-se de forma equivocada o sobrenome Saltarel para Sartarello. Vale observar a coincidência do nome dos pais de Federico nas certidões de nascimento e casamento, apesar de também grafados errados e até com inversão dos nomes, bem como a identificação do mesmo local de nascimento, qual seja, Venezia-Itália, embora tenha sido omitido o local – Cavazuccherina (província de Veneza). Afora isso, considerando-se que Federico nasceu em 10/11/1883, à época de seu casamento – 16/05/1908, contava com 24 anos e não 23 anos, como ficou assentado.

Ao ser lavrada a certidão de óbito de Federico Amedeo Riccardo Saltarel (f. 17), ficou constando o nome Ricardo Saltarelli, filho de Saltarelli Francisco e Bertocco Angela, natural de Veronésia-Itália, falecido em 16/09/1966, contando com 85 anos, deixando 09 (nove) filhos.

Mais uma vez houve alteração no nome, pois, de forma equivocada, suprimiu-se o nome Frederico alterando-se a grafia de Sartarello para Saltarelli. Novamente é possível verificar a coincidência dos nomes dos genitores de Federico Amedeo Riccardo Saltarel apesar da alteração de grafia, bem como o erro quanto a naturalidade Veronésia (província de Verona), quando o correto era Cavazuccherina (província de Veneza), além da idade de falecimento, já que contava efetivamente com 82 anos.

2. Dando sequência à ordem sucessória, à f. 18 foi anexado certidão de inteiro teor informando que o bisavô João Soltarello (mencionado nos depoimentos das testemunhas já citadas), filho de Ricardo Soltarello e de Maria do Carmo, nasceu em 24/01/1919, possuindo como avôs paternos Francisco Soltarello e Angela Bortocola, tendo se casado com Conceição Laurendina de Jesus em 10/09/1938.

Vale observar que a certidão de f.19-20 confirma a informação de que João Soltarello casou-se aos 19 anos de idade com Conceição Laurindina Jesus, sendo ele nascido em 22/01/1919, em Monte Alto/SP, filho de Ricardo Soltarello, este último natural da Província de Veneza-Itália e de Maria do Carmo Assumpção. Consta que João Soltarello faleceu em 31/05/1992, o que, aliás, é ratificado pela certidão de óbito de f. 21.

Confrontando as informações dos registros em nome de João Soltarello com os do seu genitor, tem-se que o nome do pai Ricardo Soltarello assemelha-se ao nome Ricardo Saltarelli (Federico Amedeo Riccardo Saltarel), constante na certidão de óbito de f. 17. O mesmo pode se dizer do local de nascimento, já que tanto na certidão de nascimento de João Soltarello, quanto na de casamento de Federico (f. 16), consta que este último era de – Veneza-Itália. Afora isso, a mãe de João Soltarello é mesma pessoa indicada na certidão de casamento de Federico Amedeo Riccardo (f. 16). E como já não bastasse a sequência de erros, tem-se que as certidões de f. 18 e 19 divergem quanto ao dia de nascimento de João Soltarello, (22 ou 24), o que leva a concluir que houve erro no momento da digitação.

A certidão de f. 22 dá conta do nascimento de Manoel Sartarelo (suposto avô), ocorrido em 20/09/1956, filho de João Sartarelo e Conceição Laurentina Vieira, possuindo como avôs paternos Ricardo Sartarelo e Maria do Carmo.

Novamente a grafia do sobrenome é alterada de João Soltarello para João Sartarelo. Afora isso o nome da mãe de Manoel é alterado de Conceição Laurentina Jesus para Conceição Laurentina Vieira.

Em 25/01/1978, foi lavrado o casamento de Manoel Sartarelo e Izenaide dos Santos Serra, sem maiores alterações. O atestado de óbito de Manoel foi acostado à f. 24.

À f. 25 foi acostada certidão de nascimento de Cristiane Serra Sartarelo (mãe da apelante), filha de Manoel Sartarelo e Izenaide Serra Sartarelo. Cristiane se casou com Paulo Gonçalves Teles (f. 26-27).

Em 09/02/1998 nasce a autora Jeniffer Sartarelo Teles filha de Cristiane Serra Sartarelo e Paulo Gonçalves Teles. Em 10/05/2014 casa-se com Luiz Machado Ferreira Filho (f. 29), passando a usar no nome Jeniffer Sartarelo Teles Machado.

Ainda, no que diz respeito às autoras Fernanda Saltarello dos Santos e Iracema Saltarello dos Santos, vale ser dito que à f. 30, consta:

O registro de nascimento de “José”, filho de Ricardo Frederico e Maria do Carmo, possuindo como avós paternos Francisco Saltarello e Angela Bortoca. Posteriormente, à f. 31 foi acostado a certidão de casamento com Maria Tozetti, onde constou o nome José Sartorello, filho de Ricardo Frederico Sartorello e Maria do Carmo. Frise-se que o nome Ricardo Frederico Sartorello assemelha-se com o da certidão de casamento de f. 16, onde consta Frederico Ricardo Sartorello (correto era Federico Amedeo Riccardo Saltarel).

Como já dito, o suposto trisavô Federico Amedeo Riccardo Saltarel, teve seu nome alterado por inúmeras vezes, sendo certo que quando de seu falecimento havia deixado nove filhos, conforme já mencionado em razão da certidão de óbito. Assim, confrontando as informações da certidão de f. 30, com as de Federico Amedeo Riccardo Frederico (f. 15), tem-se que apesar da grafia é possível aferir tratar-se da mesma pessoa.

Já na certidão de óbito de f. 32 há nova alteração na grafia do sobrenome, passando a figurar como José Sartarelo, filho de Ricardo Frederico Sartarelo e de Maria do Carmo, tendo deixado 07(sete) filhos.

À f. 33 consta a certidão de nascimento da apelante Iracema Saltarello, filha de José Saltarello e de Maria Tozzeti, tendo como avós paternos Ricardo Saltarello e Maria do Carmo Assunção. Note-se que novamente há alteração de grafia do sobrenome de José.

Iracema Saltarello casa-se com Edio Breverino dos Santos (f. 34), passando a usar o nome de Iracema Saltarello dos Santos.

Em 17/10/1985 nasce a apelante Fernanda Saltarello dos Santos filha de Iracema Saltarello dos Santos e Edio Breverino dos Santos, sendo avós maternos José Saltarello e Maria Tozetti; casada com Silvoneis Pereira de Sousa, passando a usar o nome de Fernanda Saltarello dos Santos Sousa.

Feitas essas considerações, não restam dúvidas de que ao longo de mais de 100 (cem) anos a grafia do sobrenome Saltarel sofreu inúmeras alterações gráficas, estando hoje a divergir dos registros da família ancestral italiana. Daí que não merece prosperar a assertiva constante da sentença no sentido de que os nomes deixados pelo patriarca e sua mulher seriam comuns a todos os membros da família.

Frise-se que em razão dos inúmeros registros equivocadamente lançados, chegar a um tronco comum passou a ser tarefa árdua. Tanto assim o é que em seu depoimento a testemunha Vanderlei Sartarelo afirma que:

“Da família de seu pai não conheceu ninguém, além dele. João Saltarello é seu pai. Desconhece algum documento que atribua a seu pai o patronímico Saltarel. Não sabe se o nome de seu avô era Ricardo Saltarello. Não sabe quem é Francisco Saltarello, nem se ele é pai de seu avô Ricardo. Também não conhece, nem ouviu falar a respeito de Angela

Bortocola. Não conheceu José Saltarel. Conheceu Iracema Sartarello, recentemente, pela internet. Não tem conhecimento da genealogia dela. Pela internet Iracema disse que era mãe de Fernanda Saltarello dos Santos, mas não a conhece pessoalmente e nada sabe a seu respeito” (f. 200).

No caso em tela, tal desiderato somente foi possível a partir da certidão italiana no qual consta o nascimento de Federico Amedeo Riccardo Saltarel, seguindo-se a partir daí a trilha deixada ao longo de cinco gerações, com a colheita de certidões, onde visivelmente se afere a existência de erros materiais, seja pela dificuldade em se registrar o nome, prenome e sobrenome, dada a sua origem estrangeira, ou ainda, como forma de se facilitar sua pronúncia, prática bastante usual naquela época.

Quanto à necessidade de manifestação de todos os interessados, como já adiantado, o STJ já definiu ser:

“(...) desnecessária a inclusão de todos os componentes do tronco familiar no pólo ativo da ação, uma vez que, sendo, via de regra, um procedimento de jurisdição voluntária, no qual não há lide nem partes, mas tão somente interessados, incabível falar-se em litisconsórcio necessário, máxime no pólo ativo, em que sabidamente o litisconsórcio sempre se dá na forma facultativa.” (REsp 1138103/PR).

No que se refere a possibilidade de prejuízos a terceiros, foram acostados às f. 149-187, certidões negativas, à exceção da f. 150, onde consta que a apelante Jeniffer Satarello Teles Machado possui 04 (quatro) protestos. Tal fato por si só não se constitui em óbice, uma vez que as alterações pretendidas manterão os números de documentos, não impedindo localização por eventuais credores, herdeiros ou mandados de ordem criminal.

No mais, não merece prosperar a assertiva de que a determinação das retificações na forma postulada implicaria em ocultação da origem dos outros descendentes dessa estirpe, ferindo assim direito de terceiros, em especial daqueles que ostentam o nome exatamente igual ao inquinado de erro e que não pretendem sua retificação ou acréscimo, por estar em consonância com o nome por eles utilizados na vida civil e funcional.

É que além da grafia em si já ter sofrido alterações por inúmeras vezes, sem que qualquer pessoa alegasse prejuízo, à exceção da presente lide, tem-se que o fim maior é assegurar o direito a um registro histórico fiel. Nesse sentido:

*“APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE **RETIFICAÇÃO** DE REGISTRO CIVIL – **NOME** DOS ASCENDENTES INCORRETO NAS CERTIDÕES DE NASCIMENTO – NECESSIDADE DA **RETIFICAÇÃO**, A FIM DE OBTENÇÃO DA **CIDADANIA ITALIANA** – DESNECESSIDADE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. Restando comprovado o erro na grafia dos **nomes** dos ascendentes das partes em suas certidões de nascimento, imperiosa a **retificação** pleiteada, porquanto tal medida não gera prejuízos a terceiros, pelo contrário, contribui para a manutenção de um registro de dados em consonância com a realidade histórica de cada família. Apelo provido. (TJRS. Apelação Cível Nº 70042864785. Órgão Julgador Oitava Câmara Cível. Publicação 01/11/2011. Relator Alzir Felipe Schmitz) destaquei.*

*“CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE **RETIFICAÇÃO** DE REGISTRO CIVIL – CORREÇÃO DE **NOMES** DOS ASCENDENTES – NECESSIDADE – OBTENÇÃO DE **CIDADANIA ITALIANA** – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS – COMPROVAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1) É sabido que os nomes de imigrantes sofreram enormes alterações ao longo das gerações porquanto os responsáveis pelos registros desconheciam outros idiomas que não o português e se baseavam muitas vezes em regras da língua nativa para registrar nomes que obedecem a regras e dicção acentuadamente diferentes. Não há óbice legal para a retificação dos nomes dos ascendentes da autora, uma vez tendo a*

mesma embasado seu direito em diversas certidões que reconstituíram todo o caminho de nascimentos, casamentos e óbitos da família, demonstrando com isso as grafias corretas dos nomes familiares e a comprovação dos erros de grafia pelo registrador. 2) Afigura-se legítimo o interesse da autora para requerer a alteração do nome dos ascendentes uma vez que estes já estão falecidos e não mais poderão fazê-lo em seu benefício, assim como as alterações necessárias no seu próprio registro para que lhe seja possibilitado provar sua descendência italiana, pretensão que encontra amparo no próprio direito de personalidade que visa regularizar a grafia correta do nome de família. 3) Ademais, não se verifica nos autos qualquer indício de prejuízo a terceiros pois as alterações pleiteadas visam facilitar a obtenção de cidadania italiana, já tendo a autora trazido aos autos diversas certidões provando que as retificações não representam qualquer escusa ao cumprimento de obrigações perante credores e nem perante a justiça. Nesse contexto, mostra-se idônea a motivação da autora para buscar a retificação dos registros civis a fim de restabelecer a verdade registral.. Recurso a que se dá provimento.” (TJES. Apelação Cível 00369554720098080024. Pub. 31/05/2011) destaquei.

*“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE **RETIFICAÇÃO** DE REGISTRO CIVIL – PRETENSA CORREÇÃO DA FILIAÇÃO MATERNA EM ASSENTO DE CASAMENTO DO BISAVÔ DA AUTORA, COM FINALIDADE DE INSTRUIR PEDIDO DE **CIDADANIA ITALIANA** – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO PRENOME E SOBRENOME DA ASCENDENTE PATERNA EM UM ÚNICO DOCUMENTO – **CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR CAPAZ DE IDENTIFICAR O ERRO GRÁFICO EM NOME ESTRANGEIRO** – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A TERCEIROS – **POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO A TEOR DO ART. 109, DA LEI DE REGISTROS PUBLICOS** – SENTENÇA DE MÉRITO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A retificação do nome de ancestrais deve ser admitida, se a pretensão não causar prejuízo a terceiros ou à segurança pública, mormente quando se refere o pedido a cadeia familiar com finalidade de obter a dupla cidadania - pelo ius sanguinis, direito constitucionalmente assegurado quando de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira, segundo dispõe o artigo 12, § 4º, II, a da Constituição da Republica Federativa do Brasil - **CRFB**.” (TJSC. Apelação Cível 0502783-48.2013.8.24.0020. Relator Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli. Pub. 10/08/2017) destaquei.*

Aliás, vale ser destacado que recentemente neste Tribunal de Justiça foi julgado recurso similar, oportunidade em que restou consignado:

“RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO FAMÍLIA – ITALIANA – INALTERABILIDADE RELATIVA PROVA DO FATO QUE EMBASA O PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO – ERRO NA GRAFIA DO PATRONÍMICO E DEMAIS DADOS QUANDO DA IMIGRAÇÃO PARA O BRASIL – POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 57 e 59 DA LEI 6.015/73 – RETIFICAÇÃO QUE VISA GARANTIR O DIREITO À AQUISIÇÃO DE DUPLA CIDADANIA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Os dados constantes do registro de nascimento são, em princípio, inalteráveis. Todavia, a Lei 6.515/73 não proíbe que alterações possam ser nele feitas, desde que existam motivos relevantes ou excepcionais, que faz com que a regra da imutabilidade registral ceda diante de circunstâncias especiais. Assim, se o requerente alega que o seu patronímico foi grafado erroneamente em seu registro de nascimento, e dos elementos dos autos é possível extrair a conclusão de que a grafia foi efetivamente lançada de forma incorreta desde a chegada de seu bisavô ao Brasil, vindo da Itália, o que se refletiu também em seu próprio nome, deve-se acolher o pedido que objetiva promover a retificação do seu registro de nascimento e de seus

antecessores, ainda que falecidos, nos termos do artigo 109 da Lei 6.015/73, tendo em vista a ausência de prejuízo a terceiros e a necessidade de garantir ao requerente a possibilidade de aquisição da cidadania italiana. Recurso conhecido e provido.” (Apelação Cível 0803667-86.2016.8.12.0002. Rel. Des. Dorival Renato Pavan. 14/03/2018) destaquei.

Portanto, restando fundamentado os pedidos de retificação e averbação formulados na exordial, nos termos do art. 109 da Lei 6.015/73 há que ser reformada a decisão que indeferiu o pleito inaugural.

Posto isto conheço e dou provimento ao presente recurso de apelação para o fim de fazer as seguintes retificações, em observância ao histórico dos ascendentes das apelantes, na seguinte ordem cronológica:

Em relação aos ascendentes de Jeniffer Sartarelo Teles (autora/apelante)

Federico Amedeo Riccardo Saltarel, filho de Francesco Saltarel e de Angela Bertoco, nascido em 10/11/1883, em Cavazuccherina (VÊ)-Itália, casado com Maria do Carmo em 16/05/1908, quando contava com 24 anos, vindo a falecer em 16/09/1966, aos 82 anos. Expeça-se mandado ao oficial do registro civil de Bonfim Paulista-SP (f. 16) para que seja feito a retificação no assentamento do Livro de Registro de Casamento B-01, f. 128 verso e termo 16, do casamento de Frederico Ricardo Sartarello para Frederico Amedeo Riccardo Saltarel, filho de Francesco Saltarel e de Angela Bertoco, nascido em 10/11/1883, em Cavazuccherina (VÊ)-Itália, casado com Maria do Carmo em 16/05/1908, averbando-se cópia do presente acórdão.

Da mesma forma deverá ser expedido mandado ao oficial do registro civil de Valparaíso-SP (f. 17), para que seja feito a retificação no Livro de Assentamento de Óbito 16, f. 199Vº, sob número 10288, do óbito de Ricardo Saltarelli para Frederico Amedeo Riccardo Saltarel, filho de Francesco Saltarel e de Angela Bertoco, nascido em 10/11/1883, em Cavazuccherina (VÊ)-Itália, quando contava com 24 anos, vindo a falecer em 16/09/1966, aos 82 anos, averbando-se cópia do presente acórdão.

João Saltarel, nascido em 22/01/1919, filho de Frederico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo, neto de Francesco Saltarel e Angela Bertocco, falecido em 31/05/1992.

Conceição Laurendina de Jesus casada com João Saltarel em 10/09/1938.

Expeça-se mandado ao oficial do registro civil de Monte Alto/SP (f. 18), para que seja incluído à f. 198-V, do Livro A, nº 22, do Registro de Nascimento sob nº de ordem 51, o sobrenome Saltarel, na certidão de nascimento de João, nascido em 22/01/1919, bem como seja feita a retificação da filiação, constando como filho de Frederico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo, e avós paternos Francesco Saltarel e Angela Bertocco. Casado com Conceição Laurendina Jesus em 10/09/1938, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial do registro civil do Distrito e Município de Pirangi, Comarca de Monte Alto/SP (f. 19-20), para que seja retificado no Registro de Casamento nº B-02, f. 260 V, sob nº 715, o casamento de João Soltarelo, para João Saltarel, nascido em 22/01/1909, filho de Frederico Amedeo Riccardo Saltarel, o qual contava à época com 54 anos, e de Maria do Carmo. Da mesma forma deverá ser retificado o nome da esposa Conceição Laurendina Jesus Soltarello para Conceição Laurendina Jesus Soltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro civil do 1º Ofício de Itaporã-MS (f. 21), para que seja feita a retificação no livro de assentos de Óbito nº C/1, f. 75F, Nº 116, o óbito de João Soltarello para João Soltarel, filho de Frederico Amedeo Riccardo Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Manoel Saltarel, filho de João Saltarel e Conceição Laurentina de Jesus, neto de Federico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo; falecido em 10/11/2013;

Izenaide Serra Saltarel casada com Manoel Saltarel.

Expeça-se mandado ao oficial de registro civil do 1º Ofício de Itaporã-MS (f. 22), para que seja feita a retificação no livro de assentos de nascimento, nº A/02, f. 124 F, nº 904, de Manoel Sartarelo para Manoel Saltarel, filho de João Saltarel e Conceição Laurentina de Jesus, sendo os avós paternos Federico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro do 2º Serviço Notarial e Registro Civil de Dourados-MS (f. 23) para que seja feita a retificação no livro de Registro de Casamentos nº 006-B, f. 272, nº 750 do casamento de Manoel Sartarelo para Manoel Saltarel, filho de João Saltarel e Conceição Laurentina de Jesus. Da mesma forma deverá ser feita a retificação do nome da esposa Izenaide Serra Sartarelo para Izenaide Serra Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro do 2º Serviço Notarial e Registro Civil de Dourados-MS (f. 24), para que seja feita a retificação no livro de Registro de Óbitos nº 73-C, f. nº 100, termo de óbito nº 38.592, do nome de Manoel Sartarelo para Manoel Saltarel, casado com Izenaide Serra Saltarel, filho de João Saltarel e Conceição Laurentina de Jesus, averbando-se cópia do presente acórdão.

Cristiane Serra Saltarel (f. 25), filha de Manoel Saltarel e Izenaide Serra Saltarel, neta de João Saltarel e Conceição Laurentina de Jesus, bisneta de Federico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo; casada com Paulo Gonçalves Teles; nome de casada Cristiane Serra Saltarel Gonçalves Teles.

Expeça mandado ao oficial de registro do 2º Serviço Notarial e Registro Civil de Dourados-MS, para que seja feita a retificação no livro de Registro de Nascimentos nº 014-A, f. 120, termo de nascimento 8569, matrícula 06179601551979100014120000858961 do nome de Cristiane Serra Sartarelo para Cristiane Serra Saltarel, filha de Manoel Saltarel e Izenaide Serra Saltarel, e avós paternos João Saltarel e Conceição Laurentina de Jesus. Da mesma forma deverá constar que durante o casamento o nome de casada era Cristiane Serra Saltarel Gonçalves Teles, vindo a divorciar-se passando a usar o nome de Cristiane Serra Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro civil de Pirapitingui, município e Comarca de Itu/SP (f. 26-27), para que proceda a retificação do assento no Livro B nº 24, de Registro de Casamento, f. 54, nº 2.802, do casamento de Cristiane Serra Sartarelo, para que figure Cristiane Serra Saltarel, filha de Manoel Saltarel e Izenaide Serra Saltarel, passando a usar o nome de casada Cristiane Serra Saltarel Gonçalves Teles, vindo a divorciar-se passando a usar o nome de Cristiane Serra Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Jeniffer Saltarel, filha de Cristiane Serra Saltarel Gonçalves Teles e Paulo Gonçalves Teles; avós maternos Manoel Saltarel e Izenaide Serra Saltarel, casada com Luiz Machado Ferreira Filho (f. 29), passando a usar no nome Jeniffer Saltarel Teles Machado.

Expeça-se mandado ao oficial e registro civil de Pirapitingui, município e Comarca de Itu/SP (f. 28), para que proceda a retificação no Livro A, nº 18 de Registro de Nascimento, f. 45, sob nº 4.992 do nascimento de Jeniffer Sartarello Teles para o nome de Jeniffer Saltarel Teles, filha de Cristiane Serra Saltarel e Paulo Gonçalves Teles; avós maternos Manoel Saltarel e Izenaide Serra Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça mandado ao oficial de registro do 2º Serviço Notarial e Registro Civil de Dourados para que proceda a retificação no livro de Registros de Casamentos nº 074-B, f. 211, do termo de casamento nº 21.119, do nome de Jeniffer Sartarelo Teles para Jeniffer Saltarel Teles, filha de Cristiane Serra Saltarel e

Paulo Gonçalves Teles, passando a usar o nome de casada Jeniffer Saltarel Teles Machado, averbando-se cópia do presente acórdão.

Em relação aos ascendentes de Fernanda Saltarello dos Santos e Iracema Saltarello dos Santos (autoras/apelantes)

José Saltarel, nascido em 05/03/1911, filho de Federico Amedeo Riccardo Saltarel, natural de Cavazuccherina (VÊ)-Itália, e de Maria do Carmo, sendo avós paternos Francesco Saltarel e Angela Bertocco;

Maria Tozetti Saltarel casada com José Saltarel.

Expeça mandado ao oficial de registro civil de Bonfim Paulista-SP (f. 30) para que proceda a inclusão no Livro de Registro de Nascimento A-08, f. 046 e termo 74, do sobrenome Saltarel ao nome de José; bem como proceda a retificação da filiação para filho de Federico Amedeo Riccardo Saltarel, natural de Cavazuccherina (VÊ)-Itália, e de Maria do Carmo, sendo os avós paternos Francesco Saltarel e Angela Bertocco, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça mandado ao oficial de registro civil de Monte Alto-SP (f. 31), para que proceda a retificação no livro B, nº 01, f. 106, de Registro de Casamento do nome de José Sartorello para José Saltarel, filho de Federico Amedeo Riccardo Saltarel, natural de Cavazuccherina (VÊ)-Itália, e de Maria do Carmo, passando a esposa a usar o nome de Maria Tozetti Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro civil de Porecatu-PR, para que proceda a retificação o Livro de Registro de Óbito do termo 1.787, f. 327 do Livro C-três do nome de José Sartarélo para José Saltarel, filho de Federico Amedeo Riccardo Saltarel e de Maria do Carmo, bem como a inclusão da data de nascimento – 05/03/1911, averbando-se cópia do presente acórdão.

Iracema Saltarel, filha de José Saltarel e Maria Tozetti Saltarel, sendo avós paternos Federico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo; casada com Edio Breverino dos Santos, passando a usar o nome de Iracema Saltarel dos Santos;

Expeça-se mandado ao oficial de registro de Porecatu/SP (f.33), para que proceda a retificação no livro de Registro de Nascimentos, do termo nº 2.832, f. 72, do livro-A-05, do nome de Iracema Saltarello para Iracema Saltarel, filha de José Saltarel e Maria Tozetti Saltarel, sendo avós paternos Federico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro de Rolândia/PR para que proceda a retificação no livro de Registro de Casamentos, termo nº 6889, f. 201 do livro B-vinte, do nome de Iracema Saltarello para Iracema Saltarel, filha de José Saltarel e Maria Tozetti Saltarel, assim como do nome de casada para Iracema Saltarel dos Santos, averbando-se cópia do presente acórdão.

Fernanda Saltarel dos Santos, filha de Iracema Saltarel dos Santos e Edio Breverino dos Santos, neta de José Saltarel e Maria Tozetti Saltarel e bisneta de Federico Amedeo Riccardo Saltarel e Maria do Carmo; casada com Silvoneis Pereira de Sousa, passando usar nome de Fernanda Saltarel dos Santos Sousa.

Expeça-se mandado ao oficial de registro civil de São Paulo para que proceda a retificação no livro A-193, termo 119.844, f.155verso, do assento de nascimento de Fernanda Saltarello dos Santos para Fernanda Saltarel dos Santos, filha de Iracema Saltarel dos Santos e Edio Breverino dos Santos, sendo avós maternos José Saltarel e Maria Tozetti Saltarel, averbando-se cópia do presente acórdão.

Expeça-se mandado ao oficial de registro de Marabá-PA, para que proceda a retificação no Livro 12/BA de Registro de Casamento, f. 177, termo nº 4424, do nome de Fernanda Saltarello dos Santos para Fernanda Saltarel dos Santos, filha de Iracema Saltarel dos Santos e Edio Breverino dos Santos, assim como do nome de casada para Fernanda Saltarel dos Santos Souza, averbando-se cópia do presente acórdão.

Consequentemente, todos os serviços de registro, após as retificações, deverão expedir as respectivas certidões com as alterações ora determinadas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, com o parecer.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

5ª Câmara Cível**Agravo de Instrumento nº 1401792-67.2018.8.12.0000 – Campo Grande****Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA – MEDIDA EXCEPCIONAL – INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS – CONDIÇÃO *SINE QUA NON* NÃO ATENDIDA – ART. 866 DO NCPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do art. 866 do NCPC é condição *sine qua non* para penhora de faturamento da empresa devedora, que não existam bens penhoráveis ou que não se prestem a saldar a dívida.

No caso, porém, a executada/agravante apresentou bens imóveis à penhora suficientes à garantia da dívida, os quais não foram aceitos pela credora ao argumento de que as certidões apresentadas estão desatualizadas por serem datadas de 2009 e por se tratar de terrenos localizados no Rio Grande do Norte, distante quase 3 mil quilômetros desta comarca.

Não há alegação de que não existem bens. O fato das certidões estarem desatualizadas é facilmente contornado pela determinação de juntada de cópia recente das respectivas matrículas. Ademais, a localização dos imóveis em outra comarca não torna difícil a alienação, bastando a expedição da competente carta precatória.

Se não forem apresentadas matrículas recentes ou não houver êxito no praxeamento, nada obsta que futuramente se realize a penhora do faturamento da empresa, que por ser medida excepcional deve ter seus requisitos observados e preenchidos.

Não se vislumbra, por ora, justificativa para penhora do faturamento da empresa, forma aliás mais gravosa ao devedor, sem observância dos requisitos legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator rever seu voto.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Paiva Empreendimentos Ltda interpõe agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de penhora sobre o faturamento mensal da empresa, nos autos da execução ajuizada em seu desfavor, por Petel Materiais de Construção e Equipamentos Ltda.

Afirma que o primeiro requisito para o deferimento da penhora sobre o faturamento é a demonstração de que inexistem bens do devedor passíveis de penhora. Contudo, o agravado não comprovou a inexistência de outros bens da agravante passíveis de penhora após a frustração dos bloqueios na conta bancária desta.

Ainda, salienta que, embora tenha indicado bens penhoráveis, o Juízo *a quo* determinou a penhora de seu faturamento.

Assim, requereu a reforma da r. decisão, para que seja afastada a penhora sobre o faturamento da empresa.

A tutela recursal, a fim de suspender a decisão agravada, foi indeferida às fls. 185/190.

Contrarrazões às fls. 192/197.

VOTO (EM 10/04/2018)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Paiva Empreendimentos Ltda interpõe agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de penhora sobre o faturamento mensal da empresa, nos autos da execução ajuizada em seu desfavor, por Petel Materiais de Construção e Equipamentos Ltda.

Afirma que o primeiro requisito para o deferimento da penhora sobre o faturamento é a demonstração de que inexistem bens do devedor passíveis de penhora. Contudo, o agravado não comprovou a inexistência de outros bens da agravante passíveis de penhora após a frustração dos bloqueios na conta bancária desta.

Ainda, salienta que, embora tenha indicado bens penhoráveis, o Juízo *a quo* determinou a penhora de seu faturamento.

Assim, requereu a reforma da r. decisão, para que seja afastada a penhora sobre o faturamento da empresa.

Pois bem.

No caso, entendo que o recurso deve ser desprovido.

Conforme art. 866, do Código de Processo Civil, se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

Ademais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, somente é possível, em caráter excepcional, a penhora recair sobre o faturamento da empresa quando observadas, cumulativamente: comprovação de que inexistem bens penhoráveis ou de que os indicados são de difícil alienação; nomeação de depositário e fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa.

Nesse sentido, eis a jurisprudência:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – DETERMINAÇÃO DE PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA – ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, DIANTE DO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS, CONCLUIU QUE O PERCENTUAL DO FATURAMENTO PENHORADO NÃO INVIABILIZARIA

AS ATIVIDADES EMPRESARIAIS – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Na esteira da jurisprudência desta Corte, “a penhora sobre faturamento da empresa admitida em casos em que se mostre necessária ou adequada medida, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: I) inexistência de bens passíveis de garantir execução ou que sejam de difícil alienação; II) nomeação de administrador (CPC, art. 655-A, 3º) e; III) fixação de percentual que não inviabilize atividade empresarial” (STJ, REsp 1.540.914/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe de 1º/02/2016).

O caso em questão amolda-se a hipótese do art. 866.

É possível verificar que as tentativas de outros meios de penhora restaram infrutíferas. Em que pese a agravante tenha oferecido bens imóveis à penhora, a mesma deixou de apresentar as respectivas matrícula, bem como a penhora *online* também não teve êxito.

Nos autos de origem, o agravante ofereceu à penhora dois lotes de terreno, tendo apresentado apenas certidão de 2009 sobre os terrenos, o que inviabiliza, sem qualquer sombra de dúvida, a aceitação dos referidos bens. Ora, era de interesse da agravante efetivar a penhora dos terrenos oferecidos como forma de garantir o pagamento da dívida, motivo pelo qual cabia a apresentação das matrículas atualizadas.

Por isso, restaram infrutíferas as tentativas de satisfação do débito.

Vê-se também que a penhora sobre o faturamento foi deferida no percentual de 10%, o que não inviabiliza a regular atividade da agravada e respeita o princípio da preservação da empresa (art. 170, IV e VIII da CF).

Portanto, a decisão agravada está em consonância com o entendimento jurisprudencial dominante e com o art. 866, do NCPC.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, conheço e nego provimento ao recurso.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 24/04/2018 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Sideni), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 24/04/2018)

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela devedora Paiva Empreendimentos Ltda. em face da decisão proferida na Execução proposta por Petel Materiais de Construção e Equipamentos Ltda., onde foi deferida a penhora de 10% do faturamento mensal da empresa para satisfação da dívida.

Considerou o ilustre relator a legitimidade da penhora determinada, eis que infrutíferas as tentativas anteriores de garantia da execução.

Peço vênias para divergir, pois, a meu juízo, a penhora determinada afronta o disposto no art. 866 do novo Código de Processo Civil, segundo o qual:

“Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.” – destaquei

Logo, nos termos da norma processual em vigor, é condição *sine qua non* para penhora de faturamento da empresa devedora, que não existam bens penhoráveis ou que não se prestem a saldar a dívida.

No caso, porém, a executada/agravante apresentou bens imóveis à penhora suficientes à garantia da dívida, os quais não foram aceitos pela credora ao argumento de que as certidões apresentadas estão desatualizadas por serem datadas de 2009 e por se tratar de terrenos localizados no Rio Grande do Norte, distante quase 3 mil quilômetros desta comarca.

Veja que não há alegação de que não existem bens. O fato das certidões estarem desatualizadas é facilmente contornado pela determinação de juntada de cópia recente das respectivas matrículas. Ademais, a localização dos imóveis em outra comarca não torna difícil a alienação, bastando a expedição da competente carta precatória.

Anoto que, se não forem apresentadas matrículas recentes ou não houver êxito no praxeamento, nada obsta que futuramente se realize a penhora do faturamento da empresa, que por ser medida excepcional deve ter seus requisitos observados e preenchidos.

Nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE FATURAMENTO CARÁTER EXCEPCIONAL – CONDIÇÃO DO ART. 866 DO CPC – DESCUMPRIMENTO – EXISTÊNCIA DE BENS – REQUISITO NÃO PREENCHIDO. 1. Agravo de Instrumento em que a CAARJ requer que se afaste a penhora deferida sobre o seu faturamento. 2. Os Embargos de Declaração restam prejudicados pelo julgamento definitivo do presente Agravo de Instrumento. 3. Antes de o CPC/2015 prever a possibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa, o eg. STJ já tinha jurisprudência dominante no sentido de aceitar tal modalidade de penhora, desde que não encontrados outros bens penhoráveis e que o valor não fosse capaz de comprometer o funcionamento da executada. Tal entendimento se encontra hoje previsto no art. 866 do CPC, segundo o qual “Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa”. 4. No caso em tela, restando clara a existência de outros bens, bem como estando pendente apenas o pagamento de emolumentos para a efetivação da penhora do imóvel localizado na Av. Ayrton Senna nº 1850, na Barra da Tijuca, cidade do Rio de Janeiro, avaliado em R\$ 300.000,00, tem-se que não foram, ainda, preenchidos os requisitos necessários para o deferimento da penhora sobre o faturamento da Executada. 5. Patente o prejuízo que a presente medida pode causar à Agravante que já se encontra em grande dificuldade financeira e com um grande número de penhoras já deferidas em seu faturamento. De outro lado, inexistente o periculum in mora inverso causado à Agravada com o adiamento da penhora sobre o faturamento, medida que poderá ser determinada, posteriormente, pelo juízo a quo, depois de cumpridos todos os requisitos necessários para tanto. 6. Agravo de Instrumento provido para afastar a penhora sobre o faturamento da Agravante. Embargos de Declaração prejudicados.” (TRF-2-AG:00130500820174020000 RJ 0013050-08.2017.4.02.0000, Relator: Reis Friede, Data de Julgamento: 22/02/2018, 6ª Turma Especializada)

Nessa esteira de raciocínio, não se vislumbra na hipótese justificativa para penhora do faturamento da empresa, forma aliás mais gravosa ao devedor, sem observância dos requisitos legais.

Posto isto, peço vênia ao ilustre relator para dele divergir de modo a conhecer e dar provimento ao presente recurso de agravo, reformando a decisão agravada para que seja determinada a apresentação das certidões ou matrículas atualizadas dos imóveis indicados à penhora, afastada, por ora, a constrição sobre percentual do faturamento da empresa.

É como voto

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Após ouvir atentamente o voto do 1º vogal, entendo por bem rever meu posicionamento, para dar provimento ao presente recurso e reformar a decisão agravada para que seja determinada a apresentação das certidões ou matrículas atualizadas dos imóveis indicados à penhora, afastada, por ora, a constrição sobre percentual do faturamento da empresa, eis que a executada/agravante apresentou bens imóveis à penhora suficientes à garantia da dívida, os quais não foram aceitos pela credora ao argumento de que as certidões apresentadas estão desatualizadas por serem datadas de 2009 e por se tratar de terrenos localizados no Rio Grande do Norte, distante quase 3 mil quilômetros desta comarca.

Aliás, soma-se à isto o fato de que as certidões desatualizadas podem ser supridas pela determinação de juntada de cópia recente das respectivas matrículas. Assim, por ora, de fato inexistente justificativa para penhora do faturamento da empresa, forma aliás mais gravosa ao devedor.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator rever seu voto.

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, 24 de abril de 2018.

5ª Câmara Cível**Remessa Necessária nº 0800895-38.2017.8.12.0028 – Bonito****Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONSULTA COM ESPECIALISTA EM OFTALMOLOGIA – CRIANÇA PORTADORA DE MICROCEFALIA – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO – PARECER DA NAT FAVORÁVEL – CRIANÇA DOENTE E CARENTE – PREVALÊNCIA DA PRESCRIÇÃO MÉDICA – ESTADO E MUNICÍPIO ISENTOS DE CUSTAS – IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO PELO ESTADO DE HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – VALOR DOS HONORÁRIOS ADEQUADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Quanto à legitimidade para compor o pólo passivo desta ação, nos termos do artigo 23, II, da Constituição Federal, é responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência públicas. Complementando, o artigo 196 da Carta Magna estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Poder Público.

Embora a prescrição médica não goze de presunção absoluta, é suficiente para demonstrar a necessidade do procedimento indicado para o tratamento da patologia, cabendo ao recorrido demonstrar no bojo da instrução do processo de conhecimento que essa prescrição médica contém erros de diagnóstico ou do tratamento adotado, cuja ausência leva a procedência do pedido.

O parecer da NAT foi favorável ao atendimento do pedido de consulta com oftalmologista, sugerindo a celeridade que o caso requer. Assim, correta a sentença ao confirmar os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida. Aliás, o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Bonito deixaram de interpor agravo da decisão que concedeu a tutela antecipada, bem como não contestaram os pedidos, tampouco recorreram da sentença.

No que tange à sucumbência, correta a sentença que deixou de condenar o Estado e o Município ao pagamento de custas, bem como condenou apenas o município do pagamento de honorários à Defensoria Pública que assiste o autor, tendo em vista a previsão contida na Súmula 421 do STJ que impede a condenação do Estado a pagar honorários para a Defensoria Pública.

Por fim, adequado e razoável o valor dos honorários advocatícios fixados em R\$ 937,00, tendo em vista a baixa complexidade da causa, com julgamento antecipado da lide, além do pouco tempo de tramitação do processo (menos de um ano), bem como proveito econômico com a demanda, consoante critérios estabelecidos no art. 85, § 2º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar as preliminares e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com o parecer.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Bonito submeteu a remessa necessária a sentença proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer que Nicolas Davi de Albuquerque Echeverria, representado por seu genitor Andro de Albuquerque Fernandes ajuizou em desfavor do Município de Bonito e do Estado de Mato Grosso do Sul, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos para determinar que os requeridos providenciem a consulta com especialista em oftalmologia, sob pena de sequestro, convalidando-se a decisão antecipatória da tutela de urgência.

Deixou de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários de sucumbência à Defensoria Pública e condenou o Município de Bonito ao pagamento de honorários no valor de R\$ 937,00. Sem custas.

Não houve interposição de recurso pelas partes.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Bonito submeteu a remessa necessária a sentença proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer que Nicolas Davi de Albuquerque Echeverria, representado por seu genitor Andro de Albuquerque Fernandes ajuizou em desfavor do Município de Bonito e do Estado de Mato Grosso do Sul, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos para determinar que os requeridos providenciem a consulta com especialista em oftalmologia, sob pena de sequestro, convalidando-se a decisão antecipatória da tutela de urgência. Deixou de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários de sucumbência à Defensoria Pública e condenou o Município de Bonito ao pagamento de honorários no valor de R\$ 937,00. Sem custas.

Não houve interposição de recurso pelas partes.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por Nicolas Davi de Albuquerque Echeverria, representado por seu genitor Andro de Albuquerque Fernandes ajuizou em desfavor do Município de Bonito e do Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando o fornecimento de consulta com especialista em oftalmologia, além do tratamento que se fizer necessário.

Quanto à legitimidade para compor o pólo passivo desta ação, nos termos do artigo 23, II, da Constituição Federal, é responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência públicas. Complementando, o artigo 196 da Carta Magna estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Poder Público. Portanto, o Estado, tal qual os demais entes da Federação, tem o dever, em caráter solidário, de assegurar ao cidadão o direito fundamental à saúde.

Aliás, quando do julgamento do Recurso Especial n. 625.329-RJ, relatado pelo Min. Luiz Fux, ficou ressaltada a necessidade, em casos tais, de ser atendido o princípio maior, que é o da garantia à vida digna:

“O Sistema Único de Saúde-SUS - visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-

la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna”.

Por outro lado, quando do julgamento do recurso Especial n. 656296-RS, o STJ enfatizou “*ser solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, da Constituição Federal*” (Rel. Min. Francisco Falcão, j. 21.10.2004).

Portanto, ainda que tenham sido estabelecidas normas operacionais para a organização do sistema de saúde, com a distribuição de atribuições entre os entes, tais normas não podem sobrepor-se à responsabilidade dos entes públicos quanto à prestação dos serviços de saúde à população.

Este é o entendimento desta Corte:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CARÊNCIA DE AÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – PRELIMINAR REJEITADA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – PRELIMINAR REJEITADA – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – ART. 461 DO CPC – POSSIBILIDADE – VALOR DA MULTA – REDUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEFENSORIA PÚBLICA – ADMISSIBILIDADE – RECURSO DO ESTADO PARCIALMENTE PROVIDO – REEXAME NECESSÁRIO – RETIFICAÇÃO PARCIAL DO DECISUM. É possível ao autor da ação de obrigação de fazer, em que pleiteia o fornecimento de medicamentos gratuitamente, demandar contra qualquer dos entes federativos, com fundamento na responsabilidade solidária que une o Município, o Estado e a União na prestação de serviços de saúde. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. A ausência de requerimento administrativo perante o Estado não cria obstáculo ao pedido de obtenção do medicamento pela via jurisdicional. Preliminar de ausência de interesse de agir rejeitada. O direito à percepção de medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida e à saúde, competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II). O Poder Público não pode se furtar à responsabilidade de fornecer gratuitamente medicamento, sobretudo quando demonstrado que a parte autora necessita dos fármacos pleiteados para diagnóstico da doença que lhe aflige. É permitido ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a fixação de multa cominatória contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. Demonstrado que o valor da multa (astreintes) ostenta-se exorbitante em face da obrigação, é possível a sua redução para valor razoável. Descabe a condenação do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários sucumbenciais em favor da Defensoria Pública, pois, na esteira do enunciado n. 421 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença”. (Relator: Des. Hildebrando Coelho Neto, Publicação: 25/03/2010, Nº Diário: 2162)

E ainda,

“MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO GRATUITO DE – INGRESSO DO ESTADO COMO LITISCONSORTE PASSIVO – ADMISSIBILIDADE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PORTARIA ADMINISTRATIVA DISCIPLINADORA – DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA. A Constituição impõe a obrigação concorrente a todos os entes da federação ao cumprimento do disposto em seu art. 196, independente de hierarquia, razão pela qual o Estado pode ser compelido a fornecer os

medicamentos necessários ao tratamento de saúde do carente, mesmo em se tratando de ocorrência oncológica. Não basta simples portaria governamental disciplinando a legitimidade da União para fornecimento de medicamentos oncológicos pelos Centros de Alta Complexidade (CACON) para afastar a incidência de norma constitucional. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de conceder ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento". (Mandado Segurança 2006.020341-5/0000-00. Capital.Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan. 1ª. Seção Cível. J. 05/02/2007).

O Superior Tribunal de Justiça compartilha desse entendimento:

"PROCESSO CIVIL – ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – UNIÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA – TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – SÚMULA 729/STF E PRECEDENTES DESTA CORTE. "É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de qualquer deles no pólo passivo da demanda" (RESP 719716/SC, Min. Relator Castro Meira). É possível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, Súmula 729/STF e jurisprudência deste eg. Tribunal. Recurso especial não conhecido". (STJ - REsp 516359/RS - Ministro Francisco Peçanha Martins – 2ª Turma – J. 08/11/2005 – DJ 19.12.2005 p. 312).

Com isso, concluiu-se pela legitimidade do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Bonito para comporem o polo passivo desta ação.

Da detida análise de todo o processado, entendo que não merece reforma a sentença, se a consulta médica é pleiteada por criança doente e sem condições financeiras de adquiri-la, com fundamento em prescrição médica, entendo presentes os requisitos autorizadores da procedência do pedido, mormente diante da necessidade do tratamento em razão de ser portadora de Microcefalia com sequela de infecção congênita – CID A92, Q 02 e G 80.0, necessitando de consulta com médico especialista em oftalmologia.

Segundo documento médico apresentado com a inicial à f. 17, o médico que acompanha o autor sugeriu nova avaliação com oftalmologista aos 6 meses de idade, tendo em vista sua patologia, sendo ainda recomendado fisioterapia motora, fonoterapia e terapia ocupacional por tempo indeterminado.

Porém, o autor nasceu em outubro de 2016 (f. 10), estando hoje com 1 ano e 7 meses, sem ter realizado a consulta com oftalmologista.

Registre-se que embora a prescrição médica não goze de presunção absoluta, é suficiente para demonstrar a necessidade do tratamento indicado, cabendo à parte contrária demonstrar, no bojo da instrução do processo de conhecimento, que essa prescrição médica contém erros de diagnóstico ou do tratamento adotado, cuja ausência leva a procedência do pedido.

Importante destacar, ademais, que o parecer da NAT foi favorável ao pedido de consulta com oftalmologista, com a celeridade que o caso requer (f. 37/39).

Assim, correta a sentença ao confirmar os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida.

Aliás, o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Bonito deixaram de interpor agravo da decisão que concedeu a tutela antecipada, bem como não contestaram os pedidos, tampouco recorreram da sentença.

No que tange à sucumbência, correta a sentença que deixou de condenar o Estado e o Município ao pagamento de custas, bem como condenou apenas o município do pagamento de honorários à Defensoria Pública que assiste o autor, tendo em vista a previsão contida na Súmula 421 do STJ que impede a condenação do Estado a pagar honorários para a Defensoria Pública.

Por fim, entendo adequado e razoável o valor dos honorários advocatícios fixados em R\$ 937,00, tendo em vista a baixa complexidade da causa, com julgamento antecipado da lide, além do pouco tempo de tramitação do processo (menos de um ano), bem como proveito econômico com a demanda, consoante critérios estabelecidos no art. 85, § 2º, do CPC.

Pelo exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso de remessa necessária, restando mantida a sentença em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Órgão Especial
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1600209-05.2014.8.12.0000
Campo Grande
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – MANDADO DE SEGURANÇA – CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – IRREGULARIDADE FISCAL – MEIO DE COERÇÃO PARA RECEBIMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ART. 39, V, ‘A’ E ‘B’, DO ANEXO IV DO REGULAMENTO DO ICMS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO E DA ATIVIDADE ECONÔMICA – ARTS. 5º, XIII E 170 DA CF – CASO ANÁLOGO AO AI N.º 1602952-22.2013.8.12.0000 – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA

Este c. Órgão Especial já se pronunciou acerca da inconstitucionalidade de se suspender a inscrição estadual, e conseqüentemente o próprio desenvolvimento da atividade econômica, como modo de coação para satisfação de crédito tributário, nos autos da arguição de inconstitucionalidade em agravo n.º 1602952-22.2013.8.12.0000.

O STF e STJ também já se pronunciaram acerca de atos coercitivos que visam compelir as empresas, mediante sanção administrativa, a regularizarem seus débitos fiscais.

Não pode a Fazenda Estadual, sem previsão legal, utilizar-se de meios coercitivos para tentar receber valores relativos a tributos, mesmo porque possui instrumentos adequados para tanto, como a própria execução fiscal, sob pena de estar violando o princípio do livre exercício do trabalho e da atividade econômica, insculpidos no art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

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, acolher a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 23 de maio de 2018.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade encaminhada pelos Desembargadores Membros da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para este Órgão Especial, em

decorrência do acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 4010481-90.2013.8.12.0000 impetrado por Leão Comércio de Embalagens Ltda. e outro contra ato praticado por Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, que teve como relator o Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

O ato apontado como coator foi o cancelamento da inscrição estadual das empresas impetrantes em razão da existência de débitos tributários, por entenderem que o meio de coerção utilizado vai de encontro com o princípio do livre exercício de atividade econômica, insculpido no art. 5º, XIII, da CF.

O referido *mandamus* restou assim ementado:

“EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO ESTADUAL – DÉBITO COM O FISCO ESTADUAL – LESÃO AO PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA – ILEGALIDADE DO MEIO DE COAÇÃO PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL PARA JULGAMENTO – OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

O cancelamento da inscrição estadual por parte do Fisco Estadual como meio de coagir a contribuinte a satisfazer crédito tributário, imposta com fundamento no artigo 39, V, A e B do Anexo IV, do Regulamento do ICMS (RICMS) .2º, § 1º, II, do Anexo IV do Regulamento do ICMS (RICMS), sem estar expressamente prevista em lei, fere o princípio constitucional do livre exercício de atividade econômica, mormente quando se tem em conta que a Fazenda Pública dispõe de meios legais próprios para a cobrança do tributo. Inconstitucionalidade reconhecida.

Em observância à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal, que exige, para o reconhecimento da inconstitucionalidade de leis e atos normativos, a manifestação da maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial dos Tribunais, os autos devem ser remetidos ao Órgão competente para a análise da inconstitucionalidade reconhecida pela Seção Cível. Remessa dos autos ao Órgão Especial para análise da inconstitucionalidade.”

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 10/22, exarou parecer opinando pela “*declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 39, inciso V, alíneas a e b, do Anexo IV do Regulamento do ICMS de Mato Grosso do Sul (RICMS), bem como pela vinculação do caso concreto à decisão que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, II, do Anexo IV do Regulamento do ICMS (RICMS) proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1602952-22.2013.8.12.0000.*”

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade encaminhada pelos Desembargadores Membros da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul para este Órgão Especial, em decorrência do acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 4010481-90.2013.8.12.0000 impetrado por Leão Comércio de Embalagens Ltda. e outro contra ato praticado por Secretário de Estado de Fazenda de Mato Grosso do Sul, que teve como relator o Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

A 1ª Seção Cível deste e. Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 39, V, *a e b*, do Anexo IV, do RICMS, que determina o cancelamento da inscrição estadual, caso efetivada a suspensão e decorridos

cento e vinte dias, razão pela qual se determinou a distribuição do presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, viabilizando a análise constitucional da matéria por este c. Órgão Especial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 10/22, exarou parecer opinando pela *declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 39, inciso V, alíneas a e b, do Anexo IV do Regulamento do ICMS de Mato Grosso do Sul (RICMS), bem como pela vinculação do caso concreto à decisão que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, II, do Anexo IV do Regulamento do ICMS (RICMS) proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça na Arguição de Inconstitucionalidade nº 1602952-22.2013.8.12.0000*.

Pois bem. Passo à apreciação da matéria.

Trago à baila a redação dos dispositivos impugnados do Anexo IV do Regulamento do ICMS (Decreto n. 9.203, de 18.09.98):

“Art. 39. A inscrição será cancelada, quando:

(...)

V - após efetivada a suspensão, na forma prevista na Seção anterior e decorridos cento e oitenta dias de seu início, o contribuinte:

a) deixar de requerer a prorrogação, se for o caso;

b) deixar de regularizar a sua situação fisco-tributária”

Possui razão a r. Procuradoria-Geral de Justiça ao vincular o presente caso à Arguição de Inconstitucionalidade nº 1602952-22.2013.8.12.0000, senão vejamos como restou ementado o referido julgado:

“EMENTA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO DE INSCRIÇÃO ESTADUAL – DÉBITO COM O FISCO ESTADUAL – LESÃO AO PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DO TRABALHO – ILEGALIDADE DO MEIO DE COAÇÃO PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PROCEDÊNCIA. A suspensão de inscrição estadual por parte do Fisco Estadual como meio de coagir a contribuinte a satisfazer crédito tributário, restrição imposta com fundamento no art. 2º, §1º, II, do Anexo IV do Regulamento do ICMS sem previsão legal, fere o princípio constitucional do livre exercício de atividade econômica, sobretudo pelo fato de a Fazenda Pública dispor de meios legais próprios para a cobrança do tributo. Inconstitucionalidade declarada.” (TJMS. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 1602952-22.2013.8.12.0000, Capital, Órgão Especial, Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes, j: 26/02/2014, p: 13/03/2014)

Da leitura do aresto acima colacionado constata-se que este c. Órgão Especial já se pronunciou acerca da inconstitucionalidade de se suspender a inscrição estadual, e consequentemente o próprio desenvolvimento da atividade econômica, como modo de coação para satisfação de crédito tributário. Vejamos trecho do acórdão acima citado:

“Desse modo, a restrição imposta à impetrante pelo Regulamento do ICMS vai de encontro aos dispositivos constitucionais mencionados, conforme bem salienta o parecer ministerial, ‘porquanto limitam injustificadamente o exercício da atividade profissional em razão de pendências fiscais, o que não faz parte da intenção constitucional, que é apenas regulamentar as profissões e atividades laborativas. Assim, ao limitar o direito com vistas a facilitar a fiscalização e a arrecadação tributária, o Regulamento do ICMS violou os limites da regulamentação infraconstitucional.’ (p. TJMS 41).

Com efeito, o ato de suspensão da inscrição estadual da impetrante, em virtude de existirem débitos tributários de sua sócia em atraso, constitui verdadeira sanção aplicada à contribuinte, tendente a impedi-la de exercer suas atividades profissionais.

O argumento de que a impetrante poderia continuar operando como contribuinte eventual não merece ser acolhido, uma vez que, segundo o próprio RICMS, ‘Considera-se comércio eventual as operações não habituais praticadas por pessoas jurídicas não inscritas no cadastro de contribuintes do Estado’ (art. 248), ao passo que a impetrante pratica suas atividades de modo habitual, de sorte que não poderia ser tratada como contribuinte eventual.

Assim, o ato combatido figura-se efetivamente ilegal e praticado com abuso de poder, pois, sem amparo legal, constitui óbice ao desenvolvimento de atividade econômica, sendo inaceitável que o Regulamento do ICMS imponha restrição que não tenha sido expressamente estabelecida em lei.”

No presente caso o ato normativo é ainda mais gravoso, pois promove o cancelamento da referida inscrição.

O Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou acerca de atos coercitivos que visam compelir as empresas, mediante sanção administrativa, a regularizarem seus débitos fiscais, senão vejamos:

SÚMULA 70 – É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS.

SÚMULA 323 – É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS.

SÚMULA 547 – NÃO É LÍCITO À AUTORIDADE PROIBIR QUE O CONTRIBUINTE EM DÉBITO ADQUIRA ESTAMPILHAS, DESPACHE MERCADORIAS NAS ALFÂNDEGAS E EXERÇA SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS.

O STJ também já sumulou a questão:

SÚMULA 127 – É ILEGAL CONDICIONAR A RENOVAÇÃO DA LICENÇA DE VEÍCULO AO PAGAMENTO DE MULTA, DA QUAL O INFRATOR NÃO FOI NOTIFICADO.

Com efeito, não pode a Fazenda Estadual, sem previsão legal, utilizar-se de meios coercitivos para tentar receber valores relativos a tributos, mesmo porque possui instrumentos adequados para tanto, como a própria execução fiscal, sob pena de estar violando o princípio do livre exercício do trabalho e da atividade econômica, insculpidos no art. 5º, XIII e art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, *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:(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Considerando que a constituição garante o livre exercício de qualquer atividade econômica, não pode o Fisco obstar a prática deste direito constitucional como condição para que a empresa efetue o pagamento de seus débitos, por não haver respaldo na legislação.

A finalidade do artigo 39, V, a e b, do anexo IV, do RICMS, é exatamente restringir o exercício de atividade econômica como meio de coerção ao pagamento de pendências tributárias, devendo ser acolhida sua inconstitucionalidade.

Diante do exposto, acolho a presente arguição de inconstitucionalidade, para reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 39, V, a e b, do anexo IV, do RICMS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, acolheram a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 23 de maio de 2018.

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0013779-63.2010.8.12.0001 – Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA–AGRAVO RETIDO–PRELIMINARES REJEITADAS–DEMANDA JUDICIAL PRESCINDE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO PRÉVIO – PRESCRIÇÃO. 206, § 1º, II, DO CÓDIGO CIVIL – *DIES A QUO* – DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO – SUBSUNÇÃO DA INCAPACIDADE À ATIVIDADE EXERCIDA – APLICAÇÃO DO CDC – ARTIGOS 47 E 51, IV – INVALIDEZ POR ACIDENTE DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDE DESDE A REALIZAÇÃO DO PACTO CONTRATUAL – HONORÁRIO RECURSAL – MAJORAÇÃO – RECURSO DA SEGURADORA – CONHECIDO E NÃO PROVIDO – RECURSO DA PARTE AUTORA – CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O pedido administrativo não é condição para o ajuizamento de ação por força do princípio da inafastabilidade do poder judiciário. Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça). Não importa aqui quando o acidente ocorreu e sim quando a incapacidade permanente fora constatada.

Tendo em vista a incapacitação total e definitiva dos joelhos, a indenização deve corresponder ao capital segurado, conforme dispõe o contrato de seguro de vida.

A correção monetária, nos contratos de seguro de vida, deve incidir desde a contratação, momento em que foi estipulado o valor do capital segurado.

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 agravo retido, negar provimento ao recurso da Seguradora e dar parcial provimento ao do autor, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Cícero Vieira de Barros e Mapfre Vida S/A, inconformados com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da ação ordinária de cobrança do seguro em grupo, pelo primeiro em face da segunda, apelam a este Tribunal.

Apela Cícero Vieira de Barros aduzindo, em síntese, que a correção monetária incide desde a data da realização do pacto contratual, e não da citação válida do réu, como fixado pelo magistrado de piso.

Assevera que o montante da condenação deve ser o valor integral contratado a título de seguro de vida, conforme alegações remissivas à inicial.

Ao final, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 424/42, nas quais o apelado pugna pelo não provimento.

Recorre Mapfre Vida S/A, reiterando, preliminarmente, a análise do agravo retido juntado aos autos, nos quais pede o acolhimento da preliminar de carência da ação por falta de interesse de agir e a prejudicial de prescrição.

No mérito, argumenta que segundo as condições gerais do contrato, o conceito de invalidez funcional permanente e total por doença é aquela que cause a perda da existência independente do segurado e o que ocorreu no caso em tela, nos termos da prova pericial, é apenas a invalidez laborativa, não havendo falar, portanto, em cobertura contratual.

Ao final, requer o conhecimento e provimento do agravo retido. Alternativamente, pede o conhecimento e provimento da apelação.

Contrarrazões às f. 415/422, nas quais o apelado requer o improvimento do recurso.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Tratam-se de apelações cíveis interpostas por Cícero Vieira de Barros e Mapfre Vida S/A., inconformados com a sentença de f. 379/384 que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança, movida pelo primeiro em face da segunda.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido, *in verbis*:

“Diante do exposto, e o mais que dos autos consta, julgo procedente a presente Ação Ordinária de Cobrança de Seguro em Grupo aforada por Cícero Vieira de Barros, em desfavor de Mapfre Seguros S/A, para condenar a requerida ao pagamento em favor do autor no valor de R\$ 15.890,88 (quinze mil, oitocentos e noventa reais, oitenta e oito centavos), estabelecido na tabela de f. 74, cuja importância deverá ser corrigida pelo IGPM-FGV a partir do ajuizamento da ação e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Por consequência, condeno a parte ré no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios que, nos termos do art. 85, §§2º do CPC, arbitro em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Declaro extinto a presente fase processual, o que faço com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC”.

Do recurso interposto por Mapfre Vida S/A.

Do agravo retido.

Aduz à agravante em preliminares, carência da ação por falta de interesse de agir do agravado, uma vez que não esgotou as vias administrativas, essenciais para a regulação do sinistro e conservação do direito da seguradora, socorrendo-se diretamente ao judiciário. Dessa forma, não cumpriu dever essencial à sua posição de segurado.

Entretanto, a ausência de pedido administrativo não é óbice para a propositura de ação que objetiva o recebimento do seguro indenizatório, uma vez que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que trata do exercício do direito de ação, não condiciona o esgotamento das vias administrativas para o acesso à justiça.

Ademais, a própria contestação da seguradora ré demonstra a existência da lide, uma vez que não reconhece o direito do autor ao recebimento da indenização. Dessa forma, verifica-se que a ação de conhecimento é medida necessária, útil e adequada para postular indenização securitária, razão pela qual rejeito a preliminar.

Neste sentido, julgado deste sodalício:

*EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, A QUAL JÁ FOI EFETIVADA EM OUTROS AUTOS – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO – PRESCRIÇÃO – PRAZO CONTADO DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA, NO CASO, DA REALIZAÇÃO DO LAUDO PERICIAL – MÉRITO – DOENÇA DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO – ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA QUE EXCLUI A COBERTURA SECURITÁRIA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO QUE O SEGURADO FOI DEVIDAMENTE CIENTIFICADO DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE SEU DIREITO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA INDEVIDA – PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, RECURSO NÃO PROVIDO. Mostrando-se desnecessária nova perícia judicial, uma vez que já produzida em outros autos, não há falar em cerceamento de defesa decorrente de sua não realização na presente ação. Incumbe ao juiz indeferir as perícias requeridas que sejam desnecessárias. Preliminar rejeitada. **É desnecessário o esgotamento da via administrativa, ou mesmo a dedução do pedido nessa esfera, como pressuposto ao ingresso de demanda judicial, em razão do disposto no art. 5º, XXXV, da CF/88. Preliminar de ausência de interesse rechaçada.** Em se tratando de ação envolvendo contrato de seguro em grupo, é aplicável a prescrição anual prevista no art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil, contada a partir da data em que o segurado teve ciência inequívoca da invalidez permanente. O termo inicial da prescrição é a data da ciência inequívoca da invalidez, uma vez que a debilidade parcial só pôde ser reconhecida após realização de laudo pericial. Precedentes do STJ. Questão prejudicial de prescrição afastada. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Doença decorrente do exercício da atividade laboral é equiparada a acidente de trabalho. Abusividade da cláusula que exclui do contrato de seguro doença ocupacional. Valor da indenização conforme estipulado no contrato, sendo inaplicável, na hipótese, a tabela da SUSEP em razão da seguradora não ter demonstrado que tenha disponibilizado à segurada condições gerais ou cláusulas complementares, as quais limitavam seu direito. Não são devidos honorários recursais em favor dos procuradores da ré/apelada, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, à medida que não houve efetiva atuação dos advogados na fase recursal, já que não foram apresentadas contrarrazões e também porque, no caso, já foi fixada em seu grau máximo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. (TJMS. Apelação n. 0810593-83.2016.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 27/03/2018, p: 06/04/2018). Destaquei.*

Também não lhe assiste razão, quanto a alegação de que houve prescrição da pretensão do agravado, porquanto o termo inicial do prazo prescricional da pretensão destinada à perseguição da indenização originária do seguro de vida em grupo é a data em que o segurado tem ciência inequívoca da sua incapacidade permanente, revestindo-se de legitimação para perseguir a cobertura securitária, e não a data do evento que redundara na sua incapacidade, pois, conquanto dele tenha derivado a incapacitação, não traduz o momento em que fora aferido e atestado o fato gerador do direito (STJ, súmulas 101 e 278). Corroborando deste entendimento, julgado deste tribunal:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – PRESCRIÇÃO – ANUAL – TERMO INICIAL – DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE LABORAL – SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO – MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A ação do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano (Súmula 101, STJ), contado da ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula 278, STJ), considerado, para tanto, a data do laudo pericial elaborado em ação previdenciária que motivou a concessão judicial do auxílio-doença acidentário. (TJMS. Apelação n. 0836467-10.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 15/05/2018, p: 16/05/2018).

Portanto, rejeito as preliminares arguidas e julgo não provido o agravo retido em questão.

Do mérito.

A meu ver não merece reparos a sentença recorrida, porquanto denota-se de todo o conjunto probatório colacionado aos autos que os litigantes efetivamente entabularam negócio jurídico consistente na pactuação de seguro de vida em grupo (f. 53/58).

Pois bem. Cotejando-se a proposta de seguro e as cláusulas contratuais que o regulamentam, infere-se que, por ocasião da contratação do seguro, a seguradora se comprometera a indenizar o segurado em caso de invalidez permanente total por doença (IPD), consoante os termos gerais do contrato pactuado entre as partes (f. 92/95).

Outrossim, restara inexorável, de acordo com os laudos médicos originários de médicos particulares (f. 304/343) e do INSS exibidos (f. 263/294), que a patologia que aflige o autor, determina sua incapacidade definitiva para o serviço, tal como sua aposentado por invalidez.

Demais disso, restou incontroversa, também, a incapacidade apontada, uma vez que sobejamente reconhecida no laudo pericial elaborado em juízo (f. 350/361), que atestara cabalmente que

“O periciado apresenta: a) Limitação parcial devido a artrose do joelho direito, com perda de 25% da capacidade funcional da articulação. b) Limitação parcial devido a artrose do joelho esquerdo, com perda de 50% da capacidade funcional da articulação.

Afirmou ainda, que a limitação apresentada pelo periciado o impede definitivamente de retornar a sua ocupação habitual de ajudante de motorista na carga e descarga. (...), a dificuldade técnica do tratamento, a idade do periciado e o resultado dos exames complementares, nos permite que a perda funcional mesmo que possa ser amenizada, já pode ser considerada como de caráter permanente”.

Sob essa realidade, a apelante afirma que o segurado não possui as características necessárias para o enquadramento na cobertura de invalidez funcional, total e permanente por doença, não havendo que se falar, portanto, em cobertura contratual.

Entendo que não prospera tal ilação, uma vez que o recorrido demonstrou que faz jus ao recebimento da cobertura por Invalidez Permanente Total por Doença, em razão da impossibilidade de reversão de seu quadro clínico através dos recursos terapêuticos disponíveis (invalidez permanente dos joelhos direito e esquerdo), o que obviamente, conforme também foi constatado pela perícia judicial, restringe permanentemente suas funções, inviabilizando de forma irreversível o pleno exercício de suas relações autônomas, não sendo razoável exigir do recorrido, para percepção da verba indenizatória, que esteja vivendo em estado vegetativo.

No presente caso, deve-se aplicar os artigos 421 a 423, do Código Civil relativos às disposições gerais dos contratos, *in verbis*:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

No mesmo sentido são as disposições do Código de Defesa do Consumidor a amparar a pretensão do apelante, veja-se:

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

“Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenha sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”.

No mesmo sentido, emana a jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VIDA – INVALIDEZ PERMANENTE E PARCIAL DO SEGURADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – CLÁUSULA LIMITATIVA – CIÊNCIA DO AUTOR NÃO COMPROVADA – ÔNUS DA RÉ – INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE FORMA MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – ARTIGO 47, DO CDC – PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO NO VALOR INTEGRAL DA APÓLICE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA. As informações prestadas ao consumidor e as cláusulas constantes do contrato de seguro devem ser claras e precisas, em respeito às normas dispostas nos art. 421, 422 e 423, do Código Civil, e nos art. 46, 47 e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Cláusula restritiva ou limitativa do direito do consumidor deve ser redigida de forma destacada nos contratos

de adesão, sendo dever do contratado e direito do consumidor (contratante) obter todas as informações inequivocamente, nos termos do art. 54, § 4.º, do CDC. Consoante disposição do art. 47, do CDC “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, razão pela qual a indenização é devida na integralidade. Sentença reformada. (TJMS. Apelação n. 0802868-77.2015.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 02/05/2017, p: 03/05/2017)

Também já decidi no mesmo sentido:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL PARA EXERCER A FUNÇÃO LABORAL HABITUAL – INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE FORMA FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – CORREÇÃO MONETÁRIA – DATADA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – JUROS DE MORA – A PARTIR DA CITAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. I - No caso concreto, tratando-se de contrato de adesão, em que o segurado não teve oportunidade de discutir as cláusulas contratuais, inexistindo nos autos comprovação de sua prévia cientificação quanto ao teor das mesmas, que afirma ter contratado o seguro especialmente em função da cobertura por invalidez permanente que lhe foi informada, bem como diante da comprovada existência de cobertura para os casos de lesão acidental; embora a incapacidade permanente por ele apresentada não se enquadre nas hipóteses expressamente previstas nas cláusulas gerais do contrato, devem ser assim entendidas, interpretando-se o contrato da forma mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47, do CDC, mitigando-se o princípio do pacta sunt servanda, face a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé objetiva e função social do contrato e art. 51, inciso IV, do CDC. II - Estando o autor totalmente incapacitado para o exercício de sua atividade profissional habitual, não se pode considera-lo parcialmente capacitado, pois definir a incapacidade total como sendo aquela que impossibilite o consumidor de realizar qualquer outra atividade o coloca em extrema desvantagem frente ao fornecedor, restando clara a abusividade de eventual cláusula nesse sentido, em afronta ao disposto no artigo 51, IV, do CDC. Apelação nº 0805905-86.2013.8.12.0001 Relator: Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível

Portanto, a incapacidade do autor/recorrido para suas atividades habituais é suficiente para reconhecer sua legítima pretensão ao pagamento da indenização por invalidez total e permanente, não devendo ser questionada a capacidade laborativa em relação a outras atividades. Neste sentido, foi a sentença singela, vejamos:

“(…)

Denota-se dos autos, através do documento de f. 91, que a “cobertura de Invalidez Total por Doença deve obedecer às seguintes regras: 1. Considera-se total e permanente inválido somente o indivíduo para o qual não se pode esperar recuperação ou reabilitação com os recursos terapêuticos disponíveis, e que não tenha condições para exercer qualquer atividade que lhe advenha lucro ou remuneração, causada exclusivamente por doença de forma definitiva”.

No caso, realizada perícia médica (f.347/355), o expert concluiu que a limitação apresentada no autor o impede definitivamente de retornar a sua ocupação habitual de ajudante de motorista na carga e descarga. Apenas poderia trabalhar na posição sentada. Ressaltou ainda que a perda funcional do mesmo já pode ser considerada com de caráter permanente.

Ainda, o perito nomeado judicialmente, respondeu ao quesito “5” do requerente, no sentido de que a limitação apresentada é permanente. Também, em resposta ao

quesito “6”, respondeu que tal iniciou-se na vigência do contrato de seguro, faz jus à indenização prevista na apólice de n. 0000016.

Ressalte-se que o autor ingressou com ação judicial em 25/03/2008, que foi julgada procedente (processo n. 0012637-92.2008.8.12.0001), concedendo-lhe aposentadoria por invalidez”. Destaquei.

Ora, em se destinando a acobertar o apelado, e os demais obreiros que a ele aderiram, contra os riscos inerentes ao exercício da sua atividade profissional, pois que contempla cobertura decorrente de invalidez por doença, é evidente que o dispositivo que restringe a cobertura às hipóteses de segurado afetado por doença terminal ou incapaz de se manter independente, não se coaduna com o objeto do avençado, e, considerando que não fora redigido de forma destacada e participado ao segurado antes do aperfeiçoamento da contratação, não se reveste de eficácia, devendo sua exegese ser temperada, desprezando-se a limitação de direito que estampa, consoante recomendam os artigos 46 e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Deveras, pela própria natureza jurídica e destinação do seguro, as coberturas contempladas na apólice estão, obviamente, volvidas a resguardar o segurado dos riscos inerentes à invalidez motivada por doença, e não a fomentar-lhe, frise-se, cobertura pecuniária paliativa por estar em estado praticamente vegetativo ou em fase terminal.

Ao contrário, à luz da boa-fé objetiva contratual, restando o apelado incapacitado para o exercício da atividade laboral, ainda que não esteja em estágio terminal ou vegetativo, aperfeiçoa-se o fato gerador da cobertura convencionada, pois essa é a destinação do seguro, não encontrando lastro jurídico a tese aventada pelo apelante, cuja assimilação, em última síntese, acabaria por fulminar a legítima expectativa do segurado em ver-se resguardado no momento em que mais necessita, tornando irrealizável o implemento das garantias que então foram acobertados pela apólice contratual.

De mais a mais, importa ser sedimentado que, ostentando a relação contratual havida como sendo de consumo, incumbiria ao réu, ora apelante, o inafastável dever de informar o segurado, no ato da contratação, acerca de todas as condições e regras, principalmente as de caráter limitativo e/ou restritivo, sob pena de inobservância do preceituado pelo artigo 6º, inciso III, do CDC.

Portanto, se o apelante, na qualidade de fomentador dos serviços securitários, não prestara os devidos esclarecimentos ao apelado quando do entabulamento do pacto, violando, assim, o dever de informação que a alcança, atraía para si o ônus de sua desídia emergido do desrespeito aos direitos do consumidor, o que, conseqüentemente, implica na sua potencial responsabilidade de garantir a cobertura contratada quando implementado o sinistro acobertado pelo seguro coletivo de vida (invalidez permanente total por doença), sem quaisquer condicionantes.

Esses argumentos, aliás, encontram ressonância no entendimento perfilhado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, consoante testificam os arestos adiante ementados:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O SERVIÇO MILITAR – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA – DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – CARACTERIZAÇÃO. 1. O prazo prescricional, previsto no artigo 206, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Código Civil, deve ser contado a partir da data da ciência inequívoca do segurado a respeito do fato gerador, que, no caso, se deu com a concessão da reforma por invalidez. 2. O requerimento administrativo de pagamento da indenização securitária configura causa interruptiva do prazo prescricional, que permanece suspenso até que o segurado tenha ciência do indeferimento do seu pleito pela seguradora. 3. A invalidez total e permanente, para fins de cobertura securitária, deve ter como parâmetro a atividade habitual desenvolvida pelo

segurado.” 4. Diante da inequívoca demonstração de incapacidade total do autor para o exercício de sua atividade laboral habitual no Exército, decorrente de acometimento de doença grave, mostra-se cabível a indenização securitária prevista em apólice coletiva de seguro de vida. 5. Consoante entendimento jurisprudencial, a mera inadimplência contratual não gera direito a indenização por danos morais. 6. Restando caracterizada a sucumbência recíproca é impositiva a observância da regra inserta no artigo 21, caput, do Código de Processo Civil. 7. Recursos conhecidos e não providos.” (Acórdão n. 645006,, 20080111425942APC, Nídia Corrêa Lima, Revisor: Getúlio de Moraes Oliveira, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/01/2013, Publicado no DJE: 14/01/2013. Pág.: 103).

“PROCESSUAL CIVIL – CONSUMIDOR – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INVALIDEZ DEFINITIVA COMPROVADA – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA DEVIDA – DOENÇA PREEXISTENTE NÃO COMPROVADA – SENTENÇA MANTIDA. 1. Cabe ao juiz, destinatário da prova, decidir a respeito dos elementos necessários à formação do seu convencimento (AgRg no REsp 809.788/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.12.2007), julgando antecipadamente o pedido quando não houver necessidade de produção de outras provas, nos termos do que dispõe o artigo 355 do Código de Processo Civil de 2015. 2. A jurisprudência é pacífica no sentido de que a seguradora não pode se eximir do dever de indenizar sob a alegação de omissão de informações por parte do segurado se dele não exigiu de exames clínicos prévios. 3. Constando nas condições gerais do seguro em vida em grupo, no tocante à cobertura em caso de invalidez funcional permanente total por doença (IFPD), que está expressamente coberta a moléstia proveniente de doenças cardiovasculares crônicas enquadradas sob o conceito de cardiopatia grave, mostra-se contraditória e abusiva a exigência de perda da sua existência independente. 4. Além da necessidade de que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (CDC, Art. 47), percebe-se no presente caso a existência de desvantagem exagerada em relação à seguradora (CDC, Art. 51, inciso IV, §1º). 5. Negou-se provimento ao apelo.” (Acórdão n.976630, 20160110102840APC, Relator: Flavio Rostirola, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/10/2016, Publicado no DJE: 09/11/2016. Pág.: 211-223).

Destarte, aferida a invalidez permanente que acometera o autor para o exercício de suas atividades profissionais e de qualquer outra, assiste-lhe o direito de ser contemplado com a cobertura securitária contratada mediante interpretação ponderada das coberturas avençadas.

Do recurso interposto por Cícero Vieira de Barros.

Pretende o autor/recorrente em seu recurso, que a correção monetária incida desde a data da realização do pacto contratual.

A meu ver, assiste-lhe razão, posto que, o termo inicial da atualização da cobertura assegurada ao autor é a data em que houvera a contratação do seguro da qual germinara.

Como é consabido, a atualização monetária destina-se simplesmente a preservar a atualidade da moeda, portanto da obrigação. Consequentemente, estabelecida a cobertura em importe fixo no momento da contratação do seguro, a preservação da atualidade da indenização convencionada enseja que seja atualizada a partir do momento da firmatura do contrato e não do evento danoso, pois nesse momento já estava defasada.

Esse é o entendimento que restara estratificado pela Corte Superior de Justiça como forma de preservar a atualidade da indenização convencionada, conforme asseguram os arestos adiante ementados:

“SEGURO DE VIDA EM GRUPO – INDENIZAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DE ACORDO COM PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL, O VALOR DA INDENIZAÇÃO EM CASO DE SEGURO DE VIDA DEVE SER CORRIGIDO DESDE A DATA DA CONTRATAÇÃO, E NÃO DO ÓBITO – RECURSO NÃO CONHECIDO.” (STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n.º 479687/RS, Reg. Int. Proces. 2002/0164036-6, Relator Ministro Ruy Rosado, data da decisão: 01/04/2003, publicado no Diário da Justiça de 04/08/2003, página 318).

“CIVIL – SEGURO DE VIDA FACULTATIVO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DA APÓLICE. O termo inicial da correção monetária no caso de seguro de morte facultativo é a partir da data da apólice e não da morte do segurado, a fim de ser garantido o pagamento da indenização em valores monetários reais, sob porque, como na hipótese, “a seguradora, quando recebeu os prêmios mensais, por mais de dezoito meses, fazia com que, mês a mês, incidissem índices de correção sobre os valores pagos”, pois o país sofria de um surto inflacionário que aniquilava o valor real da moeda. Recurso conhecido e provido.” (STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n.º 176618/PR, Reg. Int. Proces. 1998/0040354-0, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, data da decisão: 18/05/2000, publicado no Diário da Justiça de 14/08/2000, página 176).

“DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E ECONÔMICO – SEGURO DE VIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – ATUALIZAÇÃO – TERMO A QUO – RECURSO ESPECIAL – PRESSUPOSTOS – AUSÊNCIA – RECURSO NÃO CONHECIDO. I - Sendo a correção monetária mero mecanismo para evitar a corrosão do poder aquisitivo da moeda, sem qualquer acréscimo do valor original, impõe-se que o valor segurado seja atualizado desde a sua contratação, para que a indenização seja efetivada com base em seu valor real, na data do pagamento. II - É entendimento consolidado da Corte que a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não-incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor; constituindo ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena indenização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações. III - Circulares, conquanto tenham natureza normativa, não ensejam a abertura da instância especial, por não se adequarem ao requisito de “Lei Federal” previsto no permissor constitucional. IV - Ausente o requisito do prequestionamento, impossível a análise da insurgência, consoante o enunciado n. 282 da súmula/STF. V - O dissídio não resta caracterizado quando ausente o confronto analítico nos termos exigidos pelo art. 541, parágrafo único, CPC.” (STJ, Quarta Turma, Recurso Especial n.º 247685/AC, Reg. Int. Proces. 2000/0011392-1, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data da decisão: 25/04/2000, publicado no Diário da Justiça de 05/06/2000, página 175).

Destarte, deixo de conhecer da parte do recurso referente ao montante da condenação no valor integral contratado a título de seguro de vida, uma vez que a sentença singela foi neste sentido, ou seja, condenou a seguradora ao pagamento de R\$ 15.890,08 (quinze mil, oitocentos e noventa reais e oito centavos), estabelecido na tabela de f. 74, cuja importância deverá ser corrigida pelo IGPM-FGV a partir da contratação do seguro e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos, negando provimento ao recurso interposto por Mapfre Vida S/A. Outrossim, dou parcial provimento ao recurso interposto por Cícero Vieira, para que o termo inicial da incidência da correção monetária seja a data de contratação do seguro em questão. No mais, mantenho a sentença recorrida.

Por fim, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC/2015, acerca da verba recursal, majoro os honorários fixados pelo magistrado de piso para 12% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido, negaram provimento ao recurso da seguradora e deram parcial provimento ao do autor, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Nélcio Stábile.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

3ª Seção Cível**Ação Rescisória nº 1412572-37.2016.8.12.0000 – Bandeirantes****Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO POR MUNICÍPIO – ALEGAÇÃO DE PROVA NOVA – RECOMENDAÇÃO CNMP Nº 36/2016 – PROVA NOVA NÃO CONFIGURADA – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – ART. 25, *CAPUTE II* DA LEI Nº 8.666/93 – VIOLAÇÃO OCORRIDA – TRABALHO DE ADVOGADO – INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO – ENTENDIMENTO PACÍFICO – ACÓRDÃO RESCINDIDO – JUÍZO RESCISÓRIO – LICITAÇÃO INEXIGÍVEL – CONTRATO DELIMITADO – PREÇO RAZOÁVEL – SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO – PREJUÍZO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADOS – DOLO NÃO DEMONSTRADO – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO – ESPECIALIDADE NA ÁREA DE ATUAÇÃO DEMONSTRADA – INTERESSE PÚBLICO PRESERVADO – AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE E AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

A Recomendação CNMP n.º 36, de 14 de junho de 2016 não serve como prova para os fins colimados, pois apenas traduz a intenção do Ministério Público atuar de acordo com o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a matéria, ou seja, traduz a própria jurisprudência pátria, e mesmo que não tenha sido observada no julgado rescindendo, não configura prova, mas sim fundamento jurídico.

O art. 25, II e § 1º da Lei n.º 8.666/93 foi violado pelo acórdão rescindendo, pois, considerando a interpretação já sedimentada nos Tribunais Pátrios, no sentido de que a prestação de serviço de advocacia está abrangido nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, julgou procedente a ação de improbidade sem trazer tal discussão à baila. Juízo rescindente procedente.

Em sede de juízo rescisória, considerando não haver ilegalidades no contrato, tampouco demonstração de prejuízo ao erário, já que houve comprovação de prestação dos serviços contratados, além da especialidade do autor Naudir na área de direito público, especialmente leis orçamentárias e licitações no âmbito municipal, tenho que não restou configurada a improbidade administrativa (art. 10 da LIA).

Havendo respaldo legal para a contratação mediante inexigibilidade de licitação, havendo a delimitação do tipo de serviço a ser prestado, fixação de preço razoável e comprovação de efetiva prestação do serviço, tenho que além de não restar configurada a improbidade por dano ao erário e o enriquecimento ilícito, também não há que se falar em violação aos princípios da Administração ou dolo (art. 11 da LIA).

Ação rescisória procedente e ação originária improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator. Decisão contra o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 18 de junho de 2018.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Naudir de Brito Miranda e outro ajuízam a presente ação rescisória em face de Ministério Público Estadual, visando à rescisão da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade n.º 0800066-42.2012.8.12.0025, que tramitou pela Vara Única da Comarca de Bandeirantes, e posteriormente pela 3ª Câmara Cível deste e. Tribunal de Justiça, vindo a transitar em julgado em 03.08.16.

Aduzem que a sentença originária julgou procedente o pedido inicial e condenou os demandados a ressarcirem ao município a quantia de R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais), além da perda de função pública em exercício, suspensão de direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, multa de 10% sobre o valor a ser ressarcido e proibição de contratar com o poder público, o que por maioria, foi confirmado pela 3ª Câmara Cível deste e. Tribunal de Justiça.

Fundamentam a presente rescisória nos incisos V e VII do art. 966 do CPC, por entenderem que a decisão rescindenda incorreu em manifesta violação aos arts. 13 e 25 da Lei n.º 8.666/93, o que restou evidenciado após a interpretação conferida a esses dispositivos pela Recomendação n.º 36, de 14 de junho de 2016, do CNMP, com base no julgamento do Recurso Especial n.º 1.192.322/RS (prova nova).

Ao final, requereram a procedência da demanda, para que seja rescindido o acórdão prolatado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul que manteve o édito condenatório da Ação Civil Pública de n.º 0800066-42.2012.8.12.0025.

O Ministério Público apresentou contestação às f. 288-326, suscitando preliminar de nulidade da citação – que foi afastada na decisão de f. 359-363 –, e, no mérito, aduziu não restar demonstrada qualquer violação e não existir documento novo a ensejar a rescisão do julgado e que, na verdade, a presente rescisória está sendo utilizada como sucedâneo recursal.

A parte autora formulou pedido de tutela antecipada, que foi deferido às f. 359-363, para o fim de suspender os efeitos da decisão rescindenda e, por conseguinte, de eventuais atos tendentes a seu cumprimento.

A parte autora impugnou a contestação, reiterando os pedidos iniciais.

Considerando que a presente ação rescisória está fundada nos incisos V e VII do art. 966 do CPC, bem como que a prova apontada como nova é um ato administrativo, tenho ser desnecessária a produção de provas para a solução da controvérsia e, via de consequência, ser o caso de julgamento antecipado da lide.¹

1 Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Deixo de remeter os presentes autos à PGJ para colheita de parecer, em razão de que o Ministério Público figura como parte da presente demanda.²

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de Ação Rescisória proposta por Naudir de Brito Miranda e outro em desfavor de Ministério Público Estadual, visando à rescisão da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade n.º 0800066-42.2012.8.12.0025, que tramitou pela Vara Única da Comarca de Bandeirantes, e posteriormente pela 3ª Câmara Cível deste e. Tribunal de Justiça, vindo a transitar em julgado em 03.08.16.

Fundamentam a presente ação rescisória nos incisos V e VII do art. 966 do CPC, pois entendem ter obtido prova nova da qual não pôde fazer uso, bem como que a sentença rescindenda violou manifestamente norma jurídica, utilizando como causa de pedir:

Violação ao art. 25, II e § 1º, da Lei 8.666/93, eis que os serviços advocatícios prestados pelo recorrente se amoldam perfeitamente ao referido dispositivo, por serem de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de licitação;

Obtenção de prova nova consistente na Recomendação n.º 36, de 14 de junho de 2016, do CNMP, que, com base no julgamento do Recurso Especial n.º 1.192.322/RS, dispõe que *“a contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação.”*

É desnecessária a produção de provas para o juízo rescindente. Assim, por inexistir neste caso a hipótese de que trata o art 972³ do Código de Processo Civil/15, passo ao julgamento no estado em que o processo se encontra, consoante permite o art. 355, I⁴, do mesmo Diploma.

Assim, passo à análise das questões travadas.

Na afirmação feita por Antonio Carlos Marcato, Carlos Alberto Carmona, Cássio Scarpinella Bueno e outros, *“a ação rescisória tem como finalidade extirpar do ordenamento jurídico sentenças ou acórdãos que contenham nulidades absolutas que perduram mesmo ao trânsito em julgado da decisão que encerra o processo”*.

Sob esse prisma, passo a analisar, separadamente, os argumentos adotados como causa de pedir.

Do juízo rescindendo

Da prova nova

Tenho que a alegação de prova nova merece ser refutada.

2 Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:(...) Parágrafo único. Nas hipóteses do art. 178, o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

3 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.

4 Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Vejam os dispostos no art. 966, VII, do CPC vigente:

“Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(....)

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; “

Com efeito, existem dois casos de cabimento de ação rescisória por prova nova: quando a parte ignorava a existência da prova, ou quando não podia fazer uso dela. Em ambos os casos, a prova já existia, embora a confusão que pode ensejar o vocábulo novo, que na verdade expressa que somente agora pode ser utilizado.

José Carlos Barbosa Moreira⁵ explica que:

“Documento cuja ‘existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia, documento de que ela não pôde fazer uso é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia.

Fosse qual fosse o motivo da impossibilidade de utilização, é necessário que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, sem culpa sua, de usar o documento, v.g., porque lhe fora furtado, ou porque estava em lugar inacessível, ou porque não se pôde encontrar o terceiro que o guardava, e assim por diante.”

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO – OMISSÃO INEXISTENTE – ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM AMPARADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DOS FATOS E DAS PROVAS DOS AUTOS.

ENUNCIADO 7 DO STJ

1. Inocorrência de negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal a quo decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia submetida à sua apreciação.

2. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 1.486.330/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 24/2/2015; AgRg no AREsp 694.344/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 2/6/2015; EDcl no AgRg nos EAREsp 436.467/SP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, DJe 27/5/2015.

3. O entendimento adotado está de acordo com o do STJ, para quem “o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional” (AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/14).

⁵ in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 5. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense: 2003, p. 137/138.

4. *Inviável a rescisão por erro de fato se o alegado fato foi objeto de pronunciamento judicial (AgInt no AREsp 349945/RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino Terceira Turma, DJe 22/11/2016).*

(...)

6. *Recurso especial não provido.* (REsp 1662983/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017)

Considerando que a prova que os autores utilizam como causa de pedir foi confeccionada (14.06.16) antes do último julgamento de mérito da ação originária (acórdão proferido em 26.04.16), e que não pôde ser utilizada para os fins colimados, em razão de que à época de seu surgimento as razões recursais já haviam sido apresentadas, e porque ignorava sua recente existência, tenho por cumpridos os requisitos assinalados.

Contudo, para a referida prova nova, ainda é necessário que a prova seja capaz de, por si só, assegurar pronunciamento favorável ao autor, o que não é o caso dos autos.

Necessário se faz trazer o teor da Recomendação CNMP n.º 36, de 14 de junho de 2016:

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação. Brasília-DF, 14 de junho de 2016.”

Isto porque se trata de uma recomendação do CNMP aos membros do Ministério Público, que produz efeito no âmbito administrativo da carreira em relação à forma de proceder a partir de sua expedição, não tendo o condão, contudo, de vincular o Poder Judiciário.

Assim é que o ato administrativo apontado não serve como prova para os fins colimados, pois apenas traduz a intenção do Ministério Público atuar de acordo com o entendimento da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a matéria, ou seja, traduz a própria jurisprudência pátria, e mesmo que não tenha sido observada no julgado rescindendo, não serviria como prova, mas sim como fundamento jurídico.

Da violação a literal disposição de lei

Os autores também baseiam seu pedido no inciso V o art. 966 do Código Processual Civil, afirmando que houve violação ao art. 25, II e § 1º, da Lei n.º 8.666/93, o que se tornou evidente após a Recomendação n.º 36/2014 do Conselho Superior do Ministério Público e do julgamento do REsp n.º 1.195.332, dotado de efeito geral.

Prefacialmente, necessário esclarecer que para fins do disposto no art. 966, V, do CPC, a violação manifesta a norma jurídica deve ser interpretada restritivamente, não sendo cabível quando existirem interpretações distintas acerca da matéria em debate.

A Súmula n.º 343 do Supremo Tribunal Federal tem o seguinte teor:

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais”.

Em outras palavras, a violação à literal dispositivo de lei deve demonstrar a existência de julgamento totalmente dissonante em relação ao ordenamento jurídico e aos princípios de direito aplicáveis ao caso em debate.

Tecidos tais esclarecimentos, vejamos parte do voto condutor do acórdão que se pretende rescindir:

“(…)

Acompanho o Eminentíssimo Relator quanto a preliminar e igualmente afasto a preliminar de incapacidade civil suscitada pelo Apelante Albertino Nunes Ferreira.

Quanto ao mérito, peço venia para divergir de seu entendimento, subscrevendo as mesmas razões e fundamentos de decidir do Magistrado de Primeiro Grau, com adendo do parecer do Procurador de Justiça.

O Ministério Público Estadual ajuizou esta Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, contra Albertino Nunes Ferreira, Naudir de Brito Miranda e NBM & Advogados Associados, por terem celebrado o Contrato nº 014/2009 para prestação de serviços advocatícios com infração a comando legal e aos princípios da administração pública, causando prejuízo ao Erário.

O objeto desse contrato era o desempenho de atividades de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, além de consultoria e assessoria. Como bem anotado pelo Ministério Público, tais atividades não apresentavam peculiaridades e ou complexidades incomuns e poderiam, perfeitamente, ser realizada pela Procuradoria Jurídica já existente no Município de Jaraguari. De se anotar que havia advogado no quadro de servidores, como servidor efetivado, o Advogado Márcio Martins Medeiros.

Mesmo com a nomeação desse advogado para exercer as funções de Secretário Municipal da Saúde, na época da contratação havia ocupante do cargo de Procurador Jurídico, como contratado, o Advogado Rubens Canhete.

Como decorrência, não havia necessidade de um novo ou um outro contrato para a mesma finalidade: já existia Assessor Jurídico prestando serviços em favor do Município de Jaraguari.

A evidência que havia, e restou confirmada durante a instrução, é que os Requeridos, a pretexto de especialização, terceirizaram atividades que são próprias e poderiam, ou antes deveriam, ser executados por advogado que integra a Administração.

Como consta nos autos, o Requerido Advogado Naudir de Brito Miranda foi contratado em 16.03.2009 pela Câmara Municipal de Jaraguari, para prestar serviços de advocacia (f.302/304). Já o Município de Jaraguari, em 06.02.2009, já havia contratado o escritório NBM & Advogados Associados para a mesma finalidade. Em suma, ambos poderes municipais, Legislativo e Executivo, na prática, eram assessorados juridicamente pela mesma pessoa, o Advogado Naudir de Brito Miranda, sócio majoritário da NBM & Advogados Associados.

Tal conclusão mais se acentua face ao depoimento de Márcio Martins Medeiros, que declarou desconhecer que o Poder Executivo era assessorado por pessoa jurídica, vindo a saber que a função era exercida pelo Advogado Naudir, pessoa física.

De qualquer sorte, tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica foram contratadas para prestar os mesmos serviços que poderiam, e deveriam, ser executadas pelo advogado que integrava a Administração, não havendo necessidade de novo profissional para desempenhar o mesmo serviço do Procurador Jurídico concursado ou pelo Assessor Jurídico contratado, respectivamente Márcio Martins Medeiros e Rubens Canhete.

Como se pode constatar e diferentemente do alegado, os serviços descritos na contratação do Requerido Naudir não se apresentavam com características complexas ou

que não prescindissem de notória especialização. Além disso, não há evidência de que o Requerido Naudir tivesse a notória especialização que alegadamente seria necessária para os serviços contratados que, em resumo, constituíam-se em intervenções em procedimentos no Tribunal de Contas, no Tribunal de Justiça ou em Tribunais Superiores, além de consultoria e assessoria (cláusula 3 do contrato).

Durante o tempo em que vigiu o contrato com o Advogado Naudir e seu escritório, estes limitaram-se quase que somente a mera assessoria, já que o Município de Jaraguari manteve o Assessor Jurídico Rubens Canhete, que era, esse sim, remunerado para realizar os serviços advocatícios. Como anotado no Inquérito Civil Público levado a efeito, como consta nos autos e foi expressamente anotado pelo Magistrado de Primeiro Grau:

(...)

Como consequência da desnecessidade da contratação, da inexistência de requisito de notório saber jurídico ou notória especialização, da inexistência de evidência de ser o Requerido detentor de tal especialização e da falta de comprovação de forma satisfatória a efetiva prestação de serviços de advocacia, imperioso reconhecer a intrínseca ilegalidade do contrato.

A alegação dos Requeridos, de que Naudir de Brito Miranda e a sociedade NBM & Advogados Associados não se encontravam impedidos de contratar com o Município de Jaraguari, já que anterior condenação por improbidade administrativa no Juízo de Aquidauana não transitara em julgado, não afeta o resultado desta ação ou deste recurso.

Como bem anotado pelo Procurador de Justiça (f.572/573), a anterior condenação constituiu apenas um dos fundamentos lançados para a condenação nestes autos.

Concluo que ficou suficiente e cabalmente comprovado nos autos que os Requeridos Albertino Nunes Ferreira, então prefeito de Jaraguari, juntamente com o advogado Naudir de Brito Miranda e o escritório NBM & Advogados Associados causaram prejuízo ao Erário, já que firmaram contrato de prestação de serviços jurídicos para o Município de Jaraguari, sem motivo justificado e sem prova concreta da efetiva prestação do serviço, na mesma época em que o advogado Naudir de Brito Miranda já prestava, o mesmo serviço, para a Câmara Municipal.

Demonstrado e comprovado o ato de improbidade administrativa, que causou prejuízo ao Erário, está configurada a hipótese do artigo 10, caput, da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as sanções do seu artigo 12, inciso II.

Anoto que o Magistrado Sentenciante analisou minudentemente a questão, sopesou adequadamente o proveito econômico obtido pelos Requeridos, bem como a extensão do dano, e aplicou as penas de forma proporcional, razoável e comedida, decisão essa que, data venia, deve não só ser mantida como prestigiada.

Ante todo o exposto, reiterando expressamente as razões e fundamentos da Sentença com o adendo do Parecer Ministerial, no mérito voto por negar provimento aos recursos e manter a R. Sentença por seus próprios fundamentos.”

Agora, a fim de realizar o devido cotejamento, passo a analisar os dispositivos legais adotados como causa de pedir:

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.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

O ponto nodal do litígio assenta, a bem da verdade, em saber se o acórdão rescindendo violou os arts. 13 e 25, II e § 1º, da Lei n.º 8.666/93, acima transcritos.

Importante salientar que a questão não é nova e desde a época da decisão originária já havia entendimento sedimentado pelo STJ, mesmo que não de forma vinculativa, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO – ART. 17 DA LIA – ART. 295, V DO CPC – ART. 178 DO CC/16 – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF – ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93 – REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – SINGULARIDADE DO SERVIÇO – INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO – NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO – DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7º, 8º, 9º e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9º, V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 10/05/2012.

3. *Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.*

4. *É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.*

5. *A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).*

6. *Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fncados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.*

7. *Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa.” (REsp 1192332/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013)*

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO – ART. 25 DA LEI 8.666/93 – EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA – INCIDÊNCIA DO ART. 10 DA LIA – CARACTERIZAÇÃO DO DANO IN RE IPSA – RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS AFASTADA – CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – PERSISTÊNCIA DAS SANÇÕES TÍPICAS DA IMPROBIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. *A contratação direta de serviços de advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalos), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei 8.666/93 - arts.*

25, II e 13, V), avaliada por um juízo de razoabilidade, o que não ocorre quando se trata de advogado recém-formado, sem experiência profissional.

2. *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.*

3. *Não cabe exigir a devolução dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, circunstância que não afasta (ipso facto) as sanções típicas da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o poder público.*

4. *A vedação de restituição não desqualifica a infração inserida no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 como dispensa indevida de licitação.*

Não fica afastada a possibilidade de que o ente público praticasse desembolsos menores, na eventualidade de uma proposta mais vantajosa, se tivesse havido o processo licitatório (Lei 8.429/92 - art. 10, VIII).

5. As regras das modalidades licitatórias objetivam assegurar o respeito à economicidade da contratação, à igualdade dos licitantes, à impessoalidade e à moralidade, entre outros princípios constantes do art. 3º da Lei 8.666/93.

6. A alteração das conclusões a que chegou a Corte de origem, no sentido de que ficou caracterizada a litigância de má-fé, exigiria reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial a teor da Súmula 7 do STJ.

7. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AgRg no REsp 1288585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 09/03/2016)

Extraí-se dos arestos acima colacionados, todos já existentes à época do julgamento originário, que o STJ firmou entendimento de que o serviço prestado por advogado é de natureza personalíssima e de impossível aferição em processo licitatório, sendo lícito ao administrador a escolha, dentro do interesse público, do melhor profissional.

Entende-se ainda que a contratação direta de serviços de advocacia deveria estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço – além de que não caberia exigir a devolução dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

In casu, em relação à especialização dos serviços contratados fica evidente diante da documentação acostada às f. 26-36, donde se extrai tanto Certidões de Prefeituras e Câmaras Municipais declarando que o autor prestou serviços técnicos especializados, quanto Certificados de Cursos na área de direito público, especialmente leis orçamentárias e licitações no âmbito municipal.

Assim, forçoso reconhecer que o art. 25, II e § 1º da Lei n.º 8.666/93 foi violado pelo acórdão rescindendo, pois, considerando a interpretação já sedimentada nos tribunais pátrios, no sentido de que a prestação de serviço de advocacia está abrangido nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, julgou procedente a ação de improbidade sem trazer tal discussão à baila.

Considerando que a decisão impugnada realmente vai de encontro com a interpretação conferida ao art. 25 da Lei n.º 8.666/93, viola manifestamente ‘norma jurídica’ para os fins pretendidos no art. 966, V, do CPC. Devolve-se, portanto, ao âmbito de cognição deste tribunal, a relação jurídica outrora instaurada, nos termos do art. 974 do CPC.

Do juízo rescisório

No juízo rescisório, a controvérsia cinge-se na existência ou não da ilegalidade/improbidade que foi reconhecida nos autos de origem, decorrente da contratação dos autores pelo Município de Jaraguari, para prestar serviços consistentes em patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, além de consultoria e assessoria.

Na inicial da ação civil pública, constata-se que o Ministério Público fundamentou a pretensão no art. 10, VIII e XII da LIA, assim como no art. 11, I, do mesmo diploma legal.

“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: (...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; (...)

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;”

No que se refere ao art. 10, VIII e XII, da Lei de Improbidade Administrativa, para que reste configurada a improbidade lá hipotetizada, é necessário que haja comprovação de dano ao erário mediante ilicitude do processo licitatório, com consequente enriquecimento ilícito.

Entretanto, conforme entendimento lançado em sede de *iudicium rescindens*, o contrato objeto de análise possui respaldo no art. 25 da Lei n.º 8.666/93.

Ao julgar o REsp 1192332/RS o STJ sedimentou o entendimento daquela Corte, que já existia à época do julgado rescindendo, e permanece inalterado, tanto que a Recomendação CNMP n.º 36, de 14 de junho de 2016 foi expedida com os seguintes “considerandos”:

“(...

Considerando que para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei n.º 8.666/93, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização;

Considerando que o Superior Tribunal de Justiça no REsp n.º 1.192.332/RS (2010/0080667-3), julgado em 12/11/2013, entendeu que é impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição; e que a singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço);

Considerando que o Supremo Tribunal Federal já estipulou as balizas para que seja considerado crime licitatório a contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação ao julgar o Inq 3074 / SC, 1ª Turma, rel. Min. Roberto Barroso (julgado 26/08/2014);

Considerando que a conclusão do mencionado julgado é a de que, diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público,

utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional; Considerando a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento da Ação Penal 917 (julgada em 07/06/2016);

Considerando que a contratação direta de advogado ou de escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não significa ato ilícito ou improbo, resolve, respeitada a independência funcional dos membros e a autonomia da Instituição, expedir a seguinte recomendação:

Art. 1º A contratação direta de advogado ou escritório de advocacia por ente público, por inexigibilidade de licitação, por si só, não constitui ato ilícito ou improbo, pelo que recomenda aos membros do Ministério Público que, caso entenda irregular a contratação, descreva na eventual ação a ser proposta o descumprimento dos requisitos da Lei de Licitação. Brasília-DF, 14 de junho de 2016.”

Insta esclarecer que, como dito alhures, a presente Recomendação não constitui prova cabal do direito postulado pelos ora autores, contudo demonstra que a interpretação do art. 25 da Lei n.º 8.666/93 está sedimentada a ponto de ser acatada *interna corporis* pelo ministério público.

E, no presente caso, comungo do entendimento lançado no voto que restou vencido no acórdão originário, que afirma que (f. 204):

“Evidencia-se, portanto, que a contratação obedeceu aos trâmites legais, de maneira que a análise, pelo Poder Judiciário, da opção do ente Municipal quanto ao advogado e/ou escritório de advocacia que deveria atuar configura indevida interferência no exame discricionário da Administração acerca da escolha mais compatível com a finalidade pública desejada. Ademais, o fato do Município possuir, à época da contratação, assessor jurídico e/ou procurador municipal não torna irregular a contratação, na medida que podem surgir questões de interesse público que justifiquem a contratação, como é o caso por não existir advogado no Município em virtude da nomeação do Procurador Municipal, Márcio Martins Medeiros, para o cargo de Secretário de Saúde.

Como se sabe, o controle dos atos administrativos pelo Judiciário abrange apenas o exame da legalidade sem adentrar na análise de oportunidade e conveniência do ato. (...)

Assim, o Poder Judiciário não pode ingressar no mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade), quando inexistente ofensa ao princípio da legalidade, moralidade e demais princípios explícitos ou implicitamente previstos na Constituição Federal.

Vê-se que o contrato em comento tinha como objeto advocacia especializada no âmbito do direito administrativo, constitucional, tributário e Tribunal de Contas, o que legitima a contratação. Consigne-se ainda que a remuneração pactuada não se mostra excessiva, até porque outros dois escritórios apresentaram valores superiores e não destoantes (Areco, Neves & Sejopoles Advogados Associados - R\$ 76.800,00; Fontoura Advocacia e Consultoria - R\$ 75.000,00 - f.184). Dos documentos acostados ao caderno processual (f.65/69), infere-se a atuação no campo do direito tributário (execução fiscal), constitucional (defesa perante o Tribunal Superior Eleitoral) e o Setor de Licitação (direito administrativo) informou que Naudir de Brito Miranda e NBM Advogados Associados “sempre que consultado por este departamento, tem nos atendido com presteza e rapidez, prestando todas as informações jurídicas necessárias sobre o qual foi consultado, dando-nos suporte quanto às normas legais que regem os procedimentos licitatórios que realizamos e que devemos observar” (f. 295).

As testemunhas Valdemar Nogueira de Souza, Telma R. L. Costa de Oliveira, todos funcionários municipais, atestaram que os apelantes prestaram serviços adequadamente, sempre que solicitados, e também compareciam no município com certa frequência.

Assim, considerando não haver ilegalidades no contrato, tampouco demonstração de prejuízo ao erário, já que houve comprovação de prestação dos serviços contratados, além da especialidade do autor Naudir na área de direito público, especialmente leis orçamentárias e licitações no âmbito municipal (f. 26-36), tenho que não restou configurada a improbidade administrativa.

No que tange às hipóteses de improbidade elencadas no art. 11 da LIA, resta assentada na jurisprudência e doutrina pátrias que o dolo é elemento subjetivo essencial para a respectiva configuração, senão vejamos:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO – INSTÂNCIA ORDINÁRIA – MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ – SÚMULA 83/STJ – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra a ora recorrente, Presidente da Associação de Caridade Nossa Senhora da Conceição, objetivando a condenação pela prática de ato ímprobo, consistente em deixar de atender às requisições do Parquet estadual.

2. O Juiz de 1º Grau julgou procedentes os pedidos.

(...)

4. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da 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.

5. É pacífico o entendimento 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.

(...)

10. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

11. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016)

Com efeito, havendo respaldo legal para a contratação mediante inexigibilidade de licitação, havendo a delimitação do tipo de serviço a ser prestado, fixação de preço razoável e comprovação de efetiva prestação do serviço, tenho que além de não restar configurada a improbidade por dano ao erário e o enriquecimento ilícito, também não há que se falar em violação aos princípios da Administração ou dolo.

Sem a necessidade de maiores digressões, em razão da interpretação do art. 25 da Lei n.º 8.666/93, bem como do conjunto probatório dos autos, tenho que a ação civil pública por Improbidade Administrativa n.º 0800066.42.2012.8.12.0025 deve ser julgada improcedente.

Dispositivo

Diante o exposto, com fulcro no inciso V do art. 966 do CPC, rescindo o acórdão proferido na Apelação n.º 0800066-42.2012.8.12.0025, desconstituindo o trânsito em julgado formado invalidamente, e, em sede de novo julgamento, julgo improcedentes os pedidos iniciais formulados na referida ação civil pública por improbidade administrativa. Deixo de condenar a parte ré ao pagamento de honorários sucumbenciais, em razão de que a ação originária é uma ação civil pública.

Em tempo, autorizo o levantamento, pelos autores, do depósito efetuado com fulcro no art. 968, II, do CPC⁶.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer. Ausente, por férias, o Des. Eduardo Machado Rocha

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 18 de junho de 2018.

6 Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor: (...) II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1414073-89.2017.8.12.0000 - Amambai
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO POPULAR – LIMINAR DEFERIDA – NORMA QUE INSTITUI O PAGAMENTO DO 13º SALÁRIO AOS VEREADORES – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – SUSPENSÃO DO PAGAMENTO.

Uma vez presentes os requisitos para concessão da liminar em ação popular, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano, deve ser mantida a decisão de deferimento da medida.

Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de abril de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Câmara de Vereadores do Município de Amambai interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida na ação popular ajuizada por Alceste Berri Sobrinho e outros. O juiz deferiu a liminar, a fim de suspender os efeitos da Lei Municipal n. 2.549/2017, que prevê o pagamento do 13º salário aos vereadores.

Afirma, em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal, ser constitucional o pagamento de férias e 13º salário para prefeito e vice, extensível aos vereadores. Sustenta ter aplicabilidade imediata tal direito, por não se tratar de subsídio, mas sim garantia constitucional. Sustenta estar a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal sujeita à reserva de plenário, o que não foi observado pelo juiz.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 126/128).

O recorrido apresentou contraminuta às f. 132/141.

A representante do Ministério Público Estadual emitiu parecer pelo não provimento do recurso (f. 132/141). Afirmou não ter sido observado o princípio da anterioridade para fixar o benefício em favor dos vereadores.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Câmara de Vereadores do Município de Amambai interpõe agravo de instrumento contra decisão proferida na ação popular ajuizada por Alceste Berri Sobrinho e outros. O juiz deferiu a liminar, a fim de suspender os efeitos da Lei Municipal n. 2.549/2017, que prevê o pagamento do 13º salário aos vereadores.

Afirma, em consonância com entendimento do Supremo Tribunal Federal, é constitucional o pagamento de férias e 13º salário para prefeito e vice, extensível aos vereadores. Sustenta ter aplicabilidade imediata tal direito, por não se tratar de subsídio, mas sim garantia constitucional. Sustenta estar a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal sujeita à reserva de plenário, o que não foi observado pelo juiz.

Fundamentação

A decisão deve ser mantida.

Inicialmente, importante destacar estar a administração pública adstrita, dentre outros, ao princípio da legalidade. Ou seja, todo comando de ação do ente público deve estar embasado em lei prévia (art. 37 da Constituição Federal).

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 837.188/DF, já decidiu que a aplicabilidade dos direitos sociais, como a gratificação natalina, aos agentes políticos somente é cabível se expressamente autorizada por lei. (AgRg no REsp 742.171/DF, 4ª Turma, rel. min. Felix Fischer, j. 02.03.2009)

Na hipótese, foi promovida ação popular por cidadãos, tendo sido requerida a suspensão liminar do pagamento do 13º salário aos vereadores do Município de Amambaí/MS, instituído pela Lei 2.549/2017.

Referida norma foi publicada no Diário Oficial em 07 de julho de 2017 (f. 37 dos autos do processo de origem).

Contudo, apesar de observado o princípio da legalidade, não foi obedecido o disposto no art. 29, VI, da Constituição Federal, que estabelece a fixação do subsídio dos vereadores em cada legislatura, para a subsequente. Também neste sentido é o art. 19, parágrafo único, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. O intuito desta vedação é evitar que os legisladores atuem em benefício próprio, com risco de violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa.

Portanto, não obstante ser possível a percepção de tais vantagens pelos vereadores, em consonância com o entendimento do STF mencionado pelo recorrente, não foi observado o princípio da anterioridade pelos vereadores, de modo que não cabe o pagamento imediato da verba. Somente os candidatos eleitos nas próximas eleições poderão se beneficiar do direito previsto na norma.

Repise-se, a percepção do 13º não possui aplicação automática, pois deve respeitar o princípio da legalidade.

Ademais, ao contrário do alegado pelos recorrentes, a decisão do juiz não violou a necessidade de reserva de plenário, pois esta norma é aplicável no âmbito do Tribunal e não aos juízes (art. 97 da

Constituição Federal), os quais, em sede de controle difuso de constitucionalidade das normas, podem afastar sua incidência.

Por fim, presente o perigo de dano para concessão da liminar pretendida pelos recorridos, diante da iminência de liberação das verbas à época em que proferida a decisão, em possível prejuízo aos cofres públicos.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 11 de abril de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0002725-25.2010.8.12.0026 - Bataguassu
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA – POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO CONTRA OS SÓCIOS – PRESCRIÇÃO – NÃO CONFIGURADA – MULTA CONFISCATÓRIA – IMÓVEL RESIDENCIAL – IMPENHORABILIDADE.

Conforme Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Findo o prazo decadencial do lançamento, inaugura-se o lapso de prescrição quinquenal para ajuizamento da execução fiscal (art. 174, CTN). Caso em que, entre a data do ajuizamento da demanda e do lançamento decorreram menos de 5 anos. Prejudicial rejeitada.

A multa não deve nem pode ultrapassar o valor do próprio imposto, mas sim guardar a devida proporção com o valor da obrigação tributária, sob pena de assumir feição confiscatória, desviando-se da sua finalidade.

A impenhorabilidade, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça, não é afastada em caso de imóvel de alto padrão, pois, além de a norma não ter previsto ressalva neste sentido, a questão está no campo nebuloso da subjetividade. Excepcionalmente, é admitida a penhora de parte do imóvel quando for possível o seu desmembramento em unidades autônomas, sem descaracterizá-lo, diante das circunstâncias e peculiaridades do caso. Situação não demonstrada no caso.

Recurso do autor provido em parte. Recurso do réu 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 do Estado e prover parcialmente o apelo dos embargantes, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 16 de maio de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Luiza Maria Cardoso Fernandes Gil e outro e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem apelação cível (f. 412/438) contra sentença (f. 402/410) proferida nos embargos à execução fiscal. O juiz acolheu,

em parte, os pedidos, a fim de reconhecer a impenhorabilidade do imóvel constrito e declarar a nulidade da penhora realizada na execução fiscal embargada.

Argumenta ser possível o redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes quando o crédito tributário tenha relação com dissolução irregular da empresa, conforme art. 135 do Código Tributário Nacional. Afirmar inexistir prova neste sentido. Também aduz não estar evidenciado o dolo dos recorrentes. Alegam ter ocorrido a prescrição da pretensão, pois o prazo de 5 anos para cobrança inicia após o término para pagamento do imposto. Dessa forma, estariam prescritas as parcelas vencidas antes de 19 de maio de 2005, pois entre tal data e o despacho que ordenou a citação (19/05/2010) decorreram mais de 5 anos (art. 184 do CTN). Por fim, assevera possuírem caráter confiscatório as multas, pois fixadas em 150% do valor do imposto cobrado. Subsidiariamente, pretende seja reconhecida a sucumbência recíproca. Prequestiona os arts. 135, III e 174 do Código Tributário Nacional, os arts. 5º, XXII e 150, IV, da Constituição Federal, bem como o art 87 do Código de Processo Civil.

O Estado de Mato Grosso do Sul afirma inexistir prova de que o imóvel é o único de propriedade da parte executada/apelada ou utilizado como moradia familiar. Sustenta tratar-se de bem suntuoso, o que também afasta a sua impenhorabilidade. Pleiteia o prequestionamento da matéria.

O embargado apresentou contrarrazões às f. 462/474. A embargante deixou transcorrer o prazo, sem apresentar manifestação (f. 486).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Luiza Maria Cardoso Fernandes Gil e outro e Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença (f. 402/410), proferida nos embargos à execução fiscal. O juiz acolheu, em parte, os pedidos, a fim de reconhecer a impenhorabilidade do imóvel constrito e declarar a nulidade da penhora realizada na execução fiscal embargada.

Luiza Maria Cardoso Fernandes Gil e outro argumentam ser possível o redirecionamento da execução fiscal aos sócios-gerentes quando o crédito tributário tenha relação com dissolução irregular da empresa, conforme art. 135 do Código Tributário Nacional. Afirmam inexistir prova neste sentido. Também aduzem não estar evidenciado o dolo dos recorrentes. Alegam ter ocorrido a prescrição da pretensão, pois o prazo de 5 anos para cobrança inicia após o término para pagamento do imposto. Dessa forma, estariam prescritas as parcelas vencidas antes de 19 de maio de 2005, pois entre tal data e o despacho que ordenou a citação (19/05/2010) decorreram mais de 5 anos (art. 184 do CTN). Por fim, aduzem possuírem caráter confiscatório as multas, pois fixadas em 150% do valor do imposto cobrado. Subsidiariamente, pretendem seja reconhecida a sucumbência recíproca. Prequestionam os arts. 135, III e 174 do Código Tributário Nacional, os arts. 5º, XXII e 150, IV, da Constituição Federal, bem como o art 87 do Código de Processo Civil.

O Estado de Mato Grosso do Sul afirma inexistir prova de que o imóvel é o único de propriedade da parte executada/apelada ou utilizado como moradia familiar. Sustenta tratar-se de bem suntuoso, o que também afasta a sua impenhorabilidade. Pleiteia o prequestionamento da matéria.

Fundamentação

Do recurso apresentado pela embargante

O Código Tributário Nacional, em seu art. 135, inciso III, dispõe que são sujeitos passivos da obrigação tributária, por substituição, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, de modo que pode ser redirecionada a execução contra elas, no caso de atuação com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, *in verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de equiparar a dissolução irregular da empresa aos casos de atuação com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, para fins de redirecionamento da execução contra as pessoas enumeradas no art. 135 do CTN, conforme se verifica pelo julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – INSTRUMENTALIDADE RECURSAL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – REDIRECIONAMENTO A SÓCIO-GERENTE – CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA – INDÍCIO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR – SÚMULA 435/STJ. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO CUJO NOME CONSTA DA CDA – PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE – ÔNUS DA PROVA – EXECUTADO. 1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nítido o seu caráter infringente. Precedente: EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012.2. “a certidão emitida pelo Oficial de Justiça, atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial, é indício de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, de acordo com a Súmula 435/STJ.” (AgRg no REsp 1289471/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/2/2012, DJe 12/4/2012.) 3. Inafastável ao caso o ônus probandi do sócio ora recorrente, pois como se extrai do acórdão recorrido, o seu nome consta da CDA, e é assente nesta Corte o entendimento segundo o qual, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, e improvido. (EDcl no AREsp 383.802/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 10/12/2013).

O posicionamento referido está em consonância com a Súmula 435 do STJ, a seguir transcrita:

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Na hipótese, a dissolução irregular é incontroversa, tanto que as embargantes não se insurgem especificamente contra tal fato, o que torna legítimo o redirecionamento da execução fiscal contra as administradoras da sociedade. Além disso, ao contrário do alegado pelas recorrentes, para o redirecionamento, não é necessário que a dissolução irregular esteja relacionada com o crédito tributário, tampouco a aferição do dolo dos agentes.

Também não está configurada a alegada prescrição.

Estão sendo executadas as Dívidas Ativas n. 278/2009, 292/2009 1861/2009 e 1862/2009, no valor total de R\$ 240.045,09 à época da propositura da execução fiscal (08 de abril de 2010). Referem-se a créditos tributários de ICMS, provenientes de operações constituídas entre janeiro de 2003 e agosto de 2005.

Conforme Súmula 155 do Superior Tribunal de Justiça, quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. Logo, o fisco tem o prazo decadencial de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador para efetuar o lançamento.

Tendo em vista que, no caso, o fato gerador mais distante ocorreu em 31 de janeiro de 2003, o apelado poderia efetuar o lançamento até 01 de janeiro de 2009, no entanto, realizou o ato em 03/09/2008, motivo pelo qual não ocorreu a decadência.

Ademais, a prescrição consiste na perda da pretensão de cobrança do crédito tributário devidamente constituído com o lançamento. Findo o prazo decadencial do lançamento, inaugura-se o lapso de prescrição quinquenal para ajuizamento da execução fiscal (art. 174, CTN). Na hipótese, entre a data do ajuizamento da demanda (14/05/2010) e do lançamento (03/09/2008) decorreram menos de 5 anos, motivo pelo qual deve ser rejeitada a prejudicial arguida pelos recorrentes.

Por fim, tem razão os apelantes, quanto ao caráter confiscatório das multas aplicadas.

O art. 117, I, h, da Lei Estadual n. 1.810/1997, ao impor o pagamento de multa de 150% sobre o valor do tributo, ofende o princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade, pois nosso ordenamento repele as penas de caráter indeterminado, infinitas ou de índole confiscatória.

A administração deve agir com razoabilidade na fixação de uma multa por descumprimento à legislação, seja ela tributária, fiscal ou contratual, em atendimento ao princípio da vedação ao confisco, bem como ao princípio genérico de proteção ao direito de propriedade.

O órgão especial deste tribunal nos autos de Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0000952-90.2007.8.12.0044/50003, de relatoria do e. Des. Josué de Oliveira, reconheceu a inconstitucionalidade de referida norma:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – MULTA TRIBUTÁRIA – APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO – MULTA EXCESSIVA – NATUREZA CONFISCATÓRIA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO. O princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas tributárias. Arguição de inconstitucionalidade em apelação cível julgada procedente a fim de declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da norma contida no art. 117, I, “h”, da Lei n. 1.810, de 22.12.1997, do Estado de Mato Grosso do Sul, para, com efeitos ex tunc, afastar de seu âmbito de incidência o quantum da multa que ultrapassar o valor do imposto devido.

Portanto, o valor da multa imposta pelo Estado deve ser limitada ao valor do imposto devido.

Do recurso interposto pelo embargado

Os documentos juntados às f. 244/255 e 273/275 dos autos de processo demonstram ser o imóvel destinado à moradia da embargante Luíza Maria Cardoso Fernandes Gil e seu marido, o que torna o bem impenhorável, conforme art. 1, da Lei 8.009/1990.

A impenhorabilidade, consoante precedente do Superior Tribunal de Justiça, não é afastada em caso de imóvel de alto padrão, pois, além de a norma não ter previsto ressalva neste sentido, a questão está no campo nebuloso da subjetividade (Ag Inst no REsp 1520498/SP, publicado em 02/03/2018).

Excepcionalmente, é admitida a penhora de parte do imóvel quando for possível o seu desmembramento em unidades autônomas, sem descaracterizá-lo, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso. Contudo, tal situação não está demonstrada no caso.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul; e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelos embargantes, a fim de acolher, em parte, os embargos à execução e determinar a limitação da multa imposta pelo Estado ao valor do imposto devido.

Diante do resultado do julgamento, as verbas sucumbenciais devem ser redistribuídas. O recorrente deverá arcar com 50% das custas judiciais, sendo o réu isento do recolhimento do remanescente.

Arbitro os honorários advocatícios em favor dos patronos de ambas as partes, no percentual de 15% sobre o proveito econômico obtido (art. 85, § 3º, Código de Processo Civil).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Estado e proveram parcialmente o apelo dos embargantes, nos termos do voto do relator.

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, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 16 de maio de 2018.

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0804353-18.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – RESCISÃO CONTRATUAL – MÉRITO – CONTRATO DE COMPRA E VENDA – RESERVA DE DOMÍNIO – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – SENTENÇA GENÉRICA – POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DE PARTE DA SENTENÇA – JULGAMENTO IMEDIATO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 1.013, § 3º, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Comprovado o inadimplemento contratual, os réus devem restituir os valores pagos pelo autor, a título da compra do animal. Sentença mantida neste capítulo.

Não houve, na sentença, especificação dos valores a serem restituídos, muito menos referência a uma possível liquidação, tratando-se de sentença genérica. Por ser questão de ordem pública e pela possibilidade de decompor a sentença em capítulos, de ofício, nulidade deste capítulo da sentença declarada.

O artigo 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil possibilita ao Tribunal, em sede de apelação, decidir o mérito, desde logo, em processo que esteja em condições de imediato julgamento (causa madura), sem que seja considerada supressão de instância ou violação ao contraditório e a ampla defesa.

Recurso conhecido e não provido. De ofício, sentença anulada, em parte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de maio de 2018.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

MC Comércio e Distribuição de Carnes Ltda e Eloy Tuffi interpõem recurso de apelação contra sentença proferida nos autos de processo da demanda proposta por Marcelo Cabral Komatsu. A juíza declarou a rescisão do contrato de compra e venda com reserva de domínio estipulado entre as partes e condenou os réus a devolverem ao autor os valores pagos durante a vigência do contrato, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir dos respectivos desembolsos, e acrescido de juros de 1% ao mês, contados da citação. Em consequência, condenou os réus ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil. (p.167/170).

O apelante destaca inicialmente, que os efeitos da revelia não são absolutos e podem ceder diante de outras circunstâncias apuradas no curso do processo.

Alega que o contrato foi executado, tendo em vista que “os bezerros nasceram” e “as inseminações foram executadas”, sendo considerada indevida a devolução das quantias pagas pelo autor por corresponderem a serviços contratados e prestados. Acentua não poder, um dos contratantes, exigir o implemento do outro, antes de cumprida a obrigação, conforme artigo 476 do Código Civil.

Ressalta ainda, que a planilha apresentada pelo autor (f. 57), “não é fiel aos comprovantes anexados”. Uma vez que há comprovantes em duplicidade. Argumenta não ser possível devolver os valores ao autor, uma vez que não há indícios de que a quantia foi paga por ele.

Contrarrazões às p. 185/188.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Trata-se de recurso de apelação interposto por MC Comércio e Distribuição de Carnes Ltda e Eloy Tuffi contra sentença proferida nos autos de processo de demanda de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de valores pagos. A juíza declarou a rescisão do contrato de compra e venda com reserva de domínio estipulado entre as partes e condenou os réus a devolverem ao autor os valores pagos durante a vigência do contrato.

Fundamentação

Conforme documentação presente às folhas 32, 33, 41, 42, 45, 48 dos autos, é possível verificar a insatisfação da parte autora, em relação ao negócio jurídico celebrado, tendo em vista as diversas informações desencontradas e pelo inadimplemento contratual. De acordo com o contratado, (f. 17), o autor teria direito ao primeiro bezerro (produto) do animal Cia Azul Musa e 50% (cinquenta por cento) dos embriões produzidos pelo animal objeto do contrato. Todavia, não foi demonstrado o cumprimento das devidas obrigações.

No tocante, ao esboçado pelo artigo 476 do Código Civil, por se tratar de contrato bilateral, não cabe a alegação de ausência de contraprestação suscitada pelo apelante, uma vez que a parte autora demonstrou ter cumprido sua obrigação ao comprovar que efetuou os pagamentos, de acordo com folhas 58, 60, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 70 e 71.

Assim, consoante decidido, é devida a rescisão contratual e, em razão do inadimplemento, os valores pagos pelo animal devem ser restituídos.

Na hipótese, a sentença julgou procedente o pedido formulado na inicial para rescindir o contrato de compra e venda e condenar os réus a devolverem ao autor todos valores pagos durante a vigência do contrato. Entretanto, não há menção de um valor a ser ressarcido, muito menos referência à apuração dos valores em liquidação. Trata-se, portanto, de sentença genérica.

Desse modo, por tratar-se de questão de ordem pública, de ofício, deve ser declarada a nulidade deste capítulo da sentença.

No que concerne a teoria da causa madura, prevista no artigo 1013, § 3º, IV do Código de Processo Civil, o Tribunal, em sede de apelação, poderá decretar a nulidade da sentença em decorrência de ausência de fundamentação. Ademais, em conformidade com a teoria dos capítulos da sentença, é possível decompor a sentença e suprir o vício que ocorre em apenas um capítulo, sem que comprometa o todo e sem implicar na perda da sua unicidade.

Consoante o exposto e em conformidade com o artigo 491 do Código de Processo Civil, condeno os réus a restituir os valores comprovadamente pagos pelo autor, conforme folhas 58, 60, 62, 64, 66, 67, 68, 69, 70 e 71, o equivalente a 14 (quatorze) parcelas de R\$1.800,00 (mil e oitocentos reais), em decorrência do inadimplemento contratual.

Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

De ofício, declaro a nulidade do capítulo da sentença que possui condenação genérica de ressarcimento. E, com fundamento no art. 1.013, § 3º, IV, do Código de Processo Civil, condeno os réus a restituir os valores pagos pelo autor, referente a 14 (quatorze) parcelas de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), com correção monetária pelo IGPM/FGV, a partir do inadimplemento de cada parcela e juros de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, conforme artigo 405 do Código Civil.

Com fundamento no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios devidos pela ré ao autor para 15% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, conforme art. 98, § 3º, do CPC.

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. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

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

Campo Grande, 30 de maio de 2018.

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 0816501-90.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TERMO DE ACORDO – CANCELAMENTO DE INCENTIVOS FISCAIS – RESTITUIÇÃO DOS VALORES – IMPOSIÇÃO DECORRENTE DE LEI – INSURGÊNCIA CONTRA A DEVOLUÇÃO DO NUMERÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – LEI EM TESE – EFEITOS GENÉRICOS E ABSTRATOS – SÚMULA 266 DO STF – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR ACOLHIDA – SEGURANÇA DENEGADA.

Cancelado o termo de acordo o qual estipulou benefícios fiscais ao impetrante, devem ser restituídos ao Estado os valores, nos termos da Lei Complementar Estadual n. 93/2001.

Tal imposição decorre de lei de efeitos genéricos e abstratos (lei em tese) contra a qual não cabe mandado de segurança, conforme Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal.

Diante da inadequação da via eleita, *mister* o acolhimento da preliminar de falta de interesse de agir, impondo-se, em consequência, a denegação da segurança, nos termos do artigo 6º, § 5º, da Lei n. 12.016/09.

Segurança denegada.

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, acolher a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator, após afastada questão de ordem levantada pelo Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Ricci Máquinas Ltda impetra mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato coator, em tese, praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que possuía incentivos fiscais concedidos no Termo de Acordo n. 918/2013, com base no artigo 21, II, da Lei Complementar n. 93/2001 os quais foram cancelados, tendo a empresa impetrante sido condenada a restituir ao Tesouro do Estado de Mato Grosso do Sul os incentivos concedidos no Termo de Acordo n. 818/2013 utilizados desde 2014.

Pondera que tem conhecimento do poder discricionário do Estado, contudo, tal decisão não pode ser retroativa, tendo em vista que fere o princípio da irretroatividade que vige no Direito Tributário.

Requer lhe seja assegurado, liminarmente, “*o direito ao cancelamento de os incentivos fiscais anteriormente concedidos não retroagirem*”.

A liminar foi indeferida, conforme decisão de f. 71/73.

Notificada, a autoridade coatora prestou informações (f. 85/101). Suscitou preliminar de falta de interesse de agir por inadequação da via eleita e, caso rejeitada, no mérito, pugna pela denegação da segurança. Juntou documentos (f. 102/171).

Em seu parecer, o Ministério Público opinou pelo acolhimento da preliminar da utilização do mandado de segurança como sucedâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade e, no mérito, pela denegação da segurança (f. 175/186).

VOTO (EM 07/03/2018)

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

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ricci Máquinas Ltda contra ato coator, em tese, praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Conforme relatado, aduz que possuía incentivos fiscais concedidos no Termo de Acordo n. 918/2013, com base no artigo 21, II, da Lei Complementar n. 93/2001 os quais foram cancelados, tendo a empresa impetrante sido condenada a restituir ao Tesouro Estadual os incentivos concedidos no Termo de Acordo n. 818/2013 utilizados desde 2014.

Pondera que tem conhecimento do poder discricionário do Estado, contudo, tal decisão não pode ser retroativa, tendo em vista que fere o princípio da irretroatividade que vige no Direito Tributário.

Requer lhe seja assegurado, liminarmente, “*o direito ao cancelamento de os incentivos fiscais anteriormente concedidos não retroagirem*”.

Pende analisar, antes do mérito, a preliminar arguida nas informações concernente à falta de interesse de agir por inadequação da via eleita. Afirmo que o impetrante pretende, em verdade, o cancelamento dos efeitos da Lei Complementar Estadual n. 93/2001, o que não pode ser alcançado pela via do mandado de segurança.

Sabe-se que em toda ação o provimento jurisdicional pleiteado deve ser o necessário e o adequado para resolver o problema aventado, sob pena de que, partindo da situação pranteada pelo autor e do provimento efetivamente solicitado, a atividade jurisdicional não caminhe para um resultado útil.

O fundamento do interesse processual como condição da ação repousa, assim, sobre o binômio necessidade/adequação como ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Interesse de agir - Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa

*atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.*¹

No mesmo norte, preceitua Liebman que:

*(...) seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão de direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão.*²

Em complemento, menciona Dinamarco que o interesse processual de agir configura-se “*como aptidão a propiciar o bem ao demandante se ele tiver razão*” e “*não existe quando o sujeito já dispõe do bem da vida que vem a juízo pleitear e quando o provimento pedido não é mais, ou simplesmente não é, capaz de propiciar-lhe o bem*”.³

Feitas tais considerações, infere-se que o impetrante manifesta contrariedade com o fato de ter sido compelido a restituir ao Estado os incentivos concedidos por meio do Termo de Acordo n. 818/2013, situação esta que decorre diretamente da Lei Complementar Estadual n. 93/2001 (artigo 21, II).

Deveras, até mesmo concorda com o cancelamentos dos incentivos fiscais, tanto que afirma, na inicial, que não tem “*nada a opor com relação ao Poder Discricionário do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul que pode a qualquer tempo rever suas decisões, bem como cancelar benefícios*”.

Com efeito, a Lei Complementar Estadual n. 93/2001 institui o Programa Estadual de Fomento à Industrialização, ao Trabalho, ao Emprego e à Renda (MS - Empreendedor) e, em seu artigo 21, II, dispõe que “*Os benefícios ou incentivos atribuídos pelo Estado podem ser suspensos ou cancelados a qualquer tempo, nas hipóteses de: II - inadimplemento de obrigações tributárias ou trabalhistas*”.

Por sua vez, o artigo 22 preconiza que “*Cancelado o benefício ou incentivo, a empresa beneficiária deve restituir ao Tesouro Estadual os valores pecuniários antes fruídos e que acaso ela tenha sido condenada a restituir*”.

Vê-se, portanto, que se trata de lei que traça norma abstrata de conduta, a chamada “lei em tese” em razão dos seus atributos de generalidade, impessoalidade e abstração.

Vejamos a lição de Hely Lopes Meirelles⁴:

A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança, pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração (...) Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos. Vê-se, portanto, que o objeto normal do mandado de segurança é o ato administrativo específico, mas por exceção presta-se a atacar as leis decretos de efeitos concretos (...)

1 Teoria Geral do Processo, RT, 5ª edição, págs. 222/223.

2 Manual de Direito Processual Civil, Forense, vol. 1, 2ª edição, pág. 155 - grifamos.

3 Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, 5ª edição, Malheiros, pág. 304.

4 Mandado de segurança. Editora Malheiros. 29ª edição, atualizada e complementada.

Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmo o resultado específica pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, criam municípios (...)

Aliás, há muito o STF já editou a Súmula n. 266 segundo a qual “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Nesse mesmo sentido, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE AUTORIDADE MENCIONADA NO ART. 105, INC. I, “B”, DA CF/88 – AUSÊNCIA – INCOMPETÊNCIA DO STJ. 1. A ação mandamental exige a demonstração, de plano, da existência do ato ilegal ou abusivo atribuído à autoridade impetrada. (...) 3. O mandado de segurança não é a via adequada à impugnação de normas de caráter normativo e genérico, conforme a jurisprudência. (...). Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no MS 20.858/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 11/06/2014, DJe 01/07/2014)

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE – NÃO CABIMENTO – APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 266/STF – RECURSO IMPROVIDO. 1. Não cabe a impugnação, via mandado de segurança, de ato normativo, de caráter geral e abstrato, que não atinge diretamente esfera individual do impetrante (Súmula n. 266/STF) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RMS 28.592/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 15/04/2014).

Desse modo, considerando que a medida não é adequada ao fim pretendido pelo impetrante, não há interesse de agir, devendo ser acolhida a preliminar suscitada. Nesse mesmo caminho, a jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDAMUS COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI EM TESE – EXPRESSÃO QUE COMPREENDE ATO ADMINISTRATIVO GENÉRICO E ABSTRATO – DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. É remansosa a jurisprudência no sentido de que “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”, em conformidade com o enunciado nº 266 da súmula do Supremo Tribunal Federal. A expressão “lei” merece interpretação extensiva, de forma a abranger, também, outros atos normativos, inclusive administrativos, a exemplo de portarias de conteúdo geral, assim entendida a medida que explicita, em minúcia, o mandamento abstrato da lei, em caráter geral e abstrato. (TJMS. Mandado de Segurança Coletivo n. 1405358-29.2015.8.12.0000, N/A, 4ª Seção Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 28/09/2015, p: 08/11/2015)

Ante o exposto, com o parecer, acolho a preliminar de falta de interesse de agir por inadequação da via eleita e denego a segurança, nos termos do art. 485, VI, do CPC c/c art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.

Custas pela impetrante. Não há incidência de honorários advocatícios.

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.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (5ª Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Julgamento adiado para sessão do dia 21.03.18 em face do pedido de vista do des. Sérgio Fernandes Martins, após o relator, acompanhado dos demais desembargadores acolherem a preliminar de inadequação da via eleita e denegarem a segurança.

VOTO (EM 21/03/2018)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (8º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ricci Máquinas Ltda. contra ato apontado como coator que teria sido praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na imposição de restituição para o Erário Estadual dos incentivos fiscais concedidos no Termo de Acordo n. 818/2013.

A empresa impetrante afirma, em síntese, que a autoridade coatora cancelou os benefícios fiscais que recebia, determinando a restituição dos valores percebidos a este título, fato que, segundo alega, viola o princípio constitucional da irretroatividade.

O impetrado suscitou preliminar de inadequação da via eleita, porquanto entende não ser cabível mandado de segurança contra lei em tese. No mérito, defendeu a legalidade do ato impugnado.

O Ministério Público Estadual exarou parecer às f. 175-187, pugnando pelo acolhimento da preliminar supracitada e, caso ultrapassada esta, no mérito, pela denegação da segurança.

O relator do *mandamus*, desembargador Vladimir Abreu da Silva, acolheu a preliminar de inadequação da via eleita e denegou a segurança.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria debatida.

Questão de ordem.

Inicialmente, verifico da análise dos autos que a autoridade coatora prestou informações às f. 85-101, suscitando preliminar de inadequação da via eleita pelo impetrante, afirmando que este pretende o cancelamento dos efeitos da Lei Complementar Estadual n. 93/2003, restando ausente, portanto, o interesse de agir.

Pois bem.

No caso, evidente, como relatado, que existe questão levantada nos autos que demanda oitiva da parte contrária, isto porque a impetrante não foi intimada para se manifestar a respeito da preliminar arguida.

O Código de Processo Civil – arts. 9º e 10⁵ - aduz que não se proferirá decisão com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva o juiz decidir de ofício.

Desse modo, suscito questão de ordem para que a impetrante Ricci Máquinas Ltda. seja intimada para se manifestar a respeito da preliminar arguida pela autoridade impetrante, forte nos arts. 9º e 10 do códex processual.

Caso superada a questão de ordem, contudo, acompanho o relator para acolher a preliminar de inadequação da via eleita.

Com efeito, examinando o caderno processual, verifico, de fato, que a ora impetrante pretende, através do presente mandado de segurança, impugnar lei em tese, mais especificamente o art. 22 da Lei Complementar n. 93/2001 que dispõe que “*Cancelado o benefício ou incentivo, a empresa beneficiária deve restituir ao Tesouro Estadual os valores pecuniários antes fruídos e que acaso ela tenha sido condenada a restituir.*”

Ora, cediço que não é cabível mandado de segurança contra lei em abstrato. Confira-se:

EMENTA – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – COBRANÇA DE ICMS NA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE BOVINOS PARA IMÓVEL RURAL DO MESMO PROPRIETÁRIO LOCALIZADA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO – PRELIMINARES DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE REJEITADAS - AUSÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA – INEXISTÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO BEM E, CONSEQUENTEMENTE, DE FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA – SÚMULA 166, DO STJ, E RESP 1.125.133/SP – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A existência de entendimento sumulado no âmbito do STJ (enunciado n. 166) e de recurso especial julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC, no sentido de que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte” (Resp 1.125.133/SP) indicam a existência de direito líquido e certo do impetrante, cuja pretensão é a abstenção de cobrança do referido tributo no deslocamento de bovinos para imóvel rural

5 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

*do mesmo proprietário localizada em outro Estado da Federação. Recurso conhecido e desprovido.*⁶

*EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ACOLHIDA – IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE – INADMISSIBILIDADE – SÚMULA 266/STF – DEDUÇÃO COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.*⁷

Assim, sem mais delongas, acompanho o relator para acolher a preliminar de inadequação da via eleita, em razão de o remédio heróico não poder ser tomado como substitutivo de ação direta de inconstitucionalidade.

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

Pedindo vênias ao Desembargador Sérgio eu rejeito essa questão de ordem, em razão da tramitação específica do mandado de segurança então aqui não cabe, eu rejeito essa questão de ordem.

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.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges. (5ª Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (10º Vogal)

6 TJMS. Apelação / Remessa Necessária - Nº 0800074-55.2017.8.12.0021. Rel. Desembargador Marcelo Câmara Rasslan. Julgamento 30.1.2018.

7 TJMS. Mandado de Segurança - Nº 1412637-32.2016.8.12.0000. Rel. Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Julgamento 12.7.2017.

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, acolheram a preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator, após afastada questão de ordem levantada pelo des. Sérgio Fernandes Martins.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 21 de março de 2018.

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1400999-31.2018.8.12.0000 - Iguatemi
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER – USO DE FOGO SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DA AUTORIDADE COMPETENTE – AUTO DE INFRAÇÃO – LAUDO DE CONSTATAÇÃO – AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL PARA RETIRADA DE ÁRVORES ESPARSAS SEM A PERMISSÃO QUE O MATERIAL LENHOSO SEJA QUEIMADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O simples fato de, em 2018, a área não se encontrar na mesma situação que há um ano atrás não é suficiente para desqualificar o auto de infração e o laudo de constatação elaborados por policiais militares ambientais, com a presença do representante dos proprietários, no qual se constatou que estes possuíam a autorização ambiental para a retirada de árvores esparsas, não sendo permitido, entretanto, que o material lenhoso fosse queimado.

A inversão do ônus da prova não é automática e depende, pois, da análise do caso concreto, da antiga “verossimilhança” das razões invocadas (atualmente “probabilidade do direito invocado”).

A prova a produzir nos autos principais poderá ser obtida por meio de perícia técnica ou até mesmo por testemunhas, para aferição da ocorrência do dano e qual sua extensão. Não se trata de prova de difícil produção, sabendo-se que o Ministério Público, autor da ação, é isento de seu custeio. Não se verifica, assim, dificuldade técnica ou econômica a obstar a comprovação das alegações do Ministério Público e ensejar a inversão do ônus da prova.

No que diz respeito à multa aplicada em caso de descumprimento da ordem, venho me filiando ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, entendendo plenamente cabível o arbitramento de multa cominatória, para compelir o Ente Público ao cumprimento da determinação judicial, como no presente caso.

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, 22 de maio de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Felipe Fuliotto Peres, Amélia Fuliotto Peres, Elmo Fuliotto Peres, Rosemari Fuliotto Peres, Bartolomeu Fuliotto Peres e Meire Madalena Fuliotto Peres em face da decisão prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi, que deferiu:

(...) A liminar, determinando aos requeridos a obrigação de não fazer consistente em não realizar o uso de fogo sem autorização prévia da autoridade competente. Outrossim, em caso de descumprimento da obrigação imposta, estabeleço multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) limitados inicialmente até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que deverá ser depositada em juízo para posteriormente ser encaminhada ao fundo competente. Intime-se o Cartório de Registro de Imóveis, a fim de inscrever a presente ação civil pública na matrícula do mesmo, para conhecimento de terceiros. Inclua-se em pauta para audiência de mediação e conciliação, com a observância das exigências legais (art. 334, CPC). Cite-se, com as advertências legais (art. 334, §§ 5º, 8º, 9º e 10, CPC). Apresentada defesa, intime-se a parte autora para no prazo de 15 (quinze) dias ofertar sua manifestação, observando os ditames do art. 350 e 351 do Código de Processo Civil conforme o caso, indicando na oportunidade as provas que reputar necessárias para fazer frente ao fato extintivo, modificativo ou impeditivo alegados pela parte ré. Após, à conclusão para julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355); julgamento antecipado parcial do mérito (CPC, art. 356) ou ainda saneamento e organização do processo (CPC, art. 357); Cientifique-se o Estado, pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente, acerca do teor desta decisão. Por se tratar de demanda que versa sobre dano ambiental, defiro a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985). O feito é isento de custas, nos termos do artigo 18 da Lei 7.347/85.

Alegam que as imagens utilizadas como prova para comprovar o dano ambiental não pertence à Fazenda Pérola, ou seja, não foram tiradas pelos policiais na referida fazenda, como alegado no auto de infração e na inicial da Ação Civil Pública de Dano Ambiental.

Afirmam que, analisando a foto, percebe-se que a vegetação não é compatível com a vegetação real da propriedade, ou seja, a mata pertencente à propriedade é de vegetação de cerrado, árvores de menor porte, na qual se observa que os coqueiros possuem altura superior as arvores ali existentes, já a imagem de número 02 apresentada pelos agentes na tentativa de provar a queimada, observa-se que a mata possui um porte extremamente alto em que não se visualiza coqueiros acima da mesma, somente bem abaixo, na imagem também se observa que há um veículo bem próximo à mata, contudo essa parte da propriedade é totalmente cercada e o acesso é somente a cavalos não existem portões ou porteiras que de acesso a veículos. Sendo assim, seria impossível que a foto/imagem 02, pertencente ao Auto de Infração n. 16594 e Laudo de Constatação n. 23401, no Relatório de Informações Complementares, documento anexo, tivesse sido tirada na Fazenda Pérola, conforme se alega.

Esclarecem que, requereram junto ao tabelionato de Tacuru/MS, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Civil, a constatação de fato em segunda traslado ata notarial de constatação em diligência externa e fotos tiradas na propriedade pela tabeliã Lúcia Silvana Norbutas.

Dispõem que a tabeliã compareceu no dia 08 de janeiro de 2018 na Fazenda Pérola e constatou que não há acesso com veículo na parte da propriedade rural em questão, mencionada no auto de infração, pois a mesma é cercada com arames e não há porteiras de acesso, portanto comprovou que a foto/imagem 02 (f. 28 nos autos da Ação Civil Pública) não pertence à propriedade, já que ficou claro que não há acesso e que a vegetação não corresponde ao local visualizado. Também visualizou pequenos montes de lenha, que estão cobertos por vegetação, e esses montes totalizam 7 (sete) montes, o que equivale em torno de 1,5 hectares, a tabeliã não visualizou resquícios de queima de leiras.

Sustentam que o auto de infração é eivado de inúmeros vícios, sendo eles: a) erro na identificação da propriedade, ou seja, consta no auto de infração que o dano ocorreu na Fazenda Monte Azul/ Fazenda Pérola, ora, são locais distintos, com distintas matrículas e distintos proprietários, impossível unir as duas propriedades só por serem vizinhas, b) o Auto de Infração e o Laudo de Constatação foram entregues incompletos e com dados errados, além de uma parte faltante que seria destinada ao pagamento da multa, via depósito bancário- Banco do Brasil, e que quando questionada pelo funcionário da fazenda vizinha os agentes informaram que iriam encaminhar no endereço do agravante, mas até a presente data nada foi enviado; c) juntada de prova forjada, ou seja, a imagem/foto 02 do auto de infração não pertence à Fazenda Pérola conforme comprovada pelos documentos em anexo nos termos do artigo 431 do Código de Processo Civil; d) há que se destacar também que no auto de infração consta que houve queimada em mais de 40 hectares, não sendo possível tal informação, porquanto a área total da propriedade mensurada é menos de 70 hectares, segundo informações constantes no CARMS 0001342 (f. 49 nos autos da ação civil pública) e, se assim fosse, mais da metade da propriedade teria sido queimada, o que não se verifica das fotos do local, tanto das apresentadas pelos agravantes como pela Tabeliã.

Aduzem que, com à inversão do ônus da prova nos termos do artigo 6º da Lei 8.078/90, o mesmo só poderá ocorrer quando existir verossimilhança das alegações, no presente feito à verossimilhança está afastado, pois foi baseada em prova falsa e alegações inverídicas. Apesar da responsabilidade ao dano ambiental ser objetiva, o autor da Ação Civil Pública, ora agravado, deve provar que os réus, ora agravantes são causadores efetivo dos danos que estão sendo acusados, o dano hipotético e abstrato, não enseja ao agravado o direito de inversão do ônus da prova em medida liminar, o mesmo, deverá ser apreciado na fase de saneamento do processo, nos termos do artigo 357 do Código de Processo Civil, as provas, (foto/ imagem-02), juntadas nos autos da Ação Civil Pública são de péssima qualidade e resolução, para a realização da perícia, é necessário a disponibilidade das imagens/fotos originais que somente poderão ser requeridas aos agentes da Polícia Militar Ambiental pelo agravado, uma vez que já foi solicitado junto ao Imasul as imagens originais e até a presente data somente foi encaminhado a cópia digitalizada do processo que contém as mesmas imagens, com péssima resolução, tornando excessivamente difícil aos agravantes o exercício do direito nos termos do artigo 373, § 3º, inciso II, do Código de Processo Civil. Portanto é medida necessária a anulação da inversão do ônus da prova.

Requerem a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, tendo, contudo, sido indeferido o pedido de inversão do ônus da prova.

Em contraminuta, o agravado manifesta pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

VOTO 08/05/2016

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Felipe Fuliotto Peres, Amélia Fuliotto Peres, Elmo Fuliotto Peres, Rosemari Fuliotto Peres, Bartolomeu Fuliotto Peres e Meire Madalena Fuliotto Peres em face da decisão prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi, que deferiu:

“A liminar, determinando aos requeridos a obrigação de não fazer consistente em não realizar o uso de fogo sem autorização prévia da autoridade competente.

Outrossim, em caso de descumprimento da obrigação imposta, estabeleço multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) limitados inicialmente até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que deverá ser depositada em juízo para posteriormente ser encaminhada ao fundo competente.

Intime-se o Cartório de Registro de Imóveis, a fim de inscrever a presente ação civil pública na matrícula do mesmo, para conhecimento de terceiros.

Inclua-se em pauta para audiência de mediação e conciliação, com a observância das exigências legais (art. 334, CPC).

Cite-se, com as advertências legais (art. 334, §§ 5º, 8º, 9º e 10, CPC).

Apresentada defesa, intime-se a parte autora para no prazo de 15 (quinze) dias ofertar sua manifestação, observando os ditames do art. 350 e 351 do Código de Processo Civil conforme o caso, indicando na oportunidade as provas que reputar necessárias para fazer frente ao fato extintivo, modificativo ou impeditivo alegados pela parte ré.

Após, à conclusão para julgamento antecipado do mérito (CPC, art. 355); julgamento antecipado parcial do mérito (CPC, art. 356) ou ainda saneamento e organização do processo (CPC, art. 357);

Cientifique-se o Estado, pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente, acerca do teor desta decisão.

Por se tratar de demanda que versa sobre dano ambiental, defiro a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985)

O feito é isento de custas, nos termos do artigo 18 da Lei 7.347/85.”

Requer seja dado provimento ao recurso, para a reformar a decisão recorrida:

E, “d) subsidiariamente, em caso de permanência da medida liminar, o que se admite apenas em atenção ao princípio da eventualidade, que seja diminuído o valor da multa pelas razões já alegadas;

e) a anulação da inversão do ônus da prova, diante da juntada de foto/imagem (02) constante no Relatório de Informação Complementares 2º GPMA/2016 do Auto de Infração n. 16.5594 e Auto de Constatação n. 23.401, não pertencente ao imóvel, que para fins de perícia, a sua original, somente poderá ser juntada aos autos pelo Agravado;

f) o cancelamento de inscrição da Ação Civil Pública na matrícula 2.968 do imóvel rural Fazenda Pérola;”

Analisando os autos principais, vê-se que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ingressou com a ação civil pública por danos ao meio ambiente em face de Felipe Fuliotto Peres, Amélia Fuliotto Peres, Elmo Fuliotto Peres, Rosemari Fuliotto Peres, Bartolomeu Fuliotto Peres e Meire Madalena Fuliotto Peres, objetivando a procedência dos pedidos:

“e) obrigar os requeridos a reparar o dano ambiental causado, apresentando e executando Projeto de Recuperação de Área Degradada e Alterada - PRADA junto à Secretaria Estadual de Meio Ambiente/IMASUL, especialmente restaurando as condições primitivas da vegetação da área de 41,80 hectares na Fazenda Pérola, no prazo de 90 (dias), sob pena de multa diária no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, a ser revertida ao Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público;

f) caso a obrigação de fazer referida no item anterior (“e”) se impossibilite total ou parcialmente, pede a condenação da requerida ao pagamento de indenização quantificada em perícia, correspondente aos danos que se mostrarem recuperáveis, corrigida monetariamente, a ser recolhida ao Fundo Especial de Apoio e Desenvolvimento do Ministério Público;

g) impor a obrigação aos requeridos de, anualmente, remeter à Secretaria Estadual de Meio Ambiente/IMASUL, relatório ambiental sobre as condições das áreas que estão em recuperação;

h) indenização por danos ambientais pretéritos, consistente naquilo que foi perdido e ainda será em termos ambientais, até que o meio se restaure ao estado anterior, no valor de R\$ 50.000,00;”

Sustenta o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em sua petição inicial, segundo o auto de infração n. 16594, lavrado em 20/12/2016, pela polícia militar ambiental, foi realizada uma vistoria na Fazenda Pérola, localizada no Município de Tacuru/MS, tendo constatado estar ocorrendo a queima de vegetação nativa disposta em leiras.

Afirma que se observa do Laudo de Constatação e relatório apresentados pela PMA é um grave dano ambiental foi cometido, qual seja, um perímetro de 41,80 hectares de área queimada de vegetação nativa, disposta em leiras, sem autorização do Órgão Ambiental Competente e com desobediência à Autorização Ambiental n. 770/2015 concedida, a qual permite a retirada de árvores esparsas, porém, não permite que o material lenhoso seja queimado.

Em 24 de janeiro de 2017, foi instaurado o Inquérito Civil n. 007/2017, para apurar a ocorrência de dano ambiental, nas Fazendas Monte Azul e Pérola, de propriedade do Sr. Felipe Fullioto Peres.

Verifica-se que, em 20/12/2016, foi lavrado o auto de infração n. 16594, tendo como local a Fazenda Monte Azul/Fazenda Pérola, coordenadas geográficas n. S23 32 323” W 055’11’ 07.4”, Município de Tacuru-MS, e como contato por ocasião da vistoria Ailton Bezerra da Silva, administrador/gerente.

Além disso, o laudo de constatação encontra-se devidamente preenchido com o relato da infração que culminou com a aplicação da multa de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais).

Consigne-se que o administrador/gerente Ailton Bezerra da Silva acompanhou todo o procedimento de autuação, tendo assinado o laudo de constatação e o auto de infração.

Segundo o Relatório de Informações Complementares – 2º GPMA/2016 subscrito por Edson Gimenes – 1º SGT PM – responsável pela vistoria, e Maycon César Rodrigues, responsável pelo relatório, na data de 20 de dezembro de 2016,

(...) “esta G. U. Ambiental, realizou vistoria na Fazenda Pérola, localizada no município de Tacuru-MS, onde constatamos estar ocorrendo a queima de vegetação nativa disposta em leiras, estas leiras continham materiais lenhosos oriundos da retirada de árvores esparsas autorizadas na AA nº. 770/2015, Autorização Ambiental que permite a retirada de árvores esparsas, porém não permite que o material lenhoso seja queimado.

No imóvel e em contato com o senhor Ailton Bezerra da Silva, que é gerente da fazenda, o mesmo foi indagado sobre os fatos e respondeu que foi o responsável por atear fogo nas leiras, afirmando ter feito por ordem do senhor Felipe (Proprietário do imóvel) e disse não possuir alteração para queimar as leiras.

Diante dos fatos, a área foi mensurada com o uso do GPS (Global Position Sistem), a qual computou 41,80 hectares de área, sendo as leiras circundadas formando o perímetro onde a vegetação foi removida e enleirada, totalizando a área objeto da autuação. Após a constatação e mensuração da área, passamos a proceder a lavratura das documentações necessárias, sendo lavrado AI/IMASUL nº 16594, em desfavor de Felipe Fuliotto Peres por Fazer uso de fogo em 41,80 hectares de área agropastoril sem a outorga do órgão ambiental competente, auto de infração no valor de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais)”.

Após mais de um ano da lavratura do auto de infração e do laudo constatação, em 9/1/2018, o agravante Felipe Fuliotto Peres solicitou a lavratura de uma ata notarial com relação à área indicada no referido auto e laudo, tendo atestado:

“(...) compareci no dia 08 de janeiro de 2018, às 17:00hs, na propriedade rural acima mencionada e constatei que não há acesso com veículos na parte da propriedade mencionada no auto de infração do local mencionado nos Autos de Infração numero 16594 e Laudo de Constatação número de série 23401, pois a mesma é cercada com arames e não há porteiros de acesso, cheguei ao local após andar aproximadamente 100metros. E que próximo ao local havia pequenos montes de lenha que esta coberta por vegetação e ainda que os montes totalizam aproximadamente 7 montes o que equivale em torno de 1,5 hectares, não constatei resquícios de queima de leras e que diante da imagem 2 do exemplar de vegetação parcialmente queimada, não existe no momento a vegetação e nem mesmo a arvore de grande porte próximo a mata, e que os coqueiros existentes no local são todos maiores do que as árvores existentes no local, não conseguindo de nenhum ângulo verificar a paisagem existente na foto 2 (presente no auto de infração), (fotos em anexo comprovando o fato alegado). (...)”.

Não se pode perder de vista que a ata notarial foi lavrada um ano após a elaboração do auto de infração e do laudo de constatação, podendo haver modificações na área, objeto do referido auto e laudo.

Assim, o simples fato de em 2018 a área não se encontrar na mesma situação que a um ano atrás não é suficiente a desqualificar o auto de infração e o laudo de constatação elaborados por policiais militares ambientais, estando presente o representante os agravantes.

Logo, deve ser mantida a decisão agravada neste ponto.

Vale destacar que, em regra, é possível a inversão do ônus da prova na ação civil pública, principalmente quando se cuide de defesa do meio ambiente. A doutrina e jurisprudência admitem ser possível essa inversão para assegurar a efetividade da proteção ao meio ambiente, em razão dos princípios da prevenção e da precaução que regem o tema.

Consoante lição do Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial n. 883.656, o regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no Código de Processo Civil (antigo artigo 333, atual artigo 373). Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

Ainda segundo o Ministro Relator, o legislador,

(...) “diretamente na lei (= ope legis), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= ope judicis), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-

lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada”.

No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (que se amolda a alguns casos, como por exemplo, quando se aplica o princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

Desse modo, a conclusão a que se chega é a de que a inversão do ônus da prova não é automática e depende, pois, da análise do caso concreto, da antiga “verossimilhança” das razões invocadas (atualmente “probabilidade do direito invocado”).

Aliás, pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, este será atribuído a quem tem melhores condições de fazê-lo, não importando se a matéria envolve relação de consumo, pois se trata de regra de Direito Processual Civil.

O CPC/2015 prevê expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova (§ 1º, art. 373).

Assim, a atribuição dos ônus da prova será efetivada em cada caso, observadas as peculiaridades de cada feito.

No caso dos autos, a inversão do ônus da prova pretendida pelo Ministério Público não decorre automaticamente da natureza da ação, pois diversamente da ação de reparação civil por danos ambientais decorrente de atividade perigosa, na qual se admite a presunção *iuris tantum* de veracidade e a inversão automática do ônus da prova, este caso se trata de condenação à obrigação de fazer, apresentando e executando Projeto de Recuperação de Área Degradada e Alterada - PRADA junto à Secretaria Estadual de Meio Ambiente/IMASUL, especialmente restaurando as condições primitivas da vegetação da área de 41,80 hectares na Fazenda Pérola.

Deveras, também não é o caso de aplicar o princípio da precaução para o qual também se admite a inversão do ônus da prova de forma praticamente automática, uma vez que, como cediço, o princípio de precaução incide em demandas ambientais em casos de incerteza científica, o que não ocorre na presente hipótese.

Segundo Milaré¹ “*a incerteza científica milita em favor do meio ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado*”.

Assim, a prova a produzir nos autos poderá ser obtida por meio de perícia técnica ou até mesmo por testemunhas, para aferição da ocorrência do dano e qual sua extensão. Não se trata de prova de difícil produção, sabendo-se que o Ministério Público, autor da ação, é isento de seu custeio. Não se verifica, assim, dificuldade técnica ou econômica a obstar a comprovação das alegações do Ministério Público e ensejar a inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, a jurisprudência:

1 MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 3 ed. rev. atual e ampl São Paulo: RT, 2004.

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO AMBIENTAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PRELIMINAR REJEITADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RESERVA LEGAL – NOVO CÓDIGO FLORESTAL – OBRIGATORIEDADE DE SUA INSTITUIÇÃO MANTIDA – AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS – DISPENSA, CASO EFETIVADA A INSCRIÇÃO NO CAR – LICENCIAMENTO AMBIENTAL E OUTORGA PARA USO DE RECURSOS HÍDRICOS – NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DE SUA OBTENÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO – DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA.

- É nula a decisão sem fundamentação a teor do disposto no art. 93 da CR. Mas aquela fundamentada sucintamente é válida.

- O Novo Código Florestal não desobriga a averbação da reserva legal, apenas determina a desnecessidade de fazê-la no Cartório de Registro de Imóveis quando existir o Cadastro CAR - Ambiental Rural.

- O CAR foi regulamentado em 06/5/2014, por meio da Instrução Normativa nº 2 do MMA, e é gerenciado pelo SICAR - Sistema de Cadastro Ambiental Rural, devendo a inscrição ser requerida até 31 de dezembro de 2017, prorrogável por mais 1 (um) ano por ato do Chefe do Poder Executivo, conforme estabelece a Lei nº 13.295/2016.

- No caso concreto, está comprovado que o imóvel rural não foi registrado junto ao CAR, devendo ser mantida a imposição aos agravantes quanto à instituição da reserva legal.

- Em regra, é possível a inversão do ônus da prova na ação civil pública, principalmente quando se cuide de defesa do meio ambiente. Entretanto, para que tal ocorra é imprescindível a presença de alguns requisitos, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a sua impossibilidade real (que não se confunde com impossibilidade financeira).

- Recurso desprovido. (TJMG. J em 22.06.2017) Agravo de Instrumento-CV Nº 1.0172.13.000312-9/001)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL – LOTEAMENTO SEM PRÉVIA LICENÇA AMBIENTAL – OBRIGAÇÃO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL CORRETIVO – INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA INDEVIDA – DANO AMBIENTAL NÃO COMPROVADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA OU ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. 1- De acordo com a jurisprudência do STJ, a sentença de improcedência da ação civil pública deve ser submetida ao reexame necessário, por analogia ao art. 19 da Lei nº 4.717/65, sendo que, no caso de procedência parcial do pedido inicial, o reexame necessário será feito nos limites da improcedência; 2- A reparação do dano ambiental decorre da responsabilidade civil ambiental, amparada pelo princípio do poluidor-pagador, prescindindo da comprovação de ilicitude da conduta; 3- Cabe ao requerente comprovar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade para que surja o dever de reparar, requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil; 4- A inversão do ônus da prova tem como fundamento o princípio da isonomia e da busca pela verdade real, cabendo ao magistrado distribuir o ônus da prova em observância às condições das partes, diante das peculiaridades do caso concreto, de modo a contribuírem adequadamente à formação de seu convencimento; 5- A falta de licença ambiental, por si só, não é apta a configurar o dano ambiental a justificar sua indenização. A ausência do prévio licenciamento ambiental é falta de natureza administrativa, enquanto a indenização pressupõe o dano; 6- Embora a implantação de loteamento cause impacto ao meio ambiente, é necessário compatibilizar a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico

com o desenvolvimento econômico-social (art. 4º, I, Lei nº 6.938/81); 6- Não é possível, em regra, formular pedido genérico; 7- Compete à Administração invalidar seus atos quando viciados (473/STF), descabendo ao Poder Judiciário substituir a atividade administrativa, pois sua intervenção se limita a desconstituir atos viciados. (TJMG. J em 14.06.2017 Apelação Cível nº 1.0245.06.100608-7/001)

EMENTA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE JARDINAGEM – OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E MULTA – PEDIDO DE REPOSIÇÃO DE DUAS PLANTAS QUE SUCUMBIRAM POR VÍCIO ANTECEDENTE AO PLANTIO E INDENIZAÇÃO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE NÃO É AUTOMÁTICA, NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. Elementos probatórios que demonstram rompimento do nexo causal pela falta de prova de reclamação ao prestador de serviços e pela atuação de terceiro no replantio das três palmeiras, com possibilidade de perdas, bem como não foi demonstrado vício antecedente. Prova oral que indica a escolha do novo local de plantio feita pela autora, diverso do projeto. Excludente de responsabilidade. Recurso desprovido, com observação. A prova colhida nos autos demonstrou que as três palmeiras originariamente plantadas pela ré foram replantadas por terceiro e não apenas uma. Tal ato rompe o nexo causal, até porque não ficou provada a reclamação à ré em relação ao alegado local de plantio inadequado, tampouco que o vício das plantas era antecedente. O laudo da autora, unilateral, foi realizado pelo profissional contratado, que inclusive aponta condições ambientais desfavoráveis e a possibilidade de insucesso no transplante. Por fim, a prova testemunhal é no sentido de que a autora fez a escolha do local de plantio, realizando a abertura das covas e posteriormente, sem atuação da ré, removeu as plantas para outro local próximo, onde acabaram morrendo. (TJSP. Apelação nº 0048951-82.2011.8.26.0602. J em 10.08.2017).

No que diz respeito à multa aplicada em caso de descumprimento da ordem, venho me filiando ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, entendendo plenamente cabível o arbitramento de multa cominatória, para compelir o Ente Público ao cumprimento da determinação judicial, como no presente caso, conforme precedente da Corte em comento:

“PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO – ASTREINTES – APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE. MULTA – TERMO FINAL – CUMPRIMENTO INTEGRAL – AGRAVO DESPROVIDO.

I - Esta Corte Superior tem jurisprudência firmada no sentido de que, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor (astreintes), mesmo que seja contra a Fazenda Pública. Não há razão para se estabelecer exceção onde o legislador não o fez.

II - Se a obrigação é de fazer ou não fazer, a multa diária deixa de correr, assim que o devedor cumpre aquilo que foi ordenado, também deixa de correr se e quando o credor requer a conversão da obrigação em perdas e danos, ou tornar-se impossível o cumprimento da obrigação específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

II I- O termo inicial, para incidência da multa, será o dia subsequente ao prazo designado pelo juiz para o cumprimento da ordem e o termo final o dia anterior ao do efetivo e integral cumprimento do preceito, ou do dia em que for pedida a conversão em perdas e danos

IV - Agravo interno desprovido.” (AgRg no Resp 1213061/RS, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, DJe 09/03/2011).

Dessa forma, analisando o caso concreto, vê-se que o valor arbitrado a título de multa, por dia de descumprimento da ordem judicial imposta aos réus deve ser mantido, o qual corresponde a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de descumprimento, limitada a R\$ 50.000,00.

Ainda se não bastasse, considerando o caráter inibitório-punitivo da multa fixada na decisão recorrida, evidente que o valor de R\$ 5.000,00, está dentro dos limites da razoabilidade, de modo a efetivamente pressionar os obrigados a cumprirem com a obrigação imposta.

Ante o exposto e em parte com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para indeferir o pedido de inversão do ônus da prova.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 22/05/2018 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Júlio), após o relator dar parcial provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO 22/05/2018

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

Após analisar melhor as questões debatidas nestes autos, meu posicionamento é de acompanhar o voto do Ilustre Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 22 de maio de 2018.

5ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1405254-32.2018.8.12.0000 - Costa Rica
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE RESPOSTA – DIREITO FUNDAMENTAL GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS – INDEVIDO – GRATUIDADE – EXPRESSA DETERMINAÇÃO LEGAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O direito de resposta é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal (art. 5º, V) e em convenções internacionais por meio da qual a pessoa ofendida em matéria divulgada por veículo de comunicação social poderá refutar ou corrigir a afirmação que foi feita no mesmo horário, modo e duração do agravo (ofensa) praticado.

Disciplinando tal direito, editou-se a Lei n. 13.188/2015, a qual, sem seu artigo 2º, garante a tramitação do direito de resposta de forma gratuita, sendo indevida a exigência de recolhimento das custas iniciais.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Ronivaldo Garcia Costa interpõe recurso de agravo de instrumento, irredigido com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Costa Rica, MS, que determinou o recolhimento das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição.

Afirma que ajuizou ação de direito de resposta com fundamento na Lei n. 13.188/2015, sendo tal direito constitucionalmente assegurado pela Constituição Federal. Pondera que o direito de resposta deve ser gratuita, sob pena de configurar limitação ao exercício de um direito fundamental.

Assevera que *“o direito de resposta é um direito fundamental, gratuito, em que o ofendido busca via judiciário responder a ofensas feitas por outrem, não pode ser condicionado ao recolhimento das custas processuais e demais consectários, sob pena de configurar censura a direito”*.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento recurso pra que seja reconhecido o direito de gratuidade da ação de direito de resposta ou, caso não seja este o entendimento, seja concedida a justiça gratuita ao apelante.

O recurso foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo.

Embora intimada, a agravada não apresentou contraminuta (f. 36).

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ronivaldo Garcia Costa, irresignado com a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Costa Rica, MS, que determinou o recolhimento das custas iniciais, sob pena de cancelamento da distribuição.

Conforme relatório emitido, afirma que ajuizou ação de direito de resposta com fundamento na Lei n. 13.188/2015, sendo tal direito constitucionalmente assegurado pela Constituição Federal. Pondera que o direito de resposta deve ser gratuita, sob pena de configurar limitação ao exercício de um direito fundamental.

Assevera que *“o direito de resposta é um direito fundamental, gratuito, em que o ofendido busca via judiciário responder a ofensas feitas por outrem, não pode ser condicionado ao recolhimento das custas processuais e demais consectários, sob pena de configurar censura a direito”*.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento recurso pra que seja reconhecido o direito de gratuidade da ação de direito de resposta ou, caso não seja este o entendimento, seja concedida a justiça gratuita ao apelante.

Extraí-se dos autos que o agravante requereu o direito de resposta em face da Associação Comunitária de Desenvolvimento Artístico Cultural Informativo e Social de Costa Rica/MS (Rádio Comunitária) com fundamento na Lei n. 13.188/2015.

Como se sabe, o direito de resposta é uma garantia fundamental prevista na Constituição Federal (art. 5º, V) e em convenções internacionais por meio da qual a pessoa ofendida em matéria divulgada por veículo de comunicação social poderá, de forma gratuita, refutar ou corrigir a afirmação que foi feita no mesmo horário, modo e duração do agravo (ofensa) praticado.

O direito de resposta também pode ser chamado de direito de retificação. Nas palavras da doutrina especializada¹:

“A Lei Maior assegura a todos o direito de resposta, que corresponde à faculdade de retrucar uma ofensa veiculada por um meio de comunicação. O direito de resposta, basicamente, é uma reação ao uso indevido da mídia, ostentando nítida natureza de

1 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 353-354

desagravo - tanto assim que a Constituição assegura o direito de resposta 'proporcional ao agravo' sofrido (art. 5º, V). O direito de resposta é meio de proteção da imagem e da honra do indivíduo que se soma à pretensão de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes do exercício impróprio da liberdade de expressão."

Para o ex-Ministro do STF Carlos Ayres Britto, o direito de resposta consiste na ação de replicar ou de retificar matéria publicada, sendo exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva (ADPF 130). Sobre o tema, relevante citar o Min. Celso de Mello:

"O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as consequências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de expressão, especialmente a de imprensa, pois tem por função precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de informação e de comunicação jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente aos fatos reportados pelos meios de comunicação social."

Vê-se, daí, que a proteção jurídica ao direito de resposta permite identificar, nele, uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. Mostra-se inquestionável que o direito de resposta compõe o catálogo das liberdades fundamentais, tanto que formalmente positivado na declaração constitucional de direitos e garantias individuais e coletivos, o que lhe confere uma particular e especial qualificação de índole político-jurídica.

Desse modo, longe de configurar indevido cerceamento à liberdade de expressão, o direito de resposta, considerada a multifuncionalidade de que se acha impregnado, qualifica-se como instrumento de superação do estado de tensão dialética entre direitos e liberdades em situação de conflituosidade. (RE 683.751/RS)

Ademais, em termos dogmáticos, o direito de resposta encontra-se expressamente previsto no Texto Constitucional. Confira: *"Art. 5º (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem."*

E, ainda, o artigo 220. (...) § 1º: *"Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV"*.

Feita tal digressão, em 2015, editou-se a Lei n. 13.188, que dispôs sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Dentre seus dispositivos, estabeleceu no artigo 2º dessa Lei que *"Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo"*, observando-se o artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa feita, por expressa determinação legal, não há que se exigir custas decorrente do direito de resposta, motivo pelo qual deve ser reformada a decisão recorrida.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto e dou-lhe provimento para determinar que a demanda tramite regularmente sem o recolhimento de custas ou despesas processuais, diante de expressa determinação do artigo 2º da Lei n. 13.188/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 26 de junho de 2018.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000111-59.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO PENAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO PARCIALMENTE INIDÔNEA – REDUÇÃO PROPORCIONAL – AGRAVANTE ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL – INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE LIDERANÇA DENTRO DO CONCURSO DE AGENTES – IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA – RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DE PENA – TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO – RECONHECIMENTO INCIDENTAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA – LAPSO TEMPORAL RECONHECIDO – PARCIAL PROVIMENTO E, *EX OFFICIO*, EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE RECONHECIDA.

Comprovadas a autoria e a materialidade da apropriação indébita resta impossível acolher a pretensão absolutória.

Verificando-se que parte da fundamentação empregada para a exasperação da pena-base enseja *bis in idem* com a majorante do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, deve-se proceder a redução proporcional.

A incidência da agravante do art. 62, I, do Código Penal, somente é admissível quando os elementos de convencimento demonstrarem a existência de liderança entre os agentes em concurso, não bastando apenas a relação hierárquica na relação de emprego.

O trânsito em julgado para a acusação possibilita a análise da prescrição retroativa com base na pena *in concreto*. Observado o prazo legal deve-se reconhecer a extinção da punibilidade.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para reduzir a pena do acusado e, em consequência, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal.

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 parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 21 de maio de 2018.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Antônio Carlos Canteiro Dorsa contra a sentença (f. 752/768) que o condenou a 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e

149 (cento e quarenta e nove) dias-multa, pela prática do crime do art. 168, § 1º, III (apropriação indébita), do Código Penal.

Sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pretende a redução da pena-base ao mínimo legal e a exclusão da agravante do art. 62, I, do Código Penal (f. 779/787).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 806/811).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se no mesmo sentido (f. 820/833).

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Antônio Carlos Canteiro Dorsa contra a sentença (f. 752/768) que o condenou a 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 149 (cento e quarenta e nove) dias-multa, pela prática do crime do art. 168, § 1º, III (apropriação indébita), do Código Penal.

Consta na denúncia (f. 04/07) que, aos 10 de fevereiro de 2006, por volta das 10h, no estabelecimento comercial denominado SETAL – Serviços Especializados, Técnicos e Auxiliares Ltda., localizado na Rua Rui Barbosa, nº 862, em Campo Grande, Antônio Carlos Cantero Dorsa e Kassandra Cordeiro Campos apropriaram-se de coisa alheia móvel, consistente em R\$ 11.000,00 (onze mil reais), de que tinham posse em razão de emprego e em prejuízo à empresa vítima SETAL – Serviços Especializados, Técnicos e Auxiliares Ltda..

A partir do mês de fevereiro de 2006, Camila Pasqua Lemos de Melo, gerente financeira da empresa SETAL – Serviços Especializados, Técnicos e Auxiliares Ltda., percebeu uma diferença nos lançamentos de débitos do Banco do Brasil nas contas da empresa, ou seja, os lançamentos de débitos não correspondiam com os valores de crédito da empresa, pois faltavam valores, ocasionando um prejuízo estimado em torno de R\$ 11.000,00 (onze mil reais).

A empresa SETAL – Serviços Especializados, Técnicos e Auxiliares Ltda. instaurou sindicância administrativa, resultando na demissão por justa causa de Antonio Carlos e Kassandra, pois constatou-se que, aproveitando-se das funções que exerciam (coordenador administrativo e agente de arrecadação, respectivamente), a segunda mandava valores a menor para o Banco do Brasil e o primeiro fazia vista grossa da diferença, sendo a diferença posteriormente rateada.

Ambos foram condenados, entretanto, após o trânsito em julgado para a acusação, o magistrado *a quo* reconheceu a extinção da punibilidade para Kassandra Cordeiro Campos, em razão da prescrição retroativa (f. 797/799).

Inicialmente, Antonio Carlos sustenta que deve ser absolvido, por insuficiência de provas, ao argumento de que o mesmo somente prestava apoio técnico aos operadores e sequer tinha acesso ao dinheiro do caixa.

Os elementos de convencimento, entretanto, cancelam a conclusão do juízo *a quo* de que existem provas suficientes da culpabilidade de Antonio Carlos.

A testemunha Vanderley dos Santos Vieira, representante da empresa vítima, disse ter tomado conhecimento após os fatos consumados, pois foi designado para a sindicância administrativa que apurou as

diferenças de caixa e os indícios de coautoria dos acusados. Esclareceu que a sindicância apurou diferenças também de outros funcionários, mas somente as de Kassandra, canceladas por Antonio Carlos, não tinham justificativa (f. 506/510).

A testemunha Maira Colman Ribeiro esclareceu que exercia a função de caixa na empresa e Antonio Carlos era seu supervisor. Disse que o sistema apresentava falhas rotineiramente, por estar em fase de implantação, sendo necessário o auxílio do acusado. Relatou que em caso de diferença de caixa, a empresa chamava o caixa para esclarecimento em 24 horas, sendo incumbência de Antonio Carlos chamar o respectivo caixa (arquivo de áudio – f. 637).

A testemunha Márcia Aparecida Gabilanes Soares disse que também trabalhava na empresa vítima, exercendo a função de analista de RH à época dos fatos. Relatou que Kassandra foi desligada da empresa por justa causa, em razão de diferenças de caixa; lembrando apenas que a acusada ingressou com ação judicial na esfera trabalhista e que episódios de demissão por justa causa eram raros na empresa. Asseverou que Antonio Carlos era supervisor dos caixas, mas não tinha conhecimento de como o acusado exercia suas funções, sabendo apenas que Armando era o gerente de Antonio Carlos (arquivo de áudio – f. 638).

A testemunha Claysson Vieira Morais relatou conhecer somente Antonio Carlos, que exercia uma função de supervisão ou gerência, havendo somente Armando acima dele na hierarquia da empresa (arquivo de áudio – f. 639).

A testemunha Diomedes Rosa Pires Neto disse que Antonio Carlos era supervisor dos caixas e, por ter conhecimento de informática, acabava desempenhando funções diversas atinentes à área de tecnologia. Aduziu que o senhor Armando estaria acima do acusado na hierarquia. Esclareceu que a fiscalização era efetuada por meio da fita do caixa (arquivo de áudio – f. 640).

Antônio Carlos (arquivo de áudio – f. 658) e Kassandra (arquivo de áudio – f. 660) negaram a prática delitiva, apresentando versões inconsistentes com os demais elementos de convencimento.

Ocorre que as alegações em questão tergiversam drasticamente sobre as coincidências entre as diferenças de caixa de Kassandra e os valores tratados em conversas de MSN entre os acusados.

Sobre tais pontos, a sentença efetuou profundo cotejo analítico que merece transcrição, *in verbis*:

“Com efeito, o acusado Antônio Carlos Dorsa admitiu em juízo que, na época dos fatos, exercia o cargo de coordenador administrativo na empresa SETAL e que uma das suas funções era fiscalizar a atuação dos agentes de arrecadação, que diariamente realizam o fechamento de caixa e encaminhavam todos os valores arrecadados para a tesouraria da empresa, a qual apurava se as quantias encaminhadas eram compatíveis com o que constava no sistema bancário (f. 625-627).

Segundo o denunciado, constatando alguma diferença entre os valores recebidos pelos agentes de arrecadação e os informados pelo banco, a tesouraria então entrava em contato com os coordenadores administrativos, que, por sua vez, tinham a função de apurar qual a razão de tal incongruência (f. 625-627).

O procedimento a ser adotado pelos coordenadores administrativos era primeiro entrar em contato com o funcionário que encaminhou os valores a menor ou a maior, que então admitia o equívoco ou solicitava a consulta às gravações da contagem do dinheiro na tesouraria, sendo que, se persistisse a discrepância, o funcionário era então encaminhado ao Recursos Humanos da empresa (f. 625-627).

O réu afirmou ainda em juízo que os outros coordenadores administrativos levavam moeda de troco para os agentes de arrecadação da empresa e que cada funcionário era

responsável pelos valores que recebia, os quais eram chamados de 'vale de caixa', podendo usar referida quantia a seu bel prazer, inclusive para despesas pessoais, contanto que, no momento do fechamento do caixa, o funcionário tivesse o valor correto a restituir ('troco de caixa') (f. 625-627).

O acusado inclusive afirmou em juízo que conversou com a ré Cassandra apenas em algumas ocasiões por MSN, utilizando-se de seu apelido 'Cacaio', e que toda vez que mencionou algum valor nos referidos diálogos, na verdade estava fazendo menção a este 'vale de caixa' que seria utilizado pela denunciada, de modo que não haveria nenhum teor ilícito em suas conversas (f. 625-627).

Em que pese o esforço do réu, Cassandra asseverou em juízo que atuava como agente arrecadadora na empresa SETAL e que em hipótese alguma podia retirar dinheiro do caixa para usar em benefício próprio, jamais tendo pegado qualquer 'vale' da empresa, outrossim afirmando que não havia uma periodicidade no recebimento de moedas pelos caixas, apenas em caso de necessidade de troco (f. 625-627), contradizendo integralmente a narrativa de Antonio Carlos.

Assim, até o presente momento, o que é possível se deduzir a partir das narrativas dos acusados, é que a função primordial de Antônio Carlos Dorsa era fiscalizar a atuação dos agentes de arrecadação (atuando nas hipóteses de recolhimento a menor dos valores efetivamente arrecadados).

Por outro lado, também é possível afirmar que está demonstrado que Cassandra e Antonio Carlos efetivamente atuaram em conluio de forma a desviar dinheiro da empresa empregadora.

Vejamos.

As mensagens instantâneas trocadas entre os denunciados através do aplicativo MSN foram objeto de análise pelo Instituto de Criminalística com a elaboração do Laudo Pericial nº 68.643 de f. 139-275, que concluiu que as conversações entre os usuários 'Kassandra' e 'Cacaio' (apelido utilizado por Antônio Carlos) 'sugerem algum tipo de movimentação ilícita de valores conforme pôde ser constatado anteriormente pela auditoria interna'.

Aliás, ainda que a referida perícia não tivesse sido realizada, o dolo dos acusados é tão evidente que a simples comparação entre o teor das conversas transcritas às f. 143-172 e os conteúdos das planilhas de lançamento de diferença e os relatórios de fechamento de caixas de f. 30-45 e 46-51 franqueia a direta relação entre a arrecadação a menor de valores e os acertos realizados entre Cassandra e Antônio Carlos.

Tal relação é facilmente percebida, por exemplo, a partir das mensagens trocadas entre Cassandra e Antônio Carlos no dia 16/08/2006 (f. 181), onde os denunciados combinam de 'fechar a semana' e mencionam que estão com 'os bolsos vazios', verificando-se na referida data uma diferença de R\$ 540,00 entre o valor encaminhado por Cassandra e a quantia constante no sistema bancário (f. 87).

Já na conversa travada entre os réus nos dias 03 e 04/08/2006, Cassandra informou Antonio Carlos que precisava de dinheiro porque a mensalidade de sua universidade havia aumentado e o denunciado asseverou que poderiam fazer 'BO' pelo 'mesmo valor', contudo no dia 07/08/2006 Cassandra informou o réu que mandou equivocadamente apenas com uma diferença de R\$ 40,00 e que, portanto, mandaria o restante da diferença naquela data (f. 154-158), constatando-se a ocorrência de uma diferença de R\$ 40,01 no dia 04/08/2006 (f. 44) e de R\$ 160,00 no dia 07/08/2006 (f. 43).

Do mesmo modo, na data de 24/08/2006 foi apurada uma diferença de R\$ 200,03 (f. 41 e 87), sendo que no mesmo dia o denunciado Antônio Carlos havia falado para Kassandra 'segurar 200' que ele resolveria a situação (f. 203-204), tendo o mesmo ocorrido na data de 21/09/2006, quando os acusados acertaram a divisão entre si do valor de R\$ 200,00 (f. 263), constatando-se uma diferença de R\$ 200,02 na citada data (f. 87).

Essas são apenas algumas das inúmeras conversas que os denunciados mantiveram entre si com a precípua finalidade de desviar recursos da empresa SETAL, restando comprovado que as diferenças de valores apuradas na sindicância de f. 16-119 podem ser diretamente relacionadas às conversações mantidas entre os acusados."

Deste modo, o pleito absolutório é totalmente improcedente.

Subsidiariamente, Antônio Carlos pretende a redução da pena-base ao mínimo legal, alegando inidoneidade da fundamentação e *bis in idem* com a causa de aumento do art. 168, § 1º, III, do Código Penal. Para adequada compreensão da *quaestio*, transcreve-se a análise dos elementos judiciais elaborada pela sentença, *in verbis*:

"Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que: a culpabilidade do condenado deve lhe prejudicar, porquanto o agente se apropriou de valores de uma empresa cuja atividade era exatamente a segurança bancária e industrial, aproveitando-se da confiança que lhe foi depositada para o desvio de bens, sendo o grau da reprovabilidade de sua conduta acima do comum para esse tipo de crime; os antecedentes não lhe prejudicam, já que inexistem informações nos autos acerca de eventual sentença condenatória anterior com trânsito em julgado sem o condão de gerar reincidência (f. 388); não há elementos suficientes nos autos para se definir a conduta social do condenado; da mesma forma, a personalidade do agente não foi objeto de prova nos autos; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias devem aumentar a pena-base, já que os denunciados desenvolveram um esquema complexo a fim de se apropriarem do dinheiro da vítima sem que a subtração fosse percebida, utilizando-se da própria estrutura da empresa (informática, documental e pessoal), destarte havendo peculiaridades que justificam a exasperação da pena-base; as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; o comportamento da vítima não lhe prejudica.

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 96 (noventa e seis) dias-multa." (Destques não originais)

Observa-se que o magistrado *a quo* exasperou a reprimenda inicial em 01 (um) ano e 09 (nove) meses acima do mínimo legal, em consideração à culpabilidade do agente e às circunstâncias do delito como elementos desfavoráveis.

Antes de cotejar os elementos empregados para análise de 1º grau, deve-se lembrar que a sentença aplicou a majorante do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, que prescreve que *"a pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa (...) em razão de ofício, emprego ou profissão."*

O magistrado *a quo* consignou expressamente que *"havendo provas bastantes de que os réus valeram-se de seus empregos para a prática delitiva, apropriando-se indevidamente de valores pertencentes a seu empregador."*

Ao explicar a incidência da moduladora do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, Guilherme de Souza Nucci lembra que *"a apropriação, quando cometida por pessoas que, por conta das suas atividades*

profissionais de um modo geral, terminam recebendo coisas, através de posse ou detenção, para devolução futura, é mais grave. Por isso, merece o autos pena mais severa.”¹

Não se pode olvidar que a majorante em questão representa um incremento significativo de 1/3 (um terço) na pena final do acusado.

Assim sendo, imperioso concluir que a análise acerca da culpabilidade do agente enseja *bis in idem* com a causa de aumento em questão, já que ambas versaram sobre a situação empregatícia do acusado e a confiança inerente à função de supervisor.

Por outro lado, não há irregularidade em relação à irregularidade quanto à fundamentação adotada para a avaliação desfavorável das circunstâncias do crime, pois o conjunto probatório permite concluir que Antonio Carlos possuía conhecimentos de informática acima da média de seus colegas de trabalho, conseguindo organizar os dados de forma a dificultar bastante a identificação das diferenças, tanto que foi necessária a instauração de uma sindicância para apuração do problema.

Desta forma, a pena-base deve ser reduzida para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria, Antonio Carlos pugna pela exclusão da agravante do art. 62, I, do Código Penal, alegando que não havia relação hierárquica com Kassandra na prática delitiva, mas somente cumplicidade.

Novamente este ponto comporta acolhimento.

Não se olvida que Antonio Carlos realmente era superior hierárquico de Kassandra na estrutura funcional da empresa vítima, entretanto este posto não enseja a incidência automática e indiscriminada da agravante do art. 62, I, do Código Penal.

O jurista Paulo José da Costa Júnior explica a hipótese de incidência da agravante em questão:

“O chefe do bando, que dirige a atividade dos demais, será punido mais gravemente, porque sua contribuição causal é maior e de maior relevo que a dos demais, que se submetem à vontade dominadora do capo. Não se deverá entender por promoção ou organização da cooperação no crime o simples conselho ou exortação.”²

A prova testemunhal foi incapaz de esclarecer a existência de relação de subordinação – na esfera delitiva – entre Antonio Carlos e Kassandra. Por outro lado, a leitura atenta do laudo pericial que analisou as conversas entabuladas entre os acusados pelo aplicativo do MSN não permite a conclusão de que o acusado dirigia ou organizava a atividade criminosa.

Percebe-se unicamente uma divisão de tarefas entre coautores, em que Antonio Carlos precisava da atuação de Kassandra, eis que o primeiro não tinha acesso ao dinheiro que ingressava na empresa vítima, enquanto a acusada precisava da atuação de seu supervisor para encobrir os rastros das diferenças de caixa.

Neste contexto, não se mostra admissível a aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal. A jurisprudência apresenta inúmeros precedentes neste sentido:

“FASE INTERMEDIÁRIA – PLEITO DE EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP – CABIMENTO – INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE PROVA INCONTESTE

1 Código Penal Comentado, 13 ed., São Paulo: RT, 2013, 849.

2 Curso de Direito Penal, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

*DE SER O RÉU O MENTOR OU DIRIGENTE DO FATO DELITUOSO – DECOTE DA AGRAVANTE*³

*“Da mesma forma, não há que se falar na agravante disposta art. 62, I, do Código Penal, a aumentar a pena base na segunda etapa da dosimetria na justa medida em que não se verifica a promoção ou a organização do crime nem a direção da atividade dos demais agentes. nota-se apenas a existência de concurso de agentes que colaboraram para a perpetração do crime sem que se possa constatar uma atividade de coordenação.”*⁴

*“Se não há provas suficientes de que o réu tenha promovido, organizado ou dirigido a atividade dos demais agentes na ação criminosa, afasta-se a agravante do art. 62, I, do CP.”*⁵

Destarte, não havendo agravantes, atenuantes ou causas de diminuição, a incidência da majorante do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, em razão de 1/3 (um terço), torna a pena definitiva em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Como o recrudescimento de regime da sentença ocorreu unicamente, por conta do *quantum* de reprimenda aplicado, deve-se impor neste momento o regime inicial aberto.

Atento ao trânsito em julgado para a acusação e a reprimenda agora atribuída a Antonio Carlos ser inferior a 04 (quatro) anos, deve-se reconhecer a extinção da punibilidade, por prescrição retroativa, conforme já ocorrera em relação a Kassandra (f. 797/799).

Isso porque, conforme art. 109, IV, do Código Penal, a prescrição ocorre em 08 (anos) anos. Como a denúncia foi recebida aos 29 de abril de 2009 e a sentença prolatada aos 31 de julho de 2017, incontestemente a verificação do lapso temporal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso interposto por Antônio Carlos Canteiro Dorsa, para reduzir a pena-base e excluir a agravante do art. 62, I, do Código Penal, da reprimenda, e, *ex officio*, reconhecer a extinção de sua punibilidade, por prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, com fundamento no art. 107, IV, c/c art. 109, IV, c/c art. 110, § 1º, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente 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. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 21 de maio de 2018.

3 TJSE, Ap 201600308128, Ac. 606/2018, Câ. Crim., rel.ª Des.ª Ana Lucia Freire de A. dos Anjos, j. 30/01/2018, DJ 02/02/2018.

4 TRF 3ª R., Ap 0001190-11.2010.4.03.6181, 1ª T., rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 12/12/2017, DJ 09/01/2018.

5 TJDF, Ap 2017.10.1.000499-8, Ac. 106.0856, 2ª T. Crim., rel. Des. Jair Soares, j. 16/11/2017, DJ 28/11/2017.

3ª Câmara Criminal**Agravo de Execução Penal nº 0001800-18.2017.8.12.0015 - Miranda****Relator em substituição legal Juiz Emerson Cafure**

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO – TRABALHO EXTERNO NA INICIATIVA PRIVADA – POSSIBILIDADE – PROVAS INSUFICIENTES PARA ATESTAR DE FORMA IDÔNEA A SUA REALIZAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O artigo 126 da Lei de Execução Penal não faz nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laboral, de modo que independe o fato de o trabalho ser prestado dentro do ambiente carcerário ou na iniciativa privada. Exige, apenas, que o apenado esteja cumprindo a reprimenda em regime fechado ou semiaberto. Não havendo provas suficientes para atestar de forma idônea o trabalho externo realizado pelo agravante, incabível a concessão da remição no período citado.

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, 5 de abril de 2018.

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

RELATÓRIO

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Wagner Bueno de Oliveira em face da decisão de f. 146-147, proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Miranda, que negou a concessão da remição da pena por trabalho externo.

Alega que a decisão agravada afronta decisão proferida pelo STJ, quando do julgamento do Resp 1.381.315, que dispôs ser possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros, bem como ao disposto no art. 126, da LEP.

O Ministério Público apresenta contrarrazões (f. 38-43), requerendo o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer pelo não provimento do recurso (f. 162-169). Prequestiona os arts. 28 a 37, 39, *caput* e inc. V, 41, inc. II, e 126 a 130 da Lei nº 7.210/84.

VOTO

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Wagner Bueno de Oliveira em face da decisão de f. 146-147, proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Miranda, que negou a concessão da remição da pena por trabalho externo.

Alega que a decisão agravada afronta decisão proferida pelo STJ, quando do julgamento do Resp 1.381.315, que dispôs ser possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros, bem como ao disposto no art. 126, da LEP.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 38-43, requerendo o não provimento do recurso.

Passo à análise.

O reeducando, cumprindo a reprimenda em regime semiaberto, pleiteou a remição da pena pelo trabalho externo desenvolvido na empresa denominada Marcos Aurélio BC Filho - ME, exercendo a função de auxiliar mecânico.

Nos termos do artigo 126, *caput*, da Lei de Execução Penal, o reeducando, em cumprimento de pena no regime fechado ou semiaberto, pode remir pelo trabalho parte do tempo da execução da pena, especificando que a contagem deve ser feita à razão de 01 dia de pena para 03 de trabalho, *verbis*:

“Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (...) II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (...)”

Na hipótese, o magistrado singular indeferiu o pleito de remição pelo trabalho externo em razão de o do réu estar trabalhando em empresa privada, de modo que:

“(...) autorizar a remição do trabalho de natureza privativa do reeducando estar-se-ia conferindo ao empregador os mesmos poderes da autoridade administrativa prevista no art. 129, da LEP, o que reputo inadmissível, por ser a fiscalização da pena atividade estatal indelegável” (f. 09).

A Lei 7.210/84 não faz nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laboral, de modo que independe o fato de o trabalho ser prestado dentro do ambiente carcerário ou na iniciativa privada. Exige, apenas, que o apenado esteja cumprindo a reprimenda em regime fechado ou semiaberto.

A ausência de distinção pela lei, para fins de remição, quanto à espécie ou ao local em que o trabalho é realizado, demonstra a própria função ressocializadora da pena, onde busca-se a reinserção no convívio social e evidencia a importância do trabalho para esse fim. Indeferir o benefício, com a justificativa de que o trabalho externo foi desenvolvido perante a iniciativa privada, em benefício próprio, é frustrar o objetivo primordial da aplicação da pena, que é a reintegração do apenado na vida em sociedade.

Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL – PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – EXECUÇÃO PENAL – APENADO EM REGIME SEMIABERTO – REALIZAÇÃO DE TRABALHO FORA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL – REMIÇÃO DE PARTE DA PENA – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 2. O art. 126 da Lei de Execução Penal não fez nenhuma distinção ou referência, para fins de remição de parte do tempo de execução da pena, quanto ao local em que deve ser desempenhada a atividade laborativa, de modo que se mostra indiferente o fato de o trabalho ser exercido dentro ou fora do ambiente carcerário. Na verdade, a lei exige apenas que o condenado esteja cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto. 3. Se o condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto pode remir parte da reprimenda pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, não há razões para não considerar o trabalho extramuros de quem cumpre pena em regime semiaberto, como fator de contagem do tempo para fins de remição. 4. Em homenagem, sobretudo, ao princípio da legalidade, não cabe restringir a futura concessão de remição da pena somente àqueles que prestam serviço nas dependências do estabelecimento prisional, tampouco deixar de recompensar o apenado que, cumprindo a pena no regime semiaberto, exerça atividade laborativa, ainda que extramuros. 5. A inteligência da Lei de Execução Penal direciona-se a premiar o apenado que demonstra esforço em se ressocializar e que busca, na atividade laboral, um incentivo maior à reintegração social (“a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”- art. 1º). 6. A ausência de distinção pela lei, para fins de remição, quanto à espécie ou ao local em que o trabalho é realizado, espelha a própria função ressocializadora da pena, inserindo o condenado no mercado de trabalho e no próprio meio social, minimizando suas chances de recidiva delitiva. (...)10. Recurso especial representativo da controvérsia não provido.” (STJ, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 13/05/2015, S3 - Terceira Seção)

“EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS – (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – (2) REMISSÃO – REGIME SEMI-ABERTO – TRABALHO EXTERNO – POSSIBILIDADE – ILEGALIDADE MANIFESTA – (3) WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.(...) O artigo 126 da Lei de Execuções apenas exige que o condenado esteja cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto, mas não determina o local em que o apenado deverá exercer a atividade laborativa. (...)” (STJ – Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 15/08/2013, T6 - Sexta Turma)

Outrossim, desconsiderar o período de trabalhado externo, para fins de remição, implicaria um tratamento desigual entre aqueles que também exercem atividade laboral, porém, no próprio estabelecimento prisional, distinção essa que não se mostra razoável, já que ambos os trabalhos estão pautados na disciplina e no comprometimento do preso, possuindo a mesma finalidade.

A propósito, Julio Fabbrini Mirabete ensina que:

“Não distingue a lei quanto à natureza do trabalho desenvolvido pelo condenado. Assim, a remição é obtida pelo trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, não se excluindo o artesanal, desde que autorizado pela administração do estabelecimento penal” (Execução Penal, São Paulo: Atlas, 11. ed., 2004, p. 519).

Portanto, não há nenhuma incompatibilidade entre o direito de exercer trabalho externo remunerado e o direito de remir os dias trabalhados, uma vez que ambas as possibilidades estão clara e objetivamente previstas na Lei de Execuções Penais, inexistindo restrição legal quanto à acumulação das benesses.

Entretanto, para a concessão do benefício, é preciso restar largamente demonstrado o exercício efetivo do trabalho externo, por meio de documento hábil, com especificação da jornada desenvolvida.

No caso, ao requerer a remição, o agravante justificou ter trabalhado na empresa Marcos Aurélio BC Filho – ME, na função de auxiliar de mecânico, de segunda a sexta-feira, desde 01 de setembro de 2016 até 30 de setembro de 2017, totalizando 220 horas trabalhadas.

Todavia, os documentos juntados as f. 139-140 – cópia da carteira de trabalho e folha de ponto referente ao mês de setembro de 2017 – não são suficientes para demonstrar o efetivo trabalho externo, visto que o contrato de trabalho, que serviria para comprovar a sua admissão como auxiliar de mecânico sequer veio assinado pelo empregador, bem como juntou folha de ponto individual de trabalho referente ao mês de setembro de 2017, não havendo informação se trabalhou ou qual a jornada de trabalho desenvolvida nos demais meses, além de também não ter sido assinada pelo empregador.

Além disso, não houve apresentação ao Juízo da Execução de atestado detalhado, lavrado pela direção do estabelecimento prisional, indicando a natureza das atividades laborais desenvolvidas pelo reeducando, os dias e horários efetivamente trabalhados e a jornada por ele cumprida, conforme dispõe o art. 129, da LEP:

Art. 129. A autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles.

Desse modo, não havendo a comprovação do trabalho externo realizado pelo agravante, deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu a remição no período citado.

Quanto aos prequestionamentos suscitados, inexistente violação ou negativa de vigência.

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. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 05 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0026694-08.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – ESTELIONATO EM CONTINUIDADE DELITIVA (21 VEZES) – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA PELA AUSÊNCIA DO OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEITADA – NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – IMPOSSIBILIDADE – ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS – CONCEDIDA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A teor do disposto no enunciado das Súmulas nº 243 do STJ e 723 do STF, não se aplica a suspensão condicional do processo em crime continuado, se a soma da pena mínima com o aumento de um sexto for superior a um ano, como na hipótese, pelo não preenchimento dos requisitos objetivos. Preliminar rejeitada.

A pena não pode ficar aquém do mínimo legal na fase intermediária da dosimetria, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal. Nesta senda, a pretensão encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ.

É cabível a suspensão da exigibilidade enquanto perdurar o estado de pobreza, podendo assim permanecer pelo prazo de 05 anos, nos termos do art. 98 a 102 do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

Contra o parecer – recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 19 de abril de 2018.

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por David Rosa de Souza contra a sentença de f. 271-309 que o condenou pela prática do crime previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal, em continuidade delitiva (21 vezes), à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, sendo substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos.

Segundo a denúncia:

“No período compreendido entre o mês de abril de 2014 até o dia 25 de junho de 2014, às 9 horas, na Rua Coriolano Ferraz Baís, 72, Bairro Amambai, o denunciado David Rosa de Souza, em continuidade delitiva, mediante abuso de confiança e fraude, subtraiu para si, a quantia aproximada de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (f. 98), pertencente à vítima Wilson Mitsuyosi Arakaki.” (f. 01-03).

Em razões recursais (f. 321-328), suscita preliminarmente a nulidade da sentença pelo não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. No mérito, requer a redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em face da atenuante da confissão espontânea, e a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 334-339, combatendo integralmente as argumentações defensivas pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 356-361, no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por David Rosa de Souza contra a sentença de f. 271-309 que o condenou pela prática do crime previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal, em continuidade delitiva (21 vezes), à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, sendo substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos.

Segundo a denúncia:

“No período compreendido entre o mês de abril de 2014 até o dia 25 de junho de 2014, às 9 horas, na Rua Coriolano Ferraz Baís, 72, Bairro Amambai, o denunciado David Rosa de Souza, em continuidade delitiva, mediante abuso de confiança e fraude, subtraiu para si, a quantia aproximada de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (f. 98), pertencente à vítima Wilson Mitsuyosi Arakaki.” (f. 01-03).

Em razões recursais (f. 321-328), suscita preliminarmente a nulidade da sentença pelo não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo. No mérito, requer a redução da pena intermediária aquém do mínimo legal, em face da atenuante da confissão espontânea, e a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Passo à análise do recurso.

Preliminar

A defesa requer a anulação da sentença, argumentando que, operada a desclassificação do delito de furto para o crime de estelionato, deveria ter sido oferecida ao apelante a proposta de suspensão condicional

do processo, nos termos do art. 383, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, e do enunciado da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, sem razão.

Dispõe o art. 89, da Lei nº 9.099/95:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

Não se olvida que o tipo penal do crime de estelionato, que comina pena de 01 a 05 anos de reclusão, se enquadra no permissivo legal da suspensão condicional do processo.

Todavia, ressalta-se que, na hipótese, o crime foi praticado de forma continuada em 21 ocasiões distintas, durante o meses de abril e junho do ano de 2014. Nos casos de crime continuado impõe-se a majoração do apenamento nos percentuais de 1/6 a 2/3. Assim, a pena mínima aplicada com o aumento de 1/6 disposto no art. 71 do CP, ultrapassa 01 ano, o que impossibilita ao Ministério Público o oferecimento do *sursis* processual, ante o não preenchimento dos requisitos objetivos.

O assunto, inclusive, encontra-se sumulado pelas Instâncias Superiores, *in verbis*:

Súmula 243 STJ : O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

Súmula 723 STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

No mesmo sentido, colaciono julgados dos tribunais pátrios:

“(...) Conforme a dicção da Súmula 243/STJ, “o benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante ultrapassar o limite de 1 (um) ano”. Deve ser reconhecida a impossibilidade de concessão da benesse ora vindicada, porquanto ao réu foi imputada a prática dos delitos de prevaricação e de organização criminosa, cujas penas mínimas somadas superam o patamar máximo previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995.” (STJ - RHC: 88548 MA 2017/0215224-0, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 10/10/2017, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 18/10/2017)

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – FURTO SIMPLES – SURSIS PROCESSUAL – CONTINUIDADE DELITIVA – INVIABILIDADE – SÚMULA 243/STJ – NULIDADE ABSOLUTA – INEXISTÊNCIA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – DEVOLUÇÃO ESPONTÂNEA – PARTE DOS BENS – FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO – ART. 16, CP – MÍNIMO – APLICAÇÃO. 1. Ante os termos da Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça, constatada a continuidade delitiva, resulta inviável a proposta de suspensão condicional do processo (sursis processual). 2. A insatisfação quanto às razões para a negativa de proposta de suspensão processual ou a ausência dela, por se tratar de nulidade relativa, está sujeita à preclusão consumativa, tendo como marco final qualquer

momento anterior à prolação da sentença, 3. Se parte dos bens furtados foi devolvida mediante atuação policial, e a parte restante, por ato voluntário do réu, comparece acertada a decisão recorrida que fixou no mínimo legal (1/3) a fração de redução da pena na terceira fase de dosimetria. 4. Apelação conhecida e desprovida.” (TJ-DF 20140111135267 0026968-10.2014.8.07.0001, Relator: Waldir Leôncio Lopes Júnior, Data de Julgamento: 03/11/2016, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 09/11/2016 . Pág.: 139/149)

“APELAÇÕES CRIMINAIS – ESTELIONATO CONSUMADO E TENTADO – CONDUTAS, EM TESE, TIPIFICADAS NO ART. 171, CAPUT, (POR DUAS VEZES) E ART. 171, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB – RECURSO DO RÉU DELNEY SANTOS GONÇALVES – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REJEIÇÃO – MÉRITO: I) FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL; II) RESTITUIÇÃO DO DINHEIRO APREENDIDO – PRELIMINAR REJEITADA – NO MÉRITO, RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não há que se falar em aplicação da suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/1995, pois conforme Súmula n.º 723 do Supremo Tribunal Federal, “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”, como ocorreu no caso sob comento.” (TJ-MG - APR: 10024062028816001 MG, Relator: Walter Luiz, Data de Julgamento: 04/06/2013, Câmaras Criminais/1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/06/2013)” – destaquei.

Logo, não há que se falar em nulidade processual, pois o apelante não fazia jus ao benefício do *sursis* processual. Preliminar rejeitada.

Redução da pena aquém do mínimo legal

Comungo do entendimento de que a pena não pode ficar aquém do mínimo legal na fase intermediária da dosimetria, pois afronta o dever de observância aos parâmetros mínimo e máximo fixados na norma tipificadora, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF, que serve não só ao réu, mas à segurança jurídica. Portanto, é dentro dessa concepção mais ampla que os princípios constitucionais devem ser analisados e conjugados, não havendo como negar a prevalência do princípio da legalidade ou da reserva legal, que, aliás, vige de forma soberana no âmbito de Direito Penal.

Nesta senda a pretensão encontra óbice intransponível também na jurisprudência em face do Enunciado da Súmula 231 do STJ, *verbis*:

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

É certo que o princípio da individualização da pena, previsto art. 5º, XLVI da Constituição Federal, é uma das mais importantes garantias asseguradas ao réu, de ter uma pena justa e proporcional ao ilícito cometido, mas há também que obedecer ao princípio da reserva legal como fonte de segurança jurídica.

Sobre o assunto, valiosa a lição de Guilherme de Souza Nucci¹, o qual ensina que:

“As atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir a orientação do legislador”.

¹ Código Penal Comentado, 5ª ed., Editora RT, p. 354.

Deste modo, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, esta não aproveitará ao réu no cálculo da pena porque na segunda fase de dosimetria há o limite do mínimo *in abstracto* estipulado na norma penal tipificadora do delito.

Custas processuais

O instituto da gratuidade à justiça foi projetado para aqueles que não possuem condições financeiras de ter acesso ao Poder Judiciário.

Dispõe o art. 98 do Código de Processo Civil:

“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.”

Para fazer jus ao benefício da justiça gratuita, a parte deve firmar uma declaração no sentido de que não possui recursos suficientes para pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família.

Além disso, deve juntar aos autos comprovantes de rendimentos atuais (holerites, demonstrativos de rendimentos, declaração de imposto de renda, entre outros documentos) e despesas mensais que justifiquem o deferimento do pedido.

Em que pese o apelante ter sido patrocinado por advogado particular durante toda ação penal e ter havido discordância ministerial quanto à concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, nos documentos acostados as f. 244-248 fez prova de sua hipossuficiência, especialmente porque desempenha a função de moto-entregador para várias empresas, auferindo uma renda mensal média de aproximadamente um salário mínimo e meio.

Assim, concedo a suspensão da exigibilidade das custas, enquanto perdurar o estado de pobreza, podendo assim permanecer pelo prazo de 05 anos, nos termos do art. 98 a 102 do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

Contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para conceder a suspensão da exigibilidade das custas processuais.

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. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 19 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0009084-03.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator em substituição legal Juiz Emerson Cafure

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DUAS APELANTES – INSERÇÃO DE DADOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES (ART. 313-A DO CP) – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR SUSCITADA PELA PGJ – ACOLHIDA – MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL – MÉRITO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – INCABÍVEL – MATERIALIDADE E AUTORIA CABALMENTE COMPROVADAS – PROVAS SUFICIENTES PARA O ÉDITO CONDENATÓRIO – REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – INCABÍVEL – AFASTAMENTO DE UMA MODULADORA MAL SOPESADA EM RELAÇÃO A UMA DAS APELANTES – PENA E REGIME PRISIONAL READEQUADOS – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIÁVEL – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO NÃO PROVIDO.

Preliminar. Acolhida a prefacial suscitada pela PGJ e não conhecido o pedido de concessão de prisão domiciliar formulado por uma das apelantes, por se tratar de medida a ser analisada e viabilizada pelo juízo da execução penal, nos termos do art. 66, III, “f”, da Lei n. 7.210/84.

Mérito. Pedidos de absolvição por insuficiência probatória ou atipicidade da conduta. Impossibilidade. Mantém-se a condenação pelo delito de inserção de dados em sistema de informações, uma vez que o édito condenatório se fundamentou em provas robustas e consistentes produzidas durante a fase processual, as quais confirmaram aquelas produzidas na fase inquisitiva (confissão extrajudicial, depoimentos das testemunhas e prova documental).

Pena-base. Afastada a moduladora circunstâncias do crime, uma vez que o fato de a ré ser Chefe de Divisão de Condutores do Detran era o que lhe autorizava a inserção de dados no Sistema do órgão, elemento que constitui o tipo penal. Mantida a exasperação das consequências do delito com fundamentação idônea exposta pelo sentenciante. Pena redimensionada e regime prisional inicial alterado para o semiaberto em relação a uma das apelantes.

Substituição por restritiva de direitos que não se mostra recomendável diante das circunstâncias do caso concreto (inserção de dados falsos no Sistema do Detran, permitindo que pessoa não habilitada nos parâmetros legais trafegasse nas vias públicas), de modo que a medida não se revela adequada e suficiente para prevenção e reprovação do delito, nos termos do disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal.

Em parte com o parecer:

Conheço parcialmente do recurso da ré Gisele Cabral de Souza e, na parte conhecida, dou parcial provimento para reduzir a pena-base e alterar o regime inicial, restando a reprimenda definitiva em 03 anos e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa, no regime semiaberto;

Nego provimento ao recurso da ré Maria Cristina Moreira dos Santos.

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, conhecer parcialmente o recurso de Gisele Cabral de Souza e na parte conhecida dar parcial provimento e negar provimento ao recurso de Maria Cristina Moreira dos Santos.

Campo Grande, 3 de maio de 2018.

Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelações criminais interpostas por Gisele Cabral de Souza, condenada à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão e 20 dias-multa, no regime fechado, pela prática do crime descrito no artigo 313, “A” do Código Penal e por Maria Cristina Moreira dos Santos, condenada à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa, no regime semiaberto, pelo crime descrito no art. 313 “A”, c/c art. 29, do Código Penal.

Segundo a denúncia:

Consta do incluso I.P. nº 5062/2008, que no dia 1º de dezembro de 2005, em horário que não se pode precisar, na Sede do Detran /MS, situado na Rod. MS 080, KM 10, nesta Capital, a denunciada Maria Cristina Moreira dos Santos, em conluio e unidade de desígnios, com a denunciada Gisele Cabral de Souza, funcionária autorizada, a primeira facilitou a inserção, e a segunda inseriu dados falsos, simulando um número de PGU – Prontuário Único Geral no Sistema Informatizado daquele órgão, para que o denunciado Aureli Lopes Moraes, obtivesse vantagem indevida, conseguindo uma CNH falsa, por R\$ 900,00 (novecentos reais), sem passar pelo processo regular de emissão, com a realização de exames teóricos e práticos.” (f. 03-06).

A apelante Gisele Cabral de Souza, em razões recursais as f. 469-482, pugna pela absolvição, sob a alegação de insuficiência de provas da prática delitiva. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal; a substituição por pena restritiva de direitos e a concessão da prisão domiciliar. Apresenta prequestionamento.

A recorrente Maria Cristina Moreira dos Santos, nas razões de apelo de f. 520-529, pleiteia a absolvição, sob a alegação de atipicidade da conduta. Alternativamente, pede a redução da pena-base ao mínimo legal e a substituição por restritiva de direitos.

Em contrarrazões, o Órgão Ministerial pede o não provimento dos apelos defensivos da ré Gisele e parcial provimento ao recurso de Maria Cristina (f. 495-503/533-541).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento parcial do apelo da ré Gisele Cabral e, na parte conhecida, pelo desprovimento, bem como pelo parcial do recurso de Maria Cristina a fim de que a pena-base seja reduzida (f. 545-551).

VOTO

O Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal)

Trata-se de apelações criminais interpostas por Gisele Cabral de Souza, condenada à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão e 20 dias-multa, no regime fechado, pela prática do crime descrito no artigo 313 “A”, do Código Penal e por Maria Cristina Moreira dos Santos, condenada à pena de 03 anos e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa, no regime semiaberto, pelo crime descrito no art. 313 “A”, c/c art. 29, do Código Penal.

Segundo a denúncia:

“Consta do incluso I.P. nº 5062/2008, que no dia 1º de dezembro de 2005, em horário que não se pode precisar, na Sede do Detran /MS, situado na Rod. MS 080, KM 10, nesta Capital, a denunciada Maria Cristina Moreira dos Santos, em conluio e unidade de desígnios, com a denunciada Gisele Cabral de Souza, funcionária autorizada, a primeira facilitou a inserção, e a segunda inseriu dados falsos, simulando um número de PGU – Prontuário Único Geral no Sistema Informatizado daquele órgão, para que o denunciado Aureli Lopes Moraes, obtivesse vantagem indevida, conseguindo uma CNH falsa, por R\$ 900,00 (novecentos reais), sem passar pelo processo regular de emissão, com a realização de exames teóricos e práticos.” (f. 03-06).

A apelante Gisele Cabral de Souza, em razões recursais as f. 469-482, pugna pela absolvição, sob a alegação de insuficiência de provas da prática delitiva. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal; a substituição por pena restritiva de direitos e a concessão da prisão domiciliar. Apresenta prequestionamento.

A recorrente Maria Cristina Moreira dos Santos, nas razões de apelo de f. 520-529, pleiteia a absolvição, sob a alegação de atipicidade da conduta. Alternativamente, pede a redução da pena-base ao mínimo legal e a substituição por restritiva de direitos.

Em contrarrazões, o Órgão Ministerial pede o não provimento dos apelos defensivos da ré Gisele e parcial provimento ao recurso de Maria Cristina (f. 495-503/533-541).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento parcial do apelo da ré Gisele Cabral e, na parte conhecida, pelo desprovimento, bem como pelo parcial do recurso de Maria Cristina a fim de que a pena-base seja reduzida (f. 545-551).

Passo à análise dos recursos.

Preliminar de não conhecimento parcial suscitada pela PGJ

Consoante se infere do disposto no Código Penal, as espécies de pena são: as privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa¹ e será fixada de acordo com a quantidade de pena aplicada, atentando-se, ainda, para os requisitos do art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

Por outro lado, a prisão domiciliar é medida que deve ser analisada e viabilizada pelo juízo da execução penal, nos termos do art. 66, III, “f”, da Lei n. 7.210/84.

¹ Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

Sobre o tema já decidiram este Sodalício e os tribunais pátrios do Paraná e do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CRIMINAL – DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA – REDUÇÃO DA PENA-BASE-POSSIBILIDADE-SANÇÃO FIXADA DE FORMA DESPROPORCIONAL – ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL – TESE ACOLHIDA – FIXADO O REGIME ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PRETENSÃO ACATADA – PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA – CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME DOMICILIAR – INVIABILIDADE – DELIBERAÇÃO QUE DEVE FICAR A CARGO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(...). 4. A deliberação sobre a fixação do regime domiciliar para cumprimento da pena deve ficar a cargo do juízo das execuções penais, a teor do que dispõe o art. 66, III, “f”, da LEP (lei n. 7.210/84 (...))” (TJMS; APL 0001893-35.2013.8.12.0010; Fátima do Sul; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 13/03/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA – REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – NECESSIDADE – ATENUANTE INOMINADA DO ARTIGO 66 DO CÓDIGO PENAL – INVIÁVEL – PRISÃO DOMICILIAR E TRANSFERÊNCIA PARA OUTRO PRESÍDIO – NÃO CONHECIMENTO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. (...)” (TJPR; ApCr 1179146-1; Cornélio Procópio; Quinta Câmara Criminal; Relª Desª Maria José de Toledo Marcondes Teixeira; DJPR 02/07/2014)

Assim, acolho a prefacial suscitada pela PGJ e não conheço do pedido de concessão de prisão domiciliar formulado pela ré Gisele Cabral de Souza.

Pedido de Absolvição

A recorrente Gisele pleiteia a absolvição por insuficiência de provas, aduzindo que não restou comprovado que ela inseriu dados falsos no sistema do Detran beneficiando Aureli Lopes Moraes.

A apelante Maria Cristina requer a absolvição por atipicidade da conduta, alegando ausência de dolo na conduta.

A materialidade está comprovada pelo relatório técnico de f. 32 e documento de f. 35, bem como pelo boletim de ocorrência de f. 62-63 e auto de reconhecimento fotográfico de f. 80.

A autoria igualmente restou suficientemente demonstrada pelo conjunto probatório dos autos.

Segundo a exordial acusatória, Maria Cristina, em conluio e unidade de desígnios com a corré, era a responsável por captar clientes para obterem carteira de habilitação sem se submeterem aos trâmites legais, sendo que a responsável pela inserção dos dados falsos no Sistema do Detran era Gisele Cabral de Souza. Consta que a primeira facilitou e a segunda inseriu os dados falsos no sistema referente a Aureli Lopes Moraes, que conseguiu carteira de habilitação falsa, mediante o pagamento de valor repassado às acusadas, sem passar pelo processo regular de emissão.

Na fase extraprocessual a ré Gisele Cabral de Souza ao ser interrogada permaneceu silente (f. 82-83).

No interrogatório judicial a apelante Gisele negou os fatos, asseverando que sequer conhece a corré Maria Cristina e afirmou que tinha acesso a todo o banco de dados do Detran (f. 327-330):

“(…)

“Juiz: A senhora se recorda a respeito do equipamento que a senhora utilizava lá no Detran, da máquina que a senhora usava, do seu login lá para acessar o sistema?”

Ré: Lembro, a minha matrícula era 372065 né, conforme consta no relatório.

Juiz: Consta aqui no relatório técnico, de folha 32, o número da sua matrícula e quando foi alterado esse... Foi cadastrado esse PGU. A senhora pode olhar, por favor, a senhora diz se fez isso ou não.

Ré: Se existisse o prontuário eu falaria para o senhor que fui eu que fiz porque eu tinha essa transação para fazer, agora, eu não conheço o Aureli e não conheço nem a Cristina.

Juiz: Esse procedimento, por se tratar de... A senhora pode informar se é do interior ou se não é do interior, por esses documentos? É possível?

Ré: É, se tivesse o Renach né, sim, que é esse documento que não consta nos autos.

Juiz: Que não consta nos autos, certo.

Ré: Que daí seria o processo que foi para a gráfica para ser expedido. Porque o bloco de atendimento em Campo Grande era o bloco 2, que tinha uma chefia, uma outra chefia, a minha parte era de interior, o meu atendimento era só por telefone.

Juiz: A senhora não fazia atendimento pessoal?

Ré: Não fazia atendimento ao público.

Juiz: A senhora está respondendo a vários outros processos...

Ré: Vários outros.

Juiz: ...Aqui dentro né, em Campo Grande sobre isso né?

Ré: E tem (ininteligível) em habilitação...

Juiz: Nenhum desses à senhora é culpada?

Ré: Não. Porque eu não fiz. Trabalhei muito tempo no Detran, não tinha por que fazer isso. Eu não tenho nada, se eu tivesse feito isso daí eu teria alguma coisa, eu não tenho nada, tenho um carro zero, tem minha mãe que eu cuido, que é cadeirante, não tenho nada.

Juiz: E o quê que a senhora imputa essa, vamos dizer assim, a senhora diz que a senhora foi indicada aí, como autora desses fatos, por quê?

Ré: Pela utilização da senha.

Juiz: Então, mas por quê? Por que alguém fez isso com a senhora? Tem algum motivo especial?

Ré: Não tem (ininteligível).

(…)

MP: A senhora informando ao Juiz que, quando trabalhava no setor de CNH, era responsável pelos procedimentos do interior do estado. Eu lhe pergunto, o seu login e a sua senha que a senhora usava para acessar o banco de dados do Detran lhe permitia, caso à senhora necessitasse por algum motivo qualquer, alterar os dados dos prontuários da capital?

Ré: Sim. Qualquer acesso faz qualquer coisa, tanto da capital quanto do interior. Isso daí ele não interferia.

(...)”.

Já a ré Maria Cristina perante a autoridade policial confirmou que, em conluio com a corré Gisele, procurava pessoas interessadas em alterações de categoria da CNH ou renovação, as quais repassava para Gisele e recebia uma porcentagem pelo referido serviço (f. 89-90):

“(...) sendo que nessa ocasião Gisele lhe disse que se conhecessem pessoas que quisesse realizar alterações de categoria de CNH ou renovação que a procurasse, tendo lhe dito ainda que era um serviço de “despachante não legalizado” e que receberia uma porcentagem por cada CNH emitida, sendo que o valor variava entre R\$ 50,00 (cinquenta reais) a R\$ 100,00 (cem reais) (...). Que quanto à pessoa de Aureli Lopes Moraes, relata que não se recorda do mesmo por nome, mas recorda dele devido ao fato de tê-lo encontrado em seu local de trabalho, em uma empresa de cimento na saída para São Paulo, sendo que o processo para emissão da CNH foi realizado da seguinte forma, primeiramente o senhor Aureli lhe entregou seus documentos pessoas e comprovante de endereço que foram entregues a Gisele, que realizou os procedimentos de praxe junto ao Detran (...); Que a interroganda relata de Gisele cobrava entre 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) (...)”. (f. 89-90).

Em juízo a recorrente alterou a versão, negando que conhecesse a corré Gisele e relatando que uma pessoa que conheceu em um bar chamada Niziel quem lhe ofereceu a proposta de captar pessoas para procedimentos de CNH, bem como que achava que a única coisa errada era não ir a autoescola (f. 359 – arquivo de áudio disponível no SAJ – 1º Grau).

Sobre a mudança de versão da apelante em juízo, Nucci ensina que: *“(...) admitida a possibilidade de o réu retratar-se, não quer isso dizer seja o magistrado obrigado a crer na sua nova versão. O livre convencimento do juiz deve ser preservado e fundado no exame global das provas colhidas durante a instrução².”*

Destarte, apesar da alteração da versão da ré Maria Cristina em juízo, sua confissão extrajudicial está em consonância com as demais provas produzidas no curso da instrução processual e confirmam que ela e a corré Gisele foram as responsáveis pela inserção de dados falsos no Sistema do Detran. Vejamos.

Consta no relatório técnico do Detran que, por meio da matrícula da funcionária Gisele Cabral de Souza, foi cadastrado o Prontuário Geral Único de Aureli Lopes Moraes, que não se submeteu aos procedimentos legais para a obtenção da CNH:

“(...) 01. Em 01/12/2005 às 13:22 horas através da matrícula AE372065, da funcionária Gisele Cabral de Souza, foi realizado o cadastramento do PGU número 13291869-2 com os seguintes dados:

a. Nome: Aureli Lopes Moraes

² Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal. 9. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

b. Mãe: Margarida Lopes Moraes

c. Data primeira habilitação: 05/03/1991

d. Data nascimento: 04/01/1970

e. Data de validade CNH: 04/01/2007

f. Categoria: AD.” (f. 32).

Infere-se do relatório de f. 50-55 do Corregedor de Trânsito que por meio da matrícula AE372065 de propriedade da funcionária comissionada Gisele Cabral de Souza foram inseridos os dados de Aureli Lopes Moraes como se tivesse sido habilitado em 05.03.1991, simulando um número de Prontuário Geral Único, sem que Aureli tivesse realizado os procedimentos legais. Consta, ainda, que a ré Gisele era Chefe de Divisão de Condutores do Detran e tinha acesso ao cadastramento no sistema dos processos anteriores à implantação do sistema SIHAB.

Aureli Lopes Moraes ao ser ouvido perante a autoridade policial (f. 74-75), bem como em juízo (f. 229-230) asseverou que a ré Maria Cristina o procurou e ofereceu a CNH sem a necessidade de realizar as aulas, apenas mediante o pagamento de um certo valor e entrega dos documentos pessoais, bem como lhe disse que não teria problemas, pois seria assinada pela presidente do Detran Gisele:

“(...) sendo que tinha vontade de ter carteira de motorista, mas devido seu horário de serviço não tinha tempo para fazer as aulas em uma auto escola; Que no ano de 2005 ficou sabendo através de um colega, que devido ao grande período decorrido, não se recorda quem foi lhe disse que uma moça conhecida por Cristina que se intitulava secretária da presidência do Detran, poderia arrumar para que tirasse a CNH sem a necessidade de fazer aulas, tendo este amigo dado a Cristina o endereço de seu serviço; Que pelo que se recorda Cristina o procurou em seu serviço no final do ano de 2005, tendo lhe dito que a CNH era ‘quente’ e que o interrogando poderia ficar tranquilo que não tinha nenhum problema, uma vez que era assinada peça presidente do Detran Gisele (...)” (depoimento extraprocessual).

“(...)”

Juiz: Senhor Aureli, o senhor, consta aqui na denúncia, que teria obtido uma CNH, uma Carteira Nacional de Habilitação em Dezembro de 2005, uma CNH falsa tá. Como que o senhor obteve esse documento?

Réu: Foi uma mulher lá na firma onde eu trabalho e me ofereceu né? Ai eu vi a facilidade...

Juiz: O quê que essa mulher falou?

Réu: Perguntou se eu tinha carteira CNH, eu falei que eu não. Ela falou se eu queria, que é direto do Detran e era boa, que era quente, que eu não precisava fazer nada. Eu fui e comprei.

Juiz: Quanto o senhor pagou por ela?

Réu: 800.

“(...)”

Juiz: Qual que era o meio que ela conseguia lá, a habilitação?

Réu: Não. Eu tinha que ir lá no Detran, que no caso eu fui, fui lá no Detran tirei foto, a única coisa que eu fiz.

Juiz: E por quem que o senhor foi atendido lá no Detran?

Réu: Rapaz, agora eu não lembro.

Juiz: Senhor não lembra?

Réu: Lembro que foi um rapaz, mas o nome dele eu não sei, um rapaz. Eu só fui lá, ele pediu pra mim tirar foto, eu paguei R\$ 50,00 na época, pra tirar a foto, né? Aí tirei a foto só e...

Juiz: E depois?

Réu: Aí eu fui embora. Tirei a carta 'tudincho', a foto e fui embora. E essa mulher levou pra mim a carta lá na firma.

Juiz: Na sua firma?

Réu: Isso.

Juiz: O senhor lembra de ter sido falado que tinha uma pessoa que trabalhava no Detran, e que seria secretária de uma funcionária da presidência, e que através dela é que se obteria esse documento?

Réu: Vi.

(...)

Juiz: Esse depoimento que foi lido pelo senhor, que foi lido por mim, o senhor confirma esse depoimento, que é o de folha 24?

Réu: Confirmo.

Juiz: Confirma?

Réu: Confirmo.

Juiz: Então, esse Eliseu, que é seu amigo, lhe deu o telefone da Cristina?

Réu: É.

Juiz: E o senhor conversou com a Cristina, e aí?

Réu: Aí foi quando ela levou pra mim lá.

Juiz: Ela foi lá no seu serviço?

Réu: Uhum.

Juiz: E aí o quê que vocês combinaram lá, o que foi combinado? O quê que ela...

Réu: De ir lá no Detran lá tirar foto. Só tirar a foto lá, e já pegar a carteira.

Juiz: E quanto o senhor pagaria? Quanto o senhor pagou?

Réu: Eu paguei lá no Detran R\$ 50,00 e mais R\$ 800,00.

Juiz: R\$ 800,00. E aqui consta nesse depoimento que o senhor recebeu a habilitação no mesmo dia.

Réu: No mesmo dia, à tarde.

Juiz: No mesmo dia. E quem lhe entregou foi a Cristina?

Réu: Cristina.

(...)

Juiz: É aí... Consta aqui no depoimento que o Eliseu teria dito para o senhor que a Cristina trabalhava no Detran, e era a secretária da Gisele, que era funcionária da presidente do Detran. O senhor confirma isso?

Réu: Confirmo.

Juiz: Dada a palavra ao Ministério Público.

MP: Pra quem que o senhor pagou os R\$ 50,00 da fotografia?

Juiz: Foi lá no despachante mesmo pra tirar. Lá na autoescola, no Detran mesmo, lá dentro.

MP: E pra quem que o senhor pagou os R\$ 800,00?

Réu: Para a Cristina.

MP: Na mão dela?

Réu: É.

MP: Em dinheiro?

Réu: Em dinheiro.

(...)

MP: Por acaso seria a mulher, pra quem o senhor entregou o dinheiro?

Réu: Acho que, parece que é ela mesmo.

MP: É?

Réu: Hum.

MP: Não mostrei o nome, Doutor.

Juiz: Que folha que é, Doutor? 72.

MP: Pode passar?

Juiz: Sim. Essa pessoa é a pessoa que...

?: Muitas perguntas ele só está balançando a cabeça, positivo ou negativo, tem que responder com palavras.

Réu: Tá.

Juiz: Certo. Essa fotografia que foi mostrada pelo Promotor que consta a folha 72, é essa pessoa aqui que o senhor entregou o dinheiro? O senhor confirma?

Réu: É. É. Confirmo.

Juiz: Tem certeza ou tem dúvida?

Réu: Não, tenho certeza. (...)” (depoimento judicial).

Durante a fase investigativa Aureli Lopes Morais confirmou por meio do reconhecimento fotográfico que a ré Maria Cristina foi a responsável por lhe vender e entregar a CNH falsa (f. 80), tendo ratificado tal reconhecimento em juízo (f. 229-230).

A testemunha Eric Gustavo Tofano afirmou sob o crivo do contraditório e ampla defesa que a inserção dos dados falsos no Sistema do Detran foi feita mediante a utilização da senha intransferível de Gisele Cabral de Souza, a qual possuía cargo de chefia:

“(...)”

Juiz: Certo. O senhor pode nos explicar como que funciona essa inserção? Se é um sistema informatizado, se é necessário senha, se existe controle desses acessos, se foram verificados esses acessos sobre quem teria inserido esses dados? O senhor pode informar pra gente, por favor?

Depoente: Sim, a informação prestada pra nós, tanto pela Dircon, que é Divisão de Registros de Condutores, quanto pela ASTIN, Assessoria de Tecnologia de Informação, é que esses dados inseridos nos sistemas somente seriam possíveis com a senha de individual né, e intransferível de servidores com o cargo que possibilitam essa decisão né. Seriam os chefes ou alguém que responda por isso. Não são todos os servidores que podem fazer o lançamento que foram feitos.

Juiz: Tá, os acusados, as acusadas especificamente. Elas tinham acesso a esse sistema?

Depoente: Gisele Cabral de Souza, sim. Porque vários relatórios técnicos eu vejo a senha dela, né, e o registro de dados realizados com a senha dela.

(...)”

MP: Nesse caso, especificamente, então o senhor pode ao menos dizer que a inserção dos dados falsos foi feito por alguém utilizando a senha da Gisele?

Depoente: Sim, posso. Senha intransferível dela, que ela assinou um termo de não transferir essa senha. Desde constante no relatório técnico, Excelência. (...)”. (f. 226).

Na mesma trilha, a testemunha Sidnei Alberto asseverou que a funcionária do Detran, à época, Gisele e Maria Cristina seria responsável por emissão de CNH falsa, mediante inserção de dados falsos no sistema do Detran:

“(.) Juiz: Certo. Consta aqui na denúncia que em Dezembro de 2005, a denunciada Maria Cristina em conluio com a Gisele Cabral de Souza teriam inserido dados falsos lá no cadastro do Detran, simulando um número de Prontuário Geral Único para que Senhor Aureli obtivesse uma vantagem indevida que seria uma CNH falsa, mediante pagamento de certa importância em dinheiro. O senhor se recorda de ter participado da investigação desse fato?

Depoente: Excelência, isso chegou ao meu conhecimento através da Diretora de Habilitação e da Diretora de Informática do Detran, na época e eu designei a Delegada que era minha assistente, a Doutora Vanda pra instaurar e presidir os fatos. Dali em diante eu deixei que ela fizesse isso, que o volume de serviço lá era muito grande, então não me recorde as particularidades do caso.

Juiz: Certo. O senhor tem conhecimento de que tenham ocorrido vários casos relacionados a este tipo de situação lá?

Depoente: Sim, sim. Que isso chegou ao meu conhecimento que eram vários casos, não era só um não.

Juiz: E quem eram as pessoas envolvidas nisso?

Depoente: É pelo que chegou a nós, era a ré Gisele tá, e houve a participação nesse caso da outra ré Cristina.(...)”. (f. 227).

Segundo o artigo 155, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial. Isto significa dizer que os elementos de prova produzidos no inquérito policial possuem validade relativa e, desde que aliados aos elementos produzidos durante a fase processual, são válidos para embasar o édito condenatório.

Extraí-se do acervo probatório (confissão extrajudicial da ré Maria Cristina, depoimentos judiciais das testemunhas e documentos de f. 32-37/50-55) que as apelantes, em conluio, promoviam a inserção de dados falsos no Sistema do Detran com o intuito de obterem vantagem ilícita. A ré Maria Cristina era a responsável por captar pessoas interessadas em obter CNH sem passar pelos procedimentos legais, enquanto a acusada Gisele, à época Chefe de Divisão de Condutores do Detran, inseria os dados falsos no referido Sistema.

Restou comprovado que a inserção fraudulenta no sistema referente a Aureli Lopes Moraes está vinculada à matrícula da ré Gisele Cabral de Sousa.

Insta ressaltar, nesse ponto, que consoante depoimentos das testemunhas e da própria ré Gisele por meio do seu login e senha pessoal os dados falsos foram inseridos no sistema. Ademais, a senha é intransferível e cada servidor é inteiramente responsável pelas atividades praticadas no uso de sua senha pessoal, de modo que a alegação da ré Gisele que outra pessoa teria utilizado sua senha para realizar tais operações fraudulentas não merece prosperar, uma vez que a defesa não comprovou tais alegações, consoante dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal.

Em relação à apelante Maria Cristina a alegação de ausência de dolo por atipicidade da conduta, por acreditar que se tratava de serviço de despachante não legalizado, igualmente não merece prosperar.

Conforme bem asseverado pelo sentenciante:

“(...) não é crível que a acusada admita que alguém, no caso Aureli Lopes Moraes, não se submetendo a qualquer tipo de exame, - apenas à coleta de imagem-, e, ainda, lhe entregando quantia que era adiante repassada à funcionário do Detran intimamente, obtenha a renovação de sua CNH, em descompasso com aquele que se submete ao procedimento dentro da legalidade, e, ainda, se convença que não se trata de ato ilegal.”

Além disso, a própria ré Maria Cristina afirmou em juízo que acreditava que “a única coisa que era errada era não ir a auto escola”, de modo que é certo que tinha plena ciência que participava de um

esquema ilegal de venda de carteira de habilitação, ou seja, sem a observância do procedimento legal, restando plenamente demonstrado pelas provas e circunstâncias fáticas o dolo em sua conduta.

Diante do vasto conjunto probatório que comprova a autoria e materialidade delitiva das rés, deve ser mantido o édito condenatório.

Nesse sentido, trago os julgados:

“PENAL – ARTIGO 313-DO CÓDIGO PENAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA INFORMATIZADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – MATERIALIDADE E AUTORIA – COMPROVAÇÃO – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – (...) 3- a materialidade resta comprovada pelas peças constantes do procedimento administrativo instaurado pela autarquia previdenciária 4- autoria demonstrada de forma incontestada com provas documentais e testemunhais evidenciando a inserção de dados falsos no sistema informatizado da autarquia com a finalidade de obtenção de benefício previdenciário indevido. (...)” (TRF 3ª R.; ACr 0000083-82.2009.4.03.6110; Primeira Turma; Relª Juíza Fed. Conv. Giselle Franca; Julg. 12/09/2017; DEJF 06/10/2017)

“APELAÇÃO CRIMINAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÃO – CRIME PRATICADO POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO AUTORIZADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE EXACERBADA – REDUÇÃO. 01. Comprovado que o agente, na condição de funcionário autorizado, inseriu dados falsos no banco de dados da Administração Pública, sua condenação é mesmo medida que se impõe. 02. A sanção penal deve ser aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do injusto, eis porque, se aplicada com exagero, há de ser adequada.” (TJMG; APCR 1.0210.09.063818-5/001; Rel. Des. Fortuna Grion; Julg. 28/06/2016; DJEMG 08/07/2016).

“APELAÇÕES CRIMINAIS – ARTIGO 313-A DO CÓDIGO PENAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NO SISTEMA INFORMATIZADO DO INSS VISANDO À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA INDEVIDA – MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DE UMA DAS RÉS COMPROVADOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA EM RELAÇÃO À OUTRA RÉ – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – AUSÊNCIA DE VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – REGIME INICIAL ABERTO MANTIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO MANTIDA – DE OFÍCIO, DESTINAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA AO INSS – APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDA – APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA (...) Materialidade, autoria e dolo comprovados. Prova documental e testemunhal. As provas e circunstâncias dos autos, analisadas conjuntamente, permitem a conclusão de que a ré agiu com o dolo necessário à prática da conduta criminosa.” (TRF 3ª R.; ACr 0010137-93.2007.4.03.6105; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. José Lunardelli; Julg. 26/09/2017; DEJF 09/10/2017).

Pena-base

“Atento ao disposto no art. 59 do Código Penal e obedecido o critério trifásico, fixo-lhe as penas.

A teor da súmula 444 do E. STJ, inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados como antecedentes penais negativos para fins de exacerbação da pena base, sendo certo que no caso em tela a acusada Gisele Cabral de Souza não possui contra si proferida qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado, logo, deve ser considerada de “bons antecedentes”.

A acusada Maria Cristina Moreira dos Santos não registra antecedentes (f. 118).

As circunstâncias do crime extrapolam o tipo penal apenas em relação à acusada Gisele Cabral de Souza, uma vez que possuía cargo de Chefia no órgão do Detran/MS, sendo Chefe da Divisão de Condutores.

As consequências do crime, por outro lado, foram graves, uma vez que violam diretamente a fé pública do Estado e, ainda, permitiu a condução de veículo automotor por pessoa que sequer se submeteu a exames necessários, ocasionando, assim, risco à sociedade.

Os motivos do crime são comuns à espécie.

Não há elementos concretos nos autos para aferir com efetividade a conduta social e personalidade das agentes ⁽³⁾.

A culpabilidade das acusadas é normal à prática delitiva.

Em tal contexto, as circunstâncias judiciais não são favoráveis às acusadas, fundamento pelo qual fixo as penas bases acima do mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa em relação à acusada Gisele Cabral de Souza e em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa em relação à denunciada Maria Cristina Moreira dos Santos, as quais torno definitivas à míngua de outros elementos que influenciem na fixação.”

Foram consideradas desfavoráveis à ré Gisele as circunstâncias e consequências do crime, enquanto para a ré Maria Cristina foram sopesadas as consequências do crime.

Em relação às circunstâncias do crime, o fato de a ré Gisele possuir cargo de chefia no Detran é ínsito ao tipo penal, pois o art. 313-A, do CP, dispõe “*Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado (...)*”. Na hipótese, o cargo de Chefe de Divisão dos Condutores era o que autorizava a ré a inserir os dados falsos no sistema do Detran, de modo que não pode ser utilizado para a exasperação da pena-base.

Nesse sentido:

“(...) 5. A materialidade, a autoria e o dolo do delito foram comprovados por documentos, depoimentos de testemunhas e interrogatórios do réu, evidenciando que o acusado, funcionário autorizado pela CEF, inseriu dados falsos no sistema informatizado da empresa pública, obtendo para si e para outrem vantagem ilícita. Condenação mantida pela prática do crime previsto no art. 313-A c. c. Os arts. 71 e 327, todos do Código Penal. 6. A função de confiança de agente empresarial exercida pelo réu era o que lhe autorizava a inserção de dados no sistema SIRIC, circunstância que constitui elemento essencial do tipo penal, daí por que não poderia ter sido utilizada para o agravamento da sanção penal, haja vista a configuração de bis in idem. “(...)”. (TRF 3ª R.; ACr 0006915-59.2003.4.03.6105; Primeira Turma; Rel. Des. Fed. Nino Toldo; Julg. 25/07/2017; DEJF 02/08/2017) – destaquei.

Por outro lado, a moduladora consequências do crime deve ser mantida como desfavorável às apelantes, pois idoneamente fundamentada pelo sentenciante, pois é notório os riscos ao trânsito que a conduta das rés trouxe ao permitir a condução de veículo pessoa não habilitada conforme os ditames legais.

3 “As circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do criminoso também não podem ser valoradas negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.” STJ. HC 164550. Relator(a) Ministra Laurita Vaz. Julgamento 31/05/2011.

Portanto, mantenho como desfavorável às apelantes a moduladora das consequências do crime.

Readequação da pena

Ré Gisele

Na primeira fase mantida como desfavorável as consequências do crime fixo a pena-base em 03 anos e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa, a qual torno definitiva, ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento e diminuição de pena.

Ré Maria Cristina

Em relação ao patamar de aumento cabe frisar que o magistrado, dentro dos limites estabelecidos pela atividade legiferante, deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se de sua discricionariedade, embora com fundamentada exposição do seu raciocínio, consagrando, desta forma, o princípio da livre convicção motivada.

De acordo com os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt,

*(...) vindo a incidir mais circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve o julgador, a partir da análise concreta do grau de reprovação de cada uma delas, ir dimensionando a pena-base, sempre com vistas a necessária proporcionalidade de seu quantum com a pena prevista em abstrato ao tipo.*⁴

Na hipótese, entendo que a exasperação confeccionada pelo sentenciante se mostra razoável e proporcional às peculiaridades da hipótese, razão pela qual mantenho o patamar de exasperação.

Regime

Em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, altero o regime inicial da ré Gisele Cabral de Souza para o semiaberto.

Mantenho o regime inicial semiaberto da ré Maria Cristina nos termos da sentença.

Substituição por restritiva de direitos

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade das rés por restritiva de direitos.

Apesar da reprimenda final ser inferior a quatro anos, diante das circunstâncias do caso concreto (inserção de dados falsos no Sistema do Detran, permitindo que pessoas não habilitadas nos parâmetros legais trafegassem nas vias públicas), tenho que a medida não se revela adequada e suficiente para prevenção e reprovação do delito, não restando preenchido, portanto, o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal.

Sobre o tema, trago os julgados:

“(...). VI. No que tange ao pleito de substituição da pena de privativa de liberdade por restritivas de direitos, inexistente qualquer ilegalidade a ser sanada, uma vez que o art. 44 do Código Penal, faculta ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, nos casos em que a reprimenda seja superior à 1 (um) ano de reclusão. Desse modo, considerando que o paciente conta com circunstância desfavorável, as razões exaradas pelas instâncias ordinárias se encontram devidamente fundamentadas e idôneas. Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg-HC 392.731; Proc. 2017/0060699-2; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; DJE 25/10/2017)

4 Sentença Penal Condenatória – Aspectos práticos e teóricos à elaboração – 4ª ed. Editora Jus Podivm. Pág. 115

“PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS – OPERAÇÃO PERSA – ARTIGO 313-A DO CÓDIGO PENAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS, POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO AUTORIZADO, EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – SUJEITO ATIVO DO DELITO – COAUTORIA CONFIGURADA – MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS – PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA – DOSIMETRIA – VETORIAIS – DESVALOR – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIABILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – EXECUÇÃO IMEDIATA – PARCIAL PROVIMENTO. (...) 3. O sujeito ativo principal do delito do artigo 313 – A do Código Penal é o funcionário público que esteja autorizado a operar com os sistemas informatizados ou com os bancos de dados de Administração Pública, admitindo-se a coautoria e a participação de terceiros que não gozem de tal condição, desde que cientes dela, a teor do artigo 30 do mesmo diploma legal. Precedentes. 4. Hipótese em que um dos acusados atuava como intermediador na falsificação de documentos, enquanto o outro, na condição de funcionário público autorizado a operar com os sistemas informatizados da autarquia previdenciária, inseria as informações inverídicas e possibilitava a obtenção de vantagem indevida consistente na concessão de benefício previdenciário a terceiro. (...) 7. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, dada a ausência dos requisitos subjetivos estabelecidos no artigo 44, inciso III, do Estatuto Repressivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. (...)”. (TRF 4ª R.; ACR 5023132-29.2013.404.7200; SC; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus; Julg. 14/06/2017; DEJF 30/06/2017)

Prequestionamento

Inexiste violação ou negativa de vigência aos dispositivos prequestionados.

Dispositivo

Em parte com o parecer: conheço parcialmente do recurso da ré Gisele Cabral de Souza e na parte conhecida dou parcial provimento para reduzir a pena-base e alterar o regime inicial, restando a reprimenda definitiva em 03 anos e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa, no regime semiaberto; nego provimento ao recurso da ré Maria Cristina Moreira dos Santos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram parcialmente o recurso de Gisele Cabral de Souza e na parte conhecida deram parcial provimento e negaram provimento ao recurso de Maria Cristina Moreira dos Santos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Emerson Cafure (Em substituição legal).

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Emerson Cafure, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 03 de maio de 2018.

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0044286-60.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – FUGA – FALTA GRAVE – AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO – RECURSO IMPROVIDO.

Para a concessão do livramento condicional, o magistrado deve avaliar o efetivo cumprimento do requisito subjetivo, não estando adstrito ao atestado de bom comportamento carcerário, sob pena de se tornar mero homologador da manifestação do diretor do estabelecimento prisional (precedentes do STJ).

A análise do requisito subjetivo para a obtenção do livramento condicional deve compreender a aferição do mérito do condenado durante todo o período da execução da pena, interpretação que se coaduna com o sistema progressivo e com a finalidade do instituto, qual seja, contribuir para o processo de ressocialização do condenado, preparando-o para a soltura plena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Hélio Augusto da Silva Brito interpõe recurso de agravo em execução, manifestando seu inconformismo com a decisão do juízo da execução que, ao fundamento de ausência de cumprimento de requisito subjetivo, indeferiu-lhe a concessão do livramento condicional.

Sustenta o recorrente que o cometimento de falta grave não deve impedir a concessão do benefício, porque não se exige do condenado uma conduta exemplar.

Ademais, alega que a última falta grave cometida data de mais de um ano e já foi julgada, não podendo a punição perdurar por toda a execução penal.

Argumenta que está reabilitado, o que é suficiente para se concluir o seu bom comportamento carcerário.

Requer, por isso, a reforma da decisão agravada para que lhe seja deferido o benefício do livramento condicional.

Prequestiona, ao fim.

Em contrarrazões, o Ministério Público pede pelo improvimento do recurso.

A decisão agravada foi mantida por seus próprios fundamentos.

Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opina pelo improvimento do agravo interposto.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo em execução interposto por Hélio Augusto da Silva Brito contra a decisão do juízo da execução que, ao fundamento de ausência de cumprimento de requisito subjetivo, indeferiu-lhe a concessão do livramento condicional.

Como se observa dos autos (f. 29/31), o juízo da execução negou ao agravante o benefício do livramento condicional, sob os seguintes fundamentos:

A decisão agravada deve ser mantida.

O livramento condicional, decorrência do sistema progressivo, consiste na liberdade antecipada ao reeducando que cumprir alguns pressupostos de ordem objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), conforme dispõe o art. 122, § 2º, da Lei de Execução Penal.

Na hipótese, negou-se ao agravante o benefício, em razão do cometimento de faltas graves no decorrer do cumprimento da pena, entendendo o magistrado estar ausente o requisito subjetivo.

De fato, conforme se vê do cálculo de pena (f. 8/12), o reeducando praticou cinco faltas graves, consistentes em fuga do estabelecimento prisional, além de outras três faltas disciplinares, também de natureza grave.

Não se desconhece que, à luz da súmula 411 do STJ, a falta grave não interrompe o prazo para obtenção do livramento condicional, ou seja, não afeta o requisito objetivo para o gozo do propalado instituto, mas interfere, todavia, diretamente, no requisito subjetivo, nos termos do art. 83, III, do Código Penal.

Nessa linha intelectual, têm se posicionado os Tribunais Superiores, a exemplo do exarado nos seguintes arestos do E. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – ART. 83, III, DO CP – COMETIMENTO DE FALTAS DISCIPLINARES – REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO – DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo o art. 112, § 2º, da Lei de Execução Penal, a aferição do requisito subjetivo para a concessão do livramento condicional se dá, de modo geral, por meio de atestado de bom comportamento carcerário expedido pelo diretor do estabelecimento no qual o condenado cumpre sua sanção privativa de liberdade.

2. Entretanto, “não é vedado ao magistrado o indeferimento do benefício quando, a despeito do reeducando apresentar atestado de bom comportamento carcerário, entender não implementado o requisito subjetivo, desde que aponte peculiaridades da situação fática que demonstrem a ausência de mérito do condenado. Precedentes” (HC n. 371.375/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 22/3/2017, destaquei).

3. Na espécie, o agravante possui histórico de mau comportamento durante o cumprimento da pena em regime mais brando, incluindo o cometimento de faltas disciplinares de natureza grave, consistentes em fuga do estabelecimento prisional e, ainda, de outros delitos no curso da execução. Assim, o sentenciado não apresenta comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena de maneira a ensejar o deferimento da benesse.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 877.488/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)”

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REQUISITO SUBJETIVO – AUSÊNCIA – CONTURBADO HISTÓRICO NA EXECUÇÃO – PRÁTICA DE FALTAS GRAVES – MERECIMENTO – INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS – INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA – AGRAVO DESPROVIDO.

I - Para a concessão do livramento condicional, deve o acusado preencher os requisitos de natureza objetiva (lapso temporal) e subjetiva (bom comportamento carcerário), nos termos do art. 83 do CP, c/c o art. 131 da LEP.

II - In casu, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade no v. acórdão impugnado, que manteve a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de livramento condicional, tendo em vista a ausência do requisito subjetivo, considerando o conturbado histórico da execução penal, na qual foram praticadas faltas graves. III - Para a concessão do livramento condicional, o Magistrado deve avaliar o efetivo cumprimento do requisito subjetivo, não estando adstrito ao atestado de bom comportamento carcerário, sob pena de se tornar mero homologador da manifestação do diretor do estabelecimento prisional (precedentes).

IV - Destaque-se, ademais, que nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, a análise do merecimento do apenado demanda amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

V - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 394.009/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

Por outro vértice, não encontra amparo no ordenamento jurídico o argumento recursal de que o agravante está reabilitado, tendo em vista que a última falta grave foi cometida há mais de um ano.

Isto porque, conquanto o livramento condicional não seja regime de cumprimento de pena, é diretriz de política criminal inserida no sistema progressivo, cuja obtenção depende do mérito do reeducando, aferido pelo seu comportamento carcerário.

Com efeito, a análise do requisito subjetivo para a obtenção do livramento condicional deve compreender a aferição do mérito do condenado durante todo o período da execução da pena, interpretação que se coaduna com o sistema progressivo e com a finalidade do instituto, qual seja, contribuir para o processo de ressocialização do condenado, preparando-o para a soltura plena. Veja-se:

“EXECUÇÃO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – LIVRAMENTO CONDICIONAL – FALTAS GRAVES – AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO – LIMITAÇÃO DO PERÍODO DE AFERIÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO

– IMPOSSIBILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, malgrado não interrompa o prazo para fins de livramento condicional (Súmula/STJ n. 441), a prática de falta grave impede a concessão do aludido benefício, por evidenciar a ausência do requisito subjetivo exigido durante a execução da pena, nos termos do disposto no art. 83, III, do Código Penal.

2. Segundo entendimento fixado por esta Corte, não se aplica limite temporal para a análise do preenchimento do requisito subjetivo, devendo ser considerado todo o período de execução da pena, a fim de se averiguar o mérito do apenado. Precedentes.

3. Desse modo, no caso concreto, o cometimento de 2 (duas) faltas graves durante a execução penal é causa suficiente para o indeferimento do benefício legal, consoante exposto no art. 83, III, do Código Penal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 417.233/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017)”

Nesse contexto, a prática de oito faltas graves pelo agravante durante a execução denota que este não está apto para auferir o benefício do livramento, o qual constitui liberdade antecipada, etapa importante no processo de reinserção social do condenado, pressupondo, todavia, senso de responsabilidade e disciplina, ainda não demonstrado pelo agravante.

Deste modo, o pleito defensivo não comporta provimento.

Finalmente, quanto ao prequestionamento aventado, o colegiado não está obrigado a mencionar os dispositivos das normas supostamente violadas, sendo suficiente que, em fundamentação analítica, decline os motivos que amparam a conclusão adotada.

Pelas razões expendidas, nego provimento ao recurso para o fim de manter a decisão agravada em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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, 10 de abril de 2018.

1ª Câmara Criminal
Conflito de Jurisdição nº 1601345-66.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

EMENTA – CONFLITO DE JURISDIÇÃO – CRIMES CONTRA A HONRA – CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE CALÚNIA QUE EM TESE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FATO TÍPICO E DETERMINADO – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não se configura o crime de calúnia se não há na inicial descrição de fato específico, marcado no tempo, que teria sido falsamente praticado pela pretensa vítima, porquanto o crime de calúnia não se contenta com afirmações genéricas e de cunho abstrato.

Da narrativa dos fatos alinhados na queixa-crime se extrai a ocorrência da prática, em tese, dos crimes de difamação (art. 139, CP) e/ou injúria (art. 140, CP), afastada, mesmo em tese, a ocorrência da prática do crime de calúnia.

Considerando a soma das penas dos crimes de difamação e de injúria, em seus patamares máximos, ainda que em concurso formal, e mesmo com a imposição da majorante do art. 141, inciso III, do CP, mantém-se a competência do Juizado Especial Criminal, para o processamento e julgamento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, julgar improcedente o conflito de jurisdição.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal Central da Comarca de Campo Grande perante este E. Tribunal, em face do Juiz da 1ª Vara Criminal da mesma Comarca.

Argumenta o magistrado suscitante ser incompetente para o julgamento da Ação Penal nº 0020068-36.2015.8.12.0001, que apura a prática dos delitos tipificados nos arts. 138, caput, e 140, caput, c/c art. 141, inciso III, todos do Código Penal Brasileiro.

Relata que o feito originou-se de procedimento em trâmite no STJ, tendo em vista que o querelado, à época dos fatos, então Governador do Estado, ostentava foro privilegiado naquela Corte. Descreve que, na ocasião do término do mandato do querelado, o STJ, declarando-se incompetente, remeteu os autos ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Campo Grande.

Narra que o juízo da 1ª Vara Criminal declarou-se incompetente para instruir e processar o feito, alegando que se tratava de matéria inserta na competência do Juizado Especial Criminal.

Argumenta que a incidência da majorante do art.141, III, do CP, eleva a pena em 1/3, afastando a competência dos juizados especiais.

Por sua vez, o juiz suscitado sustenta que, da própria narrativa da queixa-crime, não se pode extrair indicações mínimas da prática do crime de calúnia, senão, na pior das hipóteses, concurso formal entre os delitos de difamação e injúria, que mesmo com a incidência da majorante, não exonera a competência dos Juizados.

Em razão desses fatos, o juiz da 3ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal Central desta Capital suscitou conflito negativo de competência perante este Tribunal, em face do Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande.

A Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer, opinou pela improcedência do conflito, com o reconhecimento da competência do Juiz da 3ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal - Central, para o processamento e julgamento do feito.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal Central da Comarca de Campo Grande perante este E. Tribunal, em face do Juiz da 1ª Vara Criminal da mesma Comarca.

O feito, objeto do presente conflito, originou-se de procedimento em trâmite no STJ, tendo em vista que o querelado, à época dos fatos, então Governador do Estado, ostentava foro privilegiado naquela Corte.

Na ocasião do término do mandato do querelado, a Corte Superior, declarando-se incompetente, remeteu os autos ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Campo Grande, que, por sua vez, enviou-os ao Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal Central da Comarca de Campo Grande.

Argumenta o magistrado suscitante ser incompetente para o julgamento da Ação Penal nº 0020068-36.2015.8.12.0001, que apura a prática dos delitos tipificados nos arts. 138, caput, e 140, do CP, pois a incidência da majorante do art.141, III, eleva a pena em 1/3, afastando a competência dos juizados especiais.

De seu turno, o juiz suscitado sustenta que, da própria narrativa da queixa-crime, não se pode extrair indicações mínimas da prática do crime de calúnia, senão, na pior das hipóteses, concurso formal entre os delitos de difamação e injúria, que mesmo com a incidência da majorante, não exonera a competência dos Juizados.

O conflito deve ser conhecido, porquanto duas autoridades judiciárias entendem-se incompetentes para apreciar o mesmo fato, o que atrai a incidência da hipótese prevista pelo art.115, I, do CPP.

Outrossim, antes de mais nada, é imperioso registrar que a solução do presente conflito, necessariamente, perpassará pela análise da compatibilidade entre a narrativa fática da queixa-crime e a capitulação jurídica efetuada, porque a fixação da competência, no caso, é diretamente vinculada a tal esclarecimento, sem que isso importe, todavia, qualquer modificação nos fatos descritos na inicial.

Pois bem.

Encampo o entendimento de que a competência na seara criminal, assim como no âmbito cível, enquanto pressuposto processual, se define *in status assertionis*, vale dizer, à luz das balizas fixadas na peça inaugural do processo.

Na mesma linha, o magistério de Ovídio Baptista da Silva, para quem a:

(...) “competência é determinada com base na demanda proposta na petição inicial, mesmo que tal formulação não seja depois acolhida pela sentença. O preceito determina que a competência seja determinada com base exclusivamente na demanda formulada pelo autor, sem que ao juiz seja lícito, nessa oportunidade, averiguar a sua procedência.”. (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 400-1).

E é por essa razão que, a rigor, de acordo com a melhor doutrina, a *emendatio libelli* só deve ser feita pelo juiz na sentença. Ou seja, eventuais vícios na capitulação jurídica dos fatos narrados na inicial devem ser corrigidos pelo julgador no momento da prolação da sentença.

A outro giro, certo é que, no processo penal, o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, sendo desinfluyente a classificação jurídica efetuada pelo titular da ação penal.

A propósito, dissertando acerca da peculiaridade do princípio da correlação no processo penal, elucida Renato Brasileiro: “

“(...)no processo penal, o que realmente interessa é a causa petendi, ou seja, a imputação de determinada conduta delituosa, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade delituosa.” (De Lima. Renato Brasileiro, Manual de Processo Penal, 2018, p.1567). Em igual norte, preleciona Badaró: “o acusado deve ser julgado, sendo condenado ou absolvido, pelos fatos que constam da denúncia ou queixa.(...) O acusado não pode ser julgado por fato diverso.” (Badaró, Gustavo Henrique. Processo Penal, 2017, p.551)

Nesse panorama, ainda que o instituto da *emendatio libelli* deva, em regra, conforme previsão do art.383 do CPP, ser aplicado na sentença, se da análise dos fatos descritos na inicial, *in status assertionis*, o erro da capitulação jurídica emergir *prima facie*, independentemente de dilação probatória, o magistrado pode corrigi-lo no ato do recebimento da exordial, sobretudo se tal proceder redundar em eventual aplicação de benesses processuais ao réu e influenciar na fixação da competência.

Estabelecidas essas premissas, trago-as para iluminar a resolução da controvérsia em exame.

Extraí-se da inicial acusatória que, no dia 29 de março de 2014, através de matéria veiculada no Jornal Correio do Estado, o querelado teria afirmado o seguinte: “lá em Campo Grande, o ex-prefeito Alcides Bernal não foi derrubado por um golpe. Ele caiu porque é um ladrão e montou uma quadrilha para roubar a prefeitura.”

A partir desta declaração, o querelante imputou ao querelado a prática dos crimes de calúnia e injúria, capitulados, respectivamente, nos arts. 138 e 140 do Código Penal, em concurso formal (art. 70,

CP), presente também a causa de aumento de pena prevista no art. 141, III do mesmo código, já que as afirmações foram feitas em jornal, meio que facilita a divulgação dos crimes.

De acordo com a acusação, o querelado incorreu no crime de calúnia, pois, em sua declaração, atribuiu ao querelante condutas tipificadas como crime – previstas nos artigos 288 (quadrilha ou bando) e 312 (peculato) do Código Penal. A primeira conduta teria se verificado na declaração “montou uma quadrilha” e, a segunda, em “para roubar a prefeitura”.

Nada obstante, quando os autos ainda tramitavam na Corte Superior, registrou a ilustre Vice-Procuradora da República Ela Wiecko de Castilho, discordando da classificação jurídica contida na queixa-crime: “a declaração do querelado possui gravidade suficiente para ofender a honra do querelante, mas os fatos não configuram calúnia ou injúria, e sim difamação.”

Entendeu a representante do Ministério Público Federal, oficiante na Corte Superior, que faltava ao fato praticado pelo querelado a elementar normativa do tipo, “falsamente”, razão por que estaria descaracterizado o crime de calúnia.

Pois bem.

Em relação à calúnia, diz o tipo penal:

“Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Com efeito, calúnia é a falsa imputação a alguém de fato definido como crime. Desta forma, de tal definição destacam-se a falsidade (elemento normativo) e fato tido como crime, quanto a este, é indispensável que o fato seja crime. Ou seja, neste caso, para a queixa ter viabilidade no tocante à imputação de calúnia, não bastaria acusar o querelado de “ladrão” e de forma genérica apontar que teria “montado uma quadrilha para roubar a prefeitura”, mas sim atribuir-lhe fato específico e determinado, com delimitação no tempo e no espaço e com subsunção efetiva a tipos descritos na Lei Penal.

Deveras, *in status assertionis*, sem qualquer análise meritória, nem mesmo quanto à falsidade dos fatos que o querelado imputou ao querelante, a narrativa fática da queixa-crime, a toda evidência, não se subsume ao crime de calúnia, uma vez que, consoante adverte Masson:

“(...) é imprescindível a imputação da prática de um fato determinado, isto é, de uma situação concreta, contendo autor, objeto e suas circunstâncias. Nesse sentido, não basta chamar alguém de “ladrão”, pois tal conduta caracterizaria o crime de injúria. A tipificação da calúnia reclama, por exemplo, a seguinte narrativa: No dia 10 de fevereiro de 2015, por volta das 20h:00, “A”, com emprego de arma de fogo, ameaçou de morte a vítima “B”, dela subtraindo em seguida seu relógio.”

É como ensina Guilherme de Souza Nucci, *in* Código Penal comentado, 8ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, página 649:

“Atribuição de fato: costuma-se confundir um mero xingamento com uma calúnia. Dizer que uma pessoa é estelionatária, ainda que falso, não significa estar havendo uma calúnia, mas sim uma injúria. O tipo penal do art. 138 exige a imputação de fato criminoso, o que significa dizer que no dia tal, às tantas horas, na loja Z, o indivíduo emitiu um cheque sem provisão de fundos. Sendo falso esse fato, configura-se a calúnia. Atribuição de fato e não de tipo penal incriminador: não basta, para configuração do crime de calúnia, imputar a alguém a prática de um homicídio ou de um roubo, por exemplo, sendo necessário que o

agente narre um fato, ou seja, uma situação específica, contendo autor, situação e objeto, como mencionado na nota anterior

Na mesma linha intelectual, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, não se configura o referido tipo se não há na inicial descrição de fato específico, marcado no tempo, que teria sido falsamente praticado pela pretensa vítima, porquanto o crime de calúnia não se contenta com afirmações genéricas e de cunho abstrato (RHC 77.243/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 06/12/2016).

Assim, a descrição fática da queixa-crime no sentido de que o querelado “*montou uma quadrilha para roubar a prefeitura*” não tem aptidão para configurar o crime de calúnia, porque se trata de afirmativa revestida de alto grau de abstração, sem qualquer circunstância que particularize ou delimite, de forma específica, o crime supostamente cometido pelo ofendido.

Destarte, concluo, na esteira do parecer ministerial, que:

(...) “no caso em apreço, como já foi objeto de análise, da narrativa dos fatos alinhados na queixa-crime se extrai a ocorrência da prática, em tese, dos crimes de difamação (art. 139, CP) e/ou injúria (art. 140, CP), afastada, mesmo em tese, a ocorrência da prática do crime de calúnia. Assim, considerando a soma das penas dos crimes de difamação e de injúria, em seus patamares máximos, ainda que em concurso formal, e mesmo com a imposição da majorante do art. 141, inciso III, do CP, mantém-se a competência do Juizado Especial Criminal, para o processamento e julgamento do feito.”

Pelas razões expendidas, conheço do presente conflito de jurisdição, julgando-o improcedente, para declarar competente o Juízo da 3ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal Central desta Comarca, para processar e julgar o feito nº 0020068-36.2015.8.12.0001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, julgaram improcedente o conflito de jurisdição.

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, 10 de abril de 2018.

2ª Seção Criminal**Revisão Criminal nº 1406580-61.2017.8.12.0000 - Bela Vista****Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago**

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ART. 180, CP – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – ESGOTAMENTO DAS VIAS RECURSAIS – DESNECESSIDADE – MÉRITO: REDIMENSIONAMENTO DA PENA APLICADA E ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA – AÇÃO REVISIONAL CONHECIDA E NO MÉRITO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

“Para que a revisional possa ser ajuizada, basta que tenha havido o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória imprópria, sendo de todo irrelevante o fato de ter havido (ou não) o esgotamento dos recursos ordinários postos à disposição da defesa. Portanto, diante de sentença condenatória proferida por juiz de 1ª instância, mesmo que sequer tenha havido a interposição de apelação, uma vez operado seu trânsito em julgado, será cabível a revisão criminal, desde que presente uma das hipóteses do art. 621 do CPP.” (Renato Brasileiro de Lima. Manual de processo penal, Vol. II, Niterói: Impetus, 2012, p. 1.096.

Sendo as circunstâncias judiciais foi corretamente valorada e não havendo discrepância gritante ou mesmo arbitrária em se fixar o aumento em seis (06) meses, diante da margem de discricionariedade para o tipo penal (03 anos) e a existência de uma circunstância judicial negativa, não há qualquer reparo na pena base estabelecida pelo magistrado de origem.

Na segunda fase da dosimetria da pena, o Código Penal não estabeleceu critérios para se estabelecer o patamar de aumento ou redução em razão das agravantes/atenuantes. Ou seja: os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem ser o norte utilizado para se estabelecer as penas.

Considerando a multireincidência do apenado, corretamente fixado o regime de cumprimento inicial de pena, efetivado dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 33 e parágrafos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, julgar parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2018.

Des. Geraldo de Almeida Santiago - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tayroni Pereira de Oliveira propõe a presente ação de revisão criminal, devidamente qualificado nos autos, sustentando que o sentenciante exasperou a pena base distanciando-se do dever de fundamentação ao apreciar as circunstâncias do artigo 59, CP, bem assim extrapolou em muito o montante fixado na segunda fase da dosimetria. Assim, requer redução da pena fixada, reconhecendo-se que o cálculo efetivado extrapola em muito o admitido doutrinária e jurisprudencialmente, bem como seja fixado regime diverso para o cumprimento da pena.

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 144-154) opinou pelo não conhecimento da ação revisional, pois a matéria deveria ter sido discutida em sede de recurso de apelação. No mérito, opinou pela improcedência do pedido, com a manutenção da sentença, eis que não há qualquer ilegalidade no que restou decidido.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Tayroni Pereira de Oliveira propõe a presente ação de revisão criminal, devidamente qualificado nos autos, sustentando que o sentenciante exasperou a pena base distanciando-se do dever de fundamentação ao apreciar as circunstâncias do artigo 59, CP, bem assim extrapolou em muito o montante fixado na segunda fase da dosimetria. Assim, requer redução da pena fixada, reconhecendo-se que o cálculo efetivado extrapola em muito o admitido doutrinária e jurisprudencialmente, bem como seja fixado regime diverso para o cumprimento da pena.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento da ação revisional, pois a matéria deveria ter sido discutida em sede de recurso de apelação.

Pois bem. Tenho que não há como acolher a prefacial.

Ao que se observa dos autos, mormente às f. 137, a sentença condenatória transitou em julgado em 3/4/2017 para o Ministério Público e em 6/4/2017 para a Defesa. Portanto, o requisito objetivo para a propositura da ação revisional, qual seja, o trânsito em julgado, encontra-se presente.

Peço vênia utilizar-me das palavras do ilustre jurista Renato Brasileiro de Lima, para esclarecer:

*“Para que a revisional possa ser ajuizada, basta que tenha havido o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória imprópria, sendo de todo irrelevante o fato de ter havido (ou não) o esgotamento dos recursos ordinários postos à disposição da defesa. Portanto, **diante de sentença condenatória proferida por juiz de 1ª instância, mesmo que sequer tenha havido a interposição de apelação, uma vez operado seu trânsito em julgado, será cabível a revisão criminal, desde que presente uma das hipóteses do art. 621 do CPP.**”* (Manual de processo penal, Vol. II, Niterói: Impetus, 2012, p. 1.096.) (destaquei)

Afasto, pois, a preliminar de não conhecimento.

Quanto ao mérito da ação revisional, bem observo que a pretensão do autor é que a pena seja revista e, por conseguinte, também seja revisto o regime inicial para o cumprimento da pena restritiva de liberdade.

No que concerne à pena, por oportuno, anote-se a fundamentação do magistrado sentenciante:

Ante as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico a culpabilidade – entendida como reprovabilidade e censurabilidade – normal.

O acusado é reincidente, pois possui duas condenações transitadas em julgado (f. 111/112). Nesse contexto, a primeira será considerada como agravante (reincidência) e a segunda condenação será sopesada como maus antecedentes nesta fase.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ “(...) é firme no sentido de ser possível levar em consideração condenações transitadas em julgado para efeito de maus antecedentes e reincidência quando distintos os respectivos fatos geradores”. (HC 376.254/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 10.03.17)

Não há elementos nos autos a aferir com profundidade a conduta social nem a personalidade do acusado. O delito foi cometido para o próprio proveito e não ficou constatado comportamento negativo da vítima. As circunstâncias já integram o tipo penal em apreço e da mesma forma as consequências do crime não foram graves, uma vez que o veículo objeto de receptação foi apreendido.

Considerando ser desfavorável ao acusado os vetores do art. 59 do CP (maus antecedentes), fixo a pena base em um ano e seis meses de reclusão e pagamento de quinze dias-multa.

Presente a agravante da reincidência, haja vista a condenação por furto transitada em julgado em 24.07.13 (f. 111), aumento a pena em um ano.

Por não haver atenuantes a aplicar, tampouco causas de diminuição e de aumento de pena, resta definitiva em dois anos e seis meses de reclusão e pagamento de quinze dias-multa.

Ao que se observa, é que, em razão de uma circunstância judicial, no caso maus antecedentes, o sentenciante entendeu que a pena deveria ser majorada em 06 (seis) meses.

Anoto, preambularmente, que a legislação pertinente não estabeleceu critérios específicos para a fixação da pena, bem como inexistente um índice previamente estabelecido para a aferição da pena a ser aplicado. Ou seja: que ao realizar a dosimetria da pena, o magistrado tem certa margem de discricionariedade, respeitando-se, outrossim, os critérios da proporcionalidade e logicidade, mesmo porque, ausente critérios objetivos para a exasperação.

No caso, estamos diante do delito previsto no artigo 180, CP, cujas penas devem variar entre 01 e 04 anos, ou seja, há uma margem de discricionariedade de 03 (três) anos e, ao estabelecer a pena base, o sentenciante fixou o aumento em 06 (seis) meses.

Pois bem, como se sabe:

A ponderação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado. (STJ, AgRg no HC 270368/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 20/6/2014)

E mais:

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para fixação da pena. (STF, RHC 119961/DF, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, 1^a T., DJe 22/5/2014).

Especificamente ao caso em comento, a circunstância judicial foi corretamente valorada e, friso, não há uma discrepância gritante ou mesmo arbitrária em se fixar o aumento em seis (06) meses, diante da margem de discricionariedade para o tipo penal (03 anos) e a existência de uma circunstância judicial negativa.

Consequentemente, não há qualquer reparo na pena base estabelecida pelo magistrado de origem.

Quanto à segunda fase da dosimetria da pena, diante de uma agravante (reincidência art. 61, I, CP), a pena restou aumentada em 01 (um) ano. Na mesma linha intelectual, o autor da revisional defende que o patamar de aumento foi desproporcional.

Pois bem. Na segunda fase da dosimetria da pena, assim como na primeira fase, o Código Penal não estabeleceu critérios para se estabelecer o patamar de aumento ou redução em razão das agravantes/atenuantes. Ou seja: aqui, também, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade devem ser o norte utilizado para se estabelecer as penas.

No caso, foi estipulado uma pena 01 (um) ano em razão da reincidência. Ou seja, considerando a pena base fixada (1a e 6m) há uma afronta aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, eis que o aumento foi gritante e desproporcional.

Saliento, outrossim, que a reincidência é uma agravante preponderante, eis que demonstra que a condenação anterior não conseguiu exercer o efeito preventivo no agente.

Portanto, e considerando que a pena deve ser individualizada, bem como deve ser suficiente para reprimir e prevenir delitos, é de rigor a revisão da pena fixada na segunda fase da dosimetria para, tenho por necessário a fixação do aumento, nesta segunda fase da dosimetria, em 06 (seis) meses, restando a pena provisoriamente fixada em 02 (dois) anos de reclusão.

Na terceira fase, ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, resta a pena definitivamente fixada em 02 (dois) anos de reclusão e 13 (treze) dias multa.

Por fim, no que concerne ao regime de cumprimento de pena, o magistrado sentenciante fixou o regime semiaberto para o cumprimento da pena. Outrossim, defende o autor da revisional que deve ser fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena, diante da pena fixada, do que não lhe assiste nenhuma razão, porquanto o regime foi corretamente fixado dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 33 e parágrafos, mormente considerando a multireincidência do apenado.

No que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que a matéria suscitada não merece abordagem específica ou pormenorizada, haja vista ter sido suficientemente enfrentada, de modo que não houve nenhuma inobservância quanto a este ponto.

Ante o exposto, contrariando o parecer, conheço da presente revisão criminal e, no mérito dou-lhe parcial procedência para o único fim de alterar o aumento havido na segunda fase da dosimetria da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, julgaram parcialmente procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Geraldo de Almeida Santiago, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli, Juiz Waldir Marques e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 11 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002408-15.2010.8.12.0030 - Bataguassu
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – FURTO QUALIFICADO – CONCURSO DE PESSOAS – ART. 155, § 4º, IV, CP – ABIGEATO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – INEXISTÊNCIA DE AUTORIA – ATIPICIDADE – ESCUSA LEGAL ABSOLUTÓRIA POR DESCENDÊNCIA – PLEITOS ABSOLUTÓRIOS AFASTADOS – CONCURSO DE AGENTES CONFIGURADO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES AFASTADA – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO CARACTERIZADA – AGRAVANTE DA VÍTIMA SENIL VERIFICADA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR INAPLICÁVEL – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS, EM PARTE COM O PARECER.

Despontando dos autos conjunto probatório robusto e consistente, corroborando a confissão dos acusados, em harmonia aos depoimentos das testemunhas e da vítima, submetidos ao crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, pois indene a materialidade e, sobretudo, a autoria imputadas aos réus, relativamente ao crime tipificado no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

A responsabilidade por determinados atos do *iter criminis* que culminou na consumação do abigeato, não implica em atipicidade em relação a um dos acusados, pois ambos agentes participaram, com unidade de desígnios, da empreitada criminosa, praticando, portanto, o verbo nuclear subtrair concernente à norma penal incriminadora violada, situação fática que se subsume ao furto qualificado.

Conquanto o agente seja descendente da vítima, não se aplica a escusa absolutória do art. 181 se o crime patrimonial é cometido contra vítima com idade igual ou superior a 60 anos, consoante determina a exceção estampada no art. 183, III, do CP, cuja *mens legis* objetiva resguardar direitos da pessoa idosa.

Verifica-se a presença da qualificadora do concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV, CP) no caso em que os agentes, ao perpetrarem o abigeato, tinham ciência de que estavam praticando fato típico e antijurídico conjuntamente, restando patente a presença do liame subjetivo, o vínculo de natureza psicológica, o concurso de vontades, a unidade de desígnios que unem suas condutas dotadas de consciência e voluntariedade dirigidas à finalidade delitiva, o que, inclusive, impede a desqualificação para furto simples.

A participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP) é reservada às hipóteses em que o agente presta mínimo e periférico auxílio à perpetração da infração penal, o que não aplica em favor do acusado que atua efetivamente para obtenção do resultado ilícito, carregando e transportando mais de 100 quilos da carne do animal abatido, responsabilizando-se, juntamente ao coautor, por importante divisão de tarefas para consumação do abigeato.

Configura-se a agravante do art. 61, II, *h*, do Código Penal se o réu, ciente da condição etária da vítima, aproveita-se de tal facilidade para cometimento da infração penal, notadamente porque, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a agravante em questão é de natureza objetiva.

Inaplicável o arrependimento posterior (art. 16, CP) na hipótese em que a reparação de danos causados à vítima não ocorreu antes do recebimento da denúncia, mas no curso da ação 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.

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.

Campo Grande, 5 de abril de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Marcelo Serra Lira e Vinicius Gregorio Lira interpõem recursos de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Bataguassu, que julgou procedente a denúncia, condenando-os às penas de 02 anos e 08 meses de reclusão, bem como 26 dias-multa, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos de prestação pecuniária, por infração ao art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Vinicius Gregório Lira, em seu arrazoado, defende a absolvição por ausência de autoria, pois não participou do furto de gado.

Discorre sobre a inexistência de prova de que concorreu para a infração penal praticada apenas pelo corréu.

Sustenta insuficiência probatória a amparar o decreto condenatório.

Argumenta que a conduta é atípica, na medida em que não praticou o núcleo do tipo penal referente à subtração da rês bovina.

Destaca que é descendente da vítima, pelo que deveria ser reconhecida a excludente de culpabilidade concernente à escusa legal absolutória do art. 181, II, do CP.

Aduz que deve ser afastado o concurso de pessoas, com a desclassificação para furto simples e posterior concessão da suspensão condicional do processo.

Assevera que faz jus a aplicação da redução de pena prevista no art. 29, §1º, do CP, ante a sua participação de menor importância.

Marcelo Serra Lira, em seu apelo, defende a absolvição por insuficiência de provas.

Obtempera sobre a possibilidade de afastamento da qualificadora do concurso de agentes, com a desclassificação para furto simples.

Postula o decote da agravante do art. 61, II, *h*, do CP, tendo em vista que não se valeu da senilidade da vítima para cometer o crime.

Pleiteia o reconhecimento do arrependimento posterior, conforme autoriza o art. 16 do CP, porquanto reparou o dano causado à vítima.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento dos recursos, desprovimento da apelação de Vinicius e parcial provimento do apelo de Marcelo, apenas para afastar a agravante do art. 61, II, *h*, do CP.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de apelações criminais interpostas por Vinicius Gregório Lira e Marcelo Serra Lira, porquanto irredimidos com a sentença que julgou procedente a denúncia que lhes imputava a prática do crime descrito no art. 155, § 4º, IV, do CP, condenando, cada um, à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão, bem como 26 dias-multa, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos de prestação pecuniária.

Vinicius postula a absolvição por ausência de autoria, inexistência de prova de que concorreu para a infração penal, insuficiência probatória, atipicidade da conduta ou pela incidência da excludente de culpabilidade concernente à escusa legal absolutória do art. 181, II, do CP. Pleiteia, acaso não acolhidas as teses absolutórias, o afastamento do concurso de pessoas, com a desclassificação para furto simples e posterior aplicação da suspensão condicional do processo. Pede, ainda, a redução da pena pela participação de menor importância prevista no art. 29, § 1º, do CP.

Marcelo requer a absolvição por insuficiência de provas ou a redução da pena, pelo afastamento da qualificadora do concurso de agentes, com a desclassificação para furto simples, pelo decote da agravante do art. 61, II, *h*, do CP e, ainda, pelo reconhecimento da diminuição do art. 16 do CP, referente ao arrependimento posterior.

Os recursos não prosperam.

Verte-se dos autos que, em 10/12/10, por volta das 04h00, durante o repouso noturno, no sítio Boa Vista, localizado na rodovia MS 040, km 03, zona rural, em Santa Rita do Pardo, os acusados, em concurso de agentes, subtraíram para si, uma vaca leiteira, avaliada em R\$ 1.272,00, da vítima Olinto Gregório da Silva, pessoa idosa com mais de 60 anos.

Marcelo necessitava de carne para realização de sua festa de casamento e, então, adentrou na propriedade da vítima, abateu e esquartejou o semovente, e, com o auxílio de Vinicius, seu sobrinho, transportaram a carne no veículo da Funerária Araça e deixaram as vísceras e a cabeça do animal no pasto.

Os policiais militares lograram êxito na localização do veículo utilizado para o transporte, com resquícios de sangue e pedaços de vísceras em seu interior, dirigiram-se, após, à residência de Marcelo, onde encontraram 106 quilos carne, ainda impregnada com vestígios de terra e gramíneas, bem como a arma branca utilizada para carnear o animal.

E este cenário resta fartamente corroborado no caderno processual, em que pesem as teses absolutórias suscitadas pelos réus, o que culmina por suplantar seus pleitos.

A materialidade está devidamente comprovada pelos auto de prisão em flagrante, boletim de ocorrência, auto de apreensão, auto de avaliação, auto de levantamento e local de crime, auto de entrega, auto de exame de constatação em arma branca, bem como pelos interrogatórios e depoimentos prestados.

A autoria, de igual modo, é inconteste, consoante provas testemunhais colhidas e submetidas ao contraditório, que corroboram a confissão do acusado Marcelo e a parcial confissão de Vinícius, concernentes ao abigeato em análise.

Tanto no inquérito como em juízo, Marcelo confessou a subtração enfocada, aduzindo que, no dias dos fatos, abateu o bovino de propriedade da vítima para sua festa de casamento, utilizando-se de um facão canavieiro, carneou o animal, mas que o fez em razão de estar embriagado, sendo que, com a ajuda de seu sobrinho Vinícius, transportaram a carne até sua casa, no carro da funerária que trabalha. Na audiência de instrução, acrescentou que *“eu sempre carregava dentro do veículo um facão, fui até as vacas, tudo pertinho, matei, voltei na cidade, chamei ele e levei para me ajudar a estar levando para casa”*.

Vinícius, nas oportunidades em que foi ouvido, confirma os fatos concernentes ao furto, contudo, afirma que sua participação limitou-se apenas em ajudar Marcelo a carregar a carne, pois teria sido seu tio, sozinho, quem matou o bovino.

Contudo, Adilson Aparecido da Silva, policial militar que atendeu a ocorrência, apresentou versão consentânea nas duas oportunidades em que prestou declarações. Aduziu que na manhã dos fatos, recebeu a denúncia do furto, no que foi enviado uma viatura ao local, onde se constatou os restos do animal morto. Saíram, então, a procura dos autores, ocasião em que recebeu uma ligação perguntando se havia falecido alguém próximo a Mutum, pois Marcelo havia passado nas proximidades em alta velocidade com o carro da funerária na madrugada anterior. Assim, foi até a casa de Marcelo, o qual não estava, mas percebeu-se uma res de gado abatido no local, sendo que, pelas características do animal, bem como por ter encontrado o facão do réu Marcelo ainda com vestígios de sangue e uma bota de couro suja com estrume, que indicaram como de propriedade de Vinícius, conclui-se que seriam os autores do abigeato, afirmando que os dois corréus admitiram que praticaram o delito.

No mesmo eito foram as declarações do policial militar Wilton Douglas de Oliveira, que também participou das diligências em busca da solução do crime, confirmando que os apelantes foram os autores da subtração enfocada. Aliás, em juízo, quanto à participação de Vinícius, externou o seguinte: *“Então, ele fala que ele não tinha matado a vaca né, ele fala que ele não matou. ‘Não, não matei, quem matou foi ele.’, mas ele confirma que ele participou no transporte da carne, ele foi lá e ajudou a carregar a vaca.”*.

No que tange à prova testemunhal, merecem enfoque os relatos dos policiais, notadamente pela verificação de que as versões por eles apresentadas, seja na etapa inquisitória ou judicial, são consentâneas e concatenadas, suficientes a corroborar a prática delitativa em análise.

Necessário salientar que não se vislumbra qualquer motivo para que os agentes estatais, à ocasião, imputassem injustamente aos réus a prática delituosa em foco.

Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas e diligências no exercício de suas funções precípuas.

A propósito, a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ – DEPOIMENTO

DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL – CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS – VALIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017).

“Conforme o entendimento pacífico desta Corte, “o depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova” (AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016).” (HC 373.394/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

Assim, não sobejam quaisquer dúvidas acerca da materialidade e, sobretudo, da autoria do crime de furto da rês de gado, notadamente porque as provas colhidas, corroboradas pelas confissões dos réus, embora uma delas qualificada por excludentes, demonstram, à saciedade, que Marcelo e Vinícius concorreram para o cometimento da infração penal.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Terceira Câmara Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO A UM RÉU – FURTO QUALIFICADO – CONCURSO DE AGENTES – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO CULPOSA – PLEITOS AFASTADOS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E COESO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER. 1. A prescrição da pretensão punitiva, por se tratar de matéria de ordem pública, deve ser declarada de ofício, em qualquer fase da persecução penal, nos moldes do art. 61 do Código de Processo Penal. 2. Despontando dos autos conjunto probatório robusto e consistente, em harmonia aos depoimentos das testemunhas, submetidos ao crivo do contraditório, não há que se falar em absolvição por ausência de provas, pois indene a autoria e materialidade relativamente ao crime tipificado no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. 3. Não procede a tese de desclassificação para o delito de receptação culposa se ausentes quaisquer elementos capazes de conduzir, ainda que minimamente, à conclusão de que o réu tenha adquirido ou recebido a res furtiva em situação de presunção de que se tratava de bem objeto de crime, máxime porque o cenário fático enfocado subsome-se à perpetração de furto em concurso de agentes. 4. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.” (TJMS. Apelação n. 0000918-67.2010.8.12.0026, Bataguassu, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 08/02/2018, p: 09/02/2018).

Inclusive, sequer é possível cogitar de atipicidade, na medida em que, embora cada agente seja responsável por determinados atos do *iter criminis* que culminou na consumação do abigeato, tal não exclui a conclusão de que ambos apelantes participaram, com unidade de desígnios, da empreitada criminosa, praticando, portanto, o verbo nuclear *subtrair* concernente à norma penal incriminadora violada, situação fática que se subsume ao art. 155, § 4º, IV, do Estatuto Repressor.

Ademais, não é caso de incidência escusa legal absolutória do art. 181, II, do CP, que dispõe:

“Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.”

Conquanto o corréu Vinícius seja descendente (neto) da vítima, o que possibilitaria aplicar referida excludente de culpabilidade, o furto em análise no caso concreto foi praticado em desfavor de pessoa com mais de 60 anos de idade, atraindo, portanto, a exceção estampada no art. 183, III, da Lei Penal, *in verbis*:

“Art. 183. Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

A despeito da argumentação defensiva, de que a exceção legal não se aplica ao crime de furto, por inexistir violência contra a pessoa idosa, impende mencionar que, estando tipificado no Título II do Código Penal e, portanto, sendo contra o patrimônio, não se aplicarão as escusas absolutórias do art. 181 se o agente comete o crime em desfavor de pessoa idosa, vez que a *mens legis* da inovação introduzida pelo poder constituído no inciso III do art. 183 é justamente resguardar direitos da vítima com mais de 60 anos de idade.

Guilherme de Souza Nucci, em seus escólios, giza que:

“Cuida-se de modificação introduzida pela Lei 10.741/2003, visando conferir maior proteção ao idoso e maior punição a quem o eleger como vítima. Neste capítulo estão previstas as denominadas imunidades absolutas e relativas, ou seja, crimes patrimoniais, cometidos sem violência ou grave ameaça, quando praticados entre parentes ou no contexto familiar, não davam ensejo, necessariamente, à punição, conforme o disposto no arts. 181 e 182. Entretanto, quando o ofendido for idoso, pessoa maior de 60 anos, não haverá imunidade alguma. Assim, se o filho subtrair bens pertencentes ao pai, que possua mais de 60 anos, poderá ser punido, não valendo invocar a imunidade do art. 181, II.” (Código Penal Comentado, 16ª ed., Forense, 2015, p. 1069).

Logo, sendo a vítima nascida em 07/12/39, à época dos fatos possuía 71 anos de idade, de modo que inaplicável a escusa legal absolutória.

Sem guarida, dessarte, às pretensões absolutórias ventiladas nos apelos defensivos, sendo de rigor a manutenção do decreto que condenou os réus por infração ao art. 155, §4º, IV, do Código Penal.

A propósito, pelo que se verifica do contexto fático-probatório, não há que se falar em ausência de concurso de agentes, o que impede a postulada desclassificação para furto simples.

Isso porque, os elementos angariados demonstram que o furto foi conjuntamente perpetrado por Marcelo e Vinicius, situação a caracterizar a unidade de desígnios voltada à prática delitiva.

Em que pesem os argumentos defensivos, certo é que as provas demonstram que ambos os réus tinham ciência de que estavam praticando fato típico e antijurídico, de sorte que suas condutas se enquadram em ação ou omissão consciente e voluntária dirigida à finalidade criminosa.

Tanto é assim que, ainda que se entenda que Vinicius tenha apenas ajudado a carregar e transportar a carne, e Marcelo tenha abatido e carneado o animal, tal não afasta que ambos sabiam da injuricidade da ação, porquanto estavam conscientemente cometendo fato típico ao furtar a rês de gado de propriedade da vítima.

Deste modo, é patente a presença do liame subjetivo, o vínculo de natureza psicológica, o concurso de vontades, a unidade de desígnios que liga as condutas com a finalidade comum de alcançar o resultado através da consecução do crime que a todos aproveita.

Nesse pórtico, assevera Fernando Capez:

“É imprescindível a unidade de desígnios, ou seja, a vontade de todos de contribuir para a produção do resultado, sendo o crime produto de cooperação desejada e recíproca.”
(Curso de Direito Penal, vol. 1, 10ª ed., Ed. Saraiva, 2006, p. 344).

Aliás, sobre o tema já se manifestou esta Corte de Justiça:

“APELAÇÕES CRIMINAIS DEFENSIVAS – FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES – ABSOLVIÇÃO PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE – AFASTADA – DECOTE DAS QUALIFICADORAS DE ARROMBAMENTO E CONCURSO DE AGENTE – REJEITADA – FURTO PRIVILEGIADO – APLICAÇÃO APENAS DA PENA DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS IMPROVIDOS. O furto qualificado por concurso de pessoas não apresenta o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, pois tem o condão de dificultar a vigilância da vítima, situação que impede a incidência do princípio da insignificância. Comprovada a menoridade do corréus, deve o apelante ser condenado pelo crime de corrupção de menores, pois, conforme se extrai da Súmula 500 do STJ, o delito previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990 se trata de um crime formal e, desse modo, não necessita da comprovação da efetiva corrupção do menor. Existindo provas suficientes da prática do crime em conjunto com terceiro, não há falar em decote da qualificadora de concurso de pessoas. A destruição ou rompimento de obstáculo pode ser comprovada pelo Laudo de Constatação elaborado pelo perito policial, visto que, na busca pela verdade real, são admitidos todos os meios de prova, tais como testemunhal e documental. É uma faculdade do magistrado a escolha dos efeitos do furto privilegiado.”
(TJMS. Apelação n. 0000678-98.2017.8.12.0037, Itaporã, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 05/02/2018, p: 15/02/2018).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO – QUALIFICADORAS DO CRIME DE FURTO – EXCLUSÃO DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DE LAUDO PERICIAL – CONCURSO DE AGENTES MANTIDA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ATENUANTE CARACTERIZADA – COMPENSAÇÃO COM REINCIDÊNCIA – PENA REDIMENSIONADA – EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. (...) 2. Mantém-se a qualificadora do concurso de agentes se os elementos de convicção são fartos em demonstrá-la, tanto que os demais coautores foram condenados, a despeito de terem sido beneficiados com a extinção da punibilidade pela prescrição. (...)” (TJMS. Embargos de Declaração n. 0000151-86.2010.8.12.0007, Cassilândia, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 08/03/2018, p: 12/03/2018).

“APELAÇÃO CRIMINAL ACUSATÓRIA – FURTO – CONDENAÇÃO DO RÉU ABSOLVIDO NA SENTENÇA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE PESSOAS AO CORRÉU CONDENADO – VIABILIDADE – RECURSO PROVIDO. 1. Os elementos de convicção coligidos durante a persecução processual são tranquilos no sentido de demonstrar a materialidade e a autoria dos fatos delituosos, o que embasa o pronunciamento do juízo condenatório almejado pela acusação. 2. Tratando-se de furto cometido em concurso de pessoas, é cabível a aplicação da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.” (TJMS. Apelação n. 0000285-61.2017.8.12.0042, Rio Verde de Mato Grosso, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 12/03/2018, p: 14/03/2018).

Assim, não procede a pleiteada desclassificação, pelo que fica mantida a condenação por furto qualificado pelo concurso de pessoas, o que, por corolário, impede a almejada suspensão condicional do processo, ante o não cumprimento de requisito previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

No que tange à participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP) postulada por Vinícius, sem razão à defesa.

É que, no caso, o recorrente, consciente da ilicitude e de forma voluntária, participou efetivamente da empreitada delituosa, prestando relevante contribuição à consecução do crime.

Desse modo, não há que se falar em participação de menor importância, cuja objetividade legal é o abrandamento da pena em reservadas hipóteses em que o agente presta mínimo e periférico auxílio à perpetração da infração penal, mas não nos casos em que há importante divisão de tarefas entre os coautores envolvidos, como ocorreu na espécie.

À evidência, Marcelo e Vinícius agiram juntos no furto em análise, abateram o bovino, carnearam, carregaram no veículo e transportaram até a residência. Não importa qual a divisão de tarefas na espécie, porquanto objetivavam a consecução do mesmo fim.

Consoante destaque da Procuradoria de Justiça (f. 512),

“(...) acerca da menor importância alegada pela defesa de Vinícius, tal argumento igualmente não merece guarida, em razão do comprovado auxílio prestado por esse apelante, pois, caso ele não tivesse ajudado ao corréu Marcelo, no transporte, dificilmente haveria ‘sucesso’ na empreitada criminosa, carregando sozinho 106,00kg de carne bovina, conforme comprova o Auto de Apreensão à f. 29”.

Ora, a conduta do apelante Vinícius, ainda que seja para carregar e transportar a carne da rês abatida, foi primordial na prática delitiva, pois, sem sua atuação efetiva, não haveria a obtenção do resultado ilícito.

Guilherme de Souza Nucci, em comentários ao assunto, realça:

“Impossível o reconhecimento da participação de menor importância se o agente contribui ativa e conscientemente para o sucesso da empreitada criminosa, possuindo, pois, o domínio funcional do fato” (Código Penal Comentado, 16ª ed., Ed. Forense, 2015, p. 325).

Não restam dúvidas, portanto, da atuação conjunta para realização do delito, na medida em que é evidente o vínculo subjetivo que os unia com a finalidade de delinquir.

A respeito, colhem-se arestos desta Corte de Justiça:

“Havendo participação efetiva de cada um dos autores na execução do crime, impossível se aplicar a referida minorante.” (TJMS. Apelação n. 0000435-36.2015.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Manoel Mendes Carli, j: 31/01/2017, p: 02/02/2017).

“Não se reconhece a chamada participação de menor importância quando comprovada a efetiva atuação do acusado para o sucesso da empreitada criminosa.” (TJMS. Apelação n. 0001564-19.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 07/11/2016, p: 11/01/2017).

“Se dos autos resta inequívoco que o réu participou do roubo com emprego de arma de fogo, seja planejando a execução, seja auxiliando os demais autores durante a fuga, assume todos os riscos provenientes dessa ação criminosa, inclusive pela ocorrência do evento morte que se seguiu à tentativa de subtração, pois estava inserida perfeitamente no desdobramento causal da ação delitiva. Portanto, impossível reconhecer a existência de participação dolosamente distinta e/ou de menor importância.” (Relator(a): Des. Francisco Gerardo de Sousa; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 28/01/2016; Data de registro: 29/01/2016).

“Não há como reconhecer participação de menor importância se todos os autores do delito de extorsão realizaram de maneira conjunta aquilo que se planejaram a fazer, vindo a executar o delito de forma consciente e voluntária, cada qual com o seu papel no grupo, nos limites da tarefa pactuada.” (TJMS. Apelação nº 0005508-91.2012.8.12.0002, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 21/03/2017, p: 04/04/2017).

O apelante e o corréu, ao colocarem em prática os intentos delituosos, aceitaram os desdobramentos consequenciais do evento, independentemente de quem efetivamente tenha abatido o gado, pois o resultado subtração patrimonial, neste quadro, não poderia ser tido como ignorado, sendo inaplicável a causa de diminuição referente à participação de menor importância.

O recorrente Marcelo, de outro vértice, postula o decote da agravante da vítima com mais de 60 anos (art. 61, II, *h*, do CP).

No caso versando, o réu tinha ciência da condição etária da vítima, aproveitando-se de tal facilidade para cometimento da infração penal, motivo pelo qual deve ser mantida.

Ademais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a agravante em questão é de natureza objetiva, sendo necessário apenas que a vítima tenha mais de 60 anos para que acarrete o aumento da pena. A respeito:

“Em relação ao art. 61, II, “h”, do CP, por se tratar de agravante de natureza objetiva, a sua incidência independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida.” (HC 427.179/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018).

“A incidência da agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, circunstância de natureza objetiva, independe da ciência do agente acerca da idade da

vítima.” (HC 405.214/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017).

“O critério de aplicação da agravante da alínea “h” do inciso II do art. 61 do Código Penal, em caso de pessoa idosa, é objetivo e, nesta hipótese, cronológico.” (REsp 1050547/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016).

Insta realçar que, no caso concreto, não há incompatibilidade da agravante em questão com a norma incriminadora transgredida, a exemplo de crimes culposos, tampouco trata-se de aplicação do direito penal objetivo.

À evidência, o agente tinha total conhecimento da condição senil do ofendido, praticando o crime doloso com margem de segurança em razão da idade avançada da vítima.

Assim é que, segundo frisa Guilherme de Souza Nucci, *“o agente deve conhecer essa circunstância envolvendo a idade da pessoa ofendida, aproveitando-se disso”*, isso porque *“a responsabilidade penal é subjetiva, significando que o agente deve ter conhecimento da idade da vítima”* (Código Penal Comentado, 16ª ed., Forense, 2015, p. 61).

Mantém-se, então, a agravante do art. 61, II, *h*, do Código Penal.

Outrossim, sem sustentáculo à diminuição da sanção pelo arrependimento posterior (art. 16 do CP) postulada por Marcelo.

Segundo reza o art. 16 do CP, *“nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”*.

No caso em apreço, embora ausente violência ou grave ameaça, até porque se trata de furto, o ressarcimento estampado, embora aparentemente por ato voluntário do agente, não ocorreu antes do recebimento da denúncia.

A vítima, na audiência de instrução e julgamento, disse que o réu o procurou para reparar o dano, mas o fez 4 ou 5 meses antes da referida audiência.

No caso, a denúncia foi recebida em 03/03/11 (f.172), ao passo que a audiência de instrução foi realizada no dia 11/09/12 (f. 252/253). Ou seja, entre o recebimento da denúncia e a audiência de instrução transcorreu mais de 1 ano e 5 meses, e, considerando a informação da vítima, de que o réu procurou-o para pagar pela vaca 05 meses antes da oitiva judicial, facilmente se verifica que a reparação do dano foi implementada muito tempo após o recebimento da proemial acusatória, em verdade, no decurso do processo-crime, o que impossibilita o reconhecimento do arrependimento posterior.

Colhe-se, neste pórtico, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – SUSPENSÃO DO PROCESSO – INTIMAÇÃO DA RECUSA DE OFERTA – ARREPENDIMENTO POSTERIOR. (...) II - Não se aplica a minorante do art. 16 do CP se a reparação ocorreu depois do recebimento da denúncia. Writ indeferido.” (HC 10.232/MS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/02/2000, DJ 08/03/2000, p. 135).

Assim, sem o cumprimento dos requisitos estampados no comando legal, inviável a redução da pena pelo art. 16 do Código Penal.

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, em parte com o parecer, conheço dos recursos, mas negos-lhe provimento, mantendo intacta a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram 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 Emerson Cafure e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 05 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal**Agravo de Execução Penal nº 0000455-76.2016.8.12.0039 - Pedro Gomes****Relator Des. Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – CARÁTER HEDIONDO – AFASTAMENTO DEVIDO – PRECEDENTES – INDULTO – ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, definiu que o tráfico privilegiado, descrito no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, não é compatível com a definição de hediondez equiparada na Lei nº 8.072/90, entendimento que, embora não tenha efeito *erga omnes*, deve ser observado pelas instâncias ordinárias. Como corolário, afastado caráter hediondo, os benefícios previstos na lei de execução penal devem ser analisados pelas diretrizes dos crimes comuns.

Iniciada a execução, ainda que provisória, compete ao juízo da execução o prosseguimento que se revelar necessário, consoante artigo 66 da LEP, inclusive quanto a progressão de regime, incidentes e demais benesses que se afigurarem cabíveis, dentre os quais se insere o indulto, sem que isso configure violação ao artigo 185 do referido diploma legal, e sim observância, durante o cumprimento, de posicionamento que em momento posterior revela-se nitidamente favorável ao reeducando e tem sido adotado pelos Tribunais Superiores, a partir de posicionamento consolidado no Pretório Excelso, enfim, solução que se coaduna perfeitamente à segurança jurídica que deve imperar em situações desse jaez, assim como à economia processual, máxime considerando que, diante da consolidação emanada das Cortes Superiores não há como limitar temporalmente o posicionamento em tela, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da isonomia.

Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos descritos no Decreto 8.615/2015, a concessão do indulto, nesse contexto, se afigura cabível.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna desprovida a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, agravo conhecido e 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, 19 de abril de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Marcelo de Souza da Silva interpõe agravo em execução criminal, porquanto irresignado com a decisão (f. 29) proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Pedro Gomes/MS, que, negando afastamento do caráter hediondo da conduta pela qual foi condenado, alusiva ao denominado tráfico privilegiado, indeferiu o pedido de indulto que então formulou.

Contrarrazões (f. 52-55), pela manutenção da decisão atacada.

Em reexame da matéria, a decisão foi mantida (f. 36).

Posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça (f. 63-70) pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Marcelo de Souza da Silva interpõe agravo em execução criminal, porquanto irresignado com a decisão (f. 29) proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Pedro Gomes/MS, que, negando afastamento do caráter hediondo da conduta pela qual foi condenado, alusiva ao denominado tráfico privilegiado, indeferiu o pedido de indulto que então formulou.

Contrarrazões (f. 52-55), pela manutenção da decisão atacada.

Em reexame da matéria, a decisão foi mantida (f. 36).

Posicionou-se a Procuradoria Geral de Justiça (f. 63-70) pelo provimento do recurso.

Pois bem. Como cediço, nos termos da Súmula 512, do Superior Tribunal de Justiça, a *aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas*, todavia, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 118.533/MS suplantou essa jurisprudência, reconhecendo que a figura do tráfico privilegiado não se harmoniza com o caráter hediondo do delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, contrariando a então predominante construção jurisprudencial da própria Excelsa Corte, encaminhou voto em que assentou que o tráfico privilegiado, descrito no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, diferentemente da narcotraficância tipificada no § 1º do mesmo dispositivo da Lei Antitóxicos, não é compatível com a definição de hediondez equiparada na Lei nº 8.072/90.

À evidência, do sufrágio jurídico emanado do Órgão Pleno do STF resultou a seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE – HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA.

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. *O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.*

3. *Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei nº 8.072/90.*

4. *Ordem concedida.*” (HC 118533, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, Processo Eletrônico Dje-199 Divulg 16-09-2016 Public 19-09-2016).

Consabido que o referido entendimento do Pretório Constitucional, embora em pronunciamento de seu Plenário, não foi firmado à unanimidade ou em julgamento de *leading case* a servir de paradigma. Não se descarta, portanto, da ausência de efeito vinculante e, por corolário, *erga omnes*.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de tema submetido à sistemática da repetitividade, revisou seu entendimento e filiou-se ao precedente do Supremo Tribunal Federal, o que culminou no cancelamento da Súmula n. 512, conforme aresto abaixo transcrito:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA – ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO – ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS – REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS – CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.

1. *O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria “contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.” (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).*

2. *É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a proliferação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS - Tema 600).*

3. *Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.” (Pet 11.796/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2016, DJe 29/11/2016).*

Outro não tem sido, ademais, o entendimento perfilhado neste Tribunal de Justiça. Gize-se:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – ENTENDIMENTO DO

STF – SÚMULA 512 DO STJ CANCELADA – OMISSÃO SANADA – ACOLHIDOS. Acolhem-se os embargos de declaração, dando-lhes efeitos infringentes, a fim de sanar a omissão existente no acórdão em relação ao afastamento da hediondez do crime de tráfico de drogas, ante a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Em junho de 2016, ao concluir a votação do HC 118533/MS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado. Recentemente, em 23.11.2016, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Pet nº 11.796/DF, sob o rito dos recursos repetitivos, revisou o posicionamento firmado no julgamento do REsp 1.329.088 e cancelou a Súmula 512 daquela Corte. Diante desse cenário, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito erga omnes e efeito vinculante, é a que doravante adoto por observância à segurança jurídica, economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados. Com o parecer, acolho os presentes embargos conferindo-lhe efeitos infringentes para, sanando a omissão apontada no v. acórdão de f. 329-332, afastar a hediondez do delito de tráfico de drogas.” (TJMS. Embargos de Declaração n. 0032147-18.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 18/05/2017, p: 19/05/2017).

EMENTA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – OMISSÃO – TRÁFICO PRIVILEGIADO – § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/06 – CARÁTER HEDIONDO – AFASTAMENTO – EMBARGOS ACOLHIDOS. I - O fato de ter sido reconhecido o tráfico privilegiado, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, afasta o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. II - Embargos acolhidos. (TJMS. Embargos de Declaração n. 0000543-75.2015.8.12.0031, Caarapó, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 20/04/2017, p: 24/04/2017)

Na mesma linha o posicionamento adotado no julgamento do agravo de execução penal nº 0008599-53.2016.8.12.0002:

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO DEFINITIVA – RECURSO DESPROVIDO.

Considerando o recente julgamento do HC 118.533/MS, em 23/06/2016, pelo Supremo Tribunal Federal, mas ressalvado meu posicionamento pessoal, passo a adotar, inclusive de ofício, o entendimento de que o crime de tráfico privilegiado de drogas não tem natureza hedionda, aplicando-o, porém, de forma prospectiva e apenas aos processos judiciais que ainda estão em andamento, em casos onde, embora já exista condenação penal, dela ainda seja possível recorrer.

Do voto do eminente Relator, extrai-se a seguinte passagem, perfeitamente aplicável ao caso versando:

Destarte, com o devido respeito aos posicionamentos contrários, ainda que a decisão do Supremo Tribunal Federal não tenha efeitos erga omnes, entendo ser possível aplicar o entendimento recente do Plenário daquela Corte, que outrora já era por mim defendido.

Assim, uma vez reconhecida a prática do tráfico eventual, impõe-se afastar o caráter hediondo do delito, ponderando, nesse passo, a incongruência lógica em admitir-se a coexistência das previsões contidas no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 com a hediondez preconizada pela Lei n. 8.072/90, sobretudo sob o prisma teleológico das normas.

A meu ver, quando o legislador pátrio previu causa especial de diminuição de pena para o réu primário, de bons antecedentes que não se dedicasse à atividade criminosa e nem integrasse organização criminosa, autorizou ao julgador concluir que a conduta do réu, nesses casos, merece um juízo de reprovação mais brando em comparação à praticada na figura típica do caput do art. 33, da Lei 11.343/06.

Portanto, na ocorrência do tráfico eventual, afastada está a natureza hedionda do delito, vez que esse não carece de um juízo tão extremo de reprovabilidade, deixando, assim, de ser equiparado aos delitos hediondos previstos na Lei n. 8.072/90.

(...)

Por conseguinte, todos os institutos que beneficiam o crime comum, tais como progressões, comutações, indulto e livramento condicional, ao condenado por tráfico privilegiado, devem ocorrer na forma da legislação comum e não conforme a legislação atinente aos crimes hediondos ou a eles equiparados.

(...)

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho o voto no sentido de dar provimento ao agravo em execução interposto por Fabíola Milaine Moura, a fim de afastar a hediondez de sua condenação pelo crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com a consequente elaboração de novo cálculo de pena com os parâmetros adotados para os crimes comuns.

Ademais, iniciada a execução, ainda que provisória, compete ao juízo da execução o prosseguimento que se revelar necessário, consoante artigo 66 da LEP, inclusive quanto à progressão de regime, incidentes e demais benesses que se afigurarem cabíveis, dentre os quais se insere o indulto.

A propósito, o entendimento firmado na Terceira Câmara desta Corte Estadual de Justiça no julgamento do agravo de execução penal nº 0004204-81.2017.8.12.0002, Relator Des. Dorival Moreira dos Santos:

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – ENTENDIMENTO DO STF – INDULTO – CONCESSÃO – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS – RECURSO PROVIDO.

Afasta-se a hediondez do tráfico privilegiado de drogas. Em junho de 2016, ao concluir a votação do HC 118533/MS, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a natureza hedionda do tráfico privilegiado, em 23.11.2016, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Pet nº 11.796/DF, sob o rito dos recursos repetitivos, revisou o posicionamento firmado no julgamento do REsp 1.329.088 e cancelou a Súmula 512 daquela Corte. Diante desse cenário, embora a decisão da Corte Suprema não tenha efeito erga omnes e efeito vinculante, é a que doravante adoto por observância à segurança jurídica, economia processual e por ser medida mais favorável aos apenados.

Para a concessão do indulto ao apenado, é necessário que os requisitos exigidos nos decretos presidenciais sejam cumpridos, sendo vedada a imposição de qualquer outra exigência, o que configuraria constrangimento ilegal.

Estando demonstrado o cumprimento aos requisitos objetivos e subjetivos exigidos no Decreto 8.940/2016, impõe-se a concessão do indulto ao agravante.

Contra o parecer, dou provimento ao recurso para afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado e conceder ao agravante o indulto, pois preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos descritos no Decreto 8.940/2016.

Comunique-se com urgência ao juízo da execução criminal afim de que tome as providências necessárias para dar cumprimento ao presente acórdão.

Por outro prisma, não há falar em violação ao artigo 185 do referido diploma legal, justamente porque não se vislumbra excesso ou desvio de execução, tampouco desrespeito aos limites estabelecidos na sentença condenatória, e sim observância, durante o cumprimento, de posicionamento que em momento posterior revela-se nitidamente favorável ao reeducando e tem sido adotado pelos Tribunais Superiores, a partir de posicionamento consolidado no Pretório Excelso.

Aliás, isso se coaduna perfeitamente à segurança jurídica que deve imperar em situações desse jaez, assim como à economia processual, máxime considerando que, diante da consolidação emanada das Cortes Superiores não há como limitar temporalmente o posicionamento em tela, sob pena, inclusive, de violação ao princípio da isonomia.

Daí por que, afastado caráter hediondo, os benefícios previstos na lei de execução penal, inclusive o indulto, devem ser analisados pelas diretrizes dos crimes comuns.

Oportuno trazer à colação, neste particular, o entendimento firmado neste Sodalício quando do julgamento do agravo de execução penal nº 0002749-84.2017.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – POSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO STF E STJ – RECURSO PROVIDO.

Em observância aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual, aplica-se o entendimento sedimentado nas Cortes Superiores de que o tráfico de drogas com a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não é hediondo, devendo os benefícios da execução penal serem analisados pelas diretrizes dos crimes comuns.

Decorre, pois, que o indulto almejado pelo agravante deve ser apreciado conforme diretrizes alusivas aos crimes comuns e, assim, ser concedido, caso preenchidos os demais requisitos, estabelecidos no Decreto nº 8.615/2015.

Emerge que o agravante foi condenado a 02 anos, 07 meses e 04 dias de reclusão, bem como pagamento de 259 dias-multa, com substituição da reprimenda corpórea por restritiva de direitos, possibilitando, destarte, a incidência do disposto no artigo 1º, inciso XV, do Decreto n. 8.615/15, que assim estampa:

Art. 1º: Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

(...)

XV - condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2015, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes.

Como bem pontuou a Procuradoria Geral de Justiça, tratando-se de agente primário e adotada, por conseguinte, a fração de 1/6 da pena total fixada, equivalente a 05 (cinco) meses e 05 (cinco) dias, e tendo em vista que, consoante cálculo realçado às f.104-106 da GR nº 000338-85.2016.8.12.0039, verificando-se a prisão provisória em 02/12/2010 a 22/06/2011, cumprindo o agravante 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de pena, ou seja, mais de 1/6 da reprimenda antes de 25 de dezembro de 2015, emergem preenchidos os requisitos ensejadores do indulto enfocado.

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

(...) O prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito.

Ante o exposto, conheço do agravo em tela e, com o parecer, dou-lhe provimento, para o fim de afastar o caráter hediondo da conduta alusiva ao denominado tráfico privilegiado, pela qual foi condenado o agravante, e, por corolário, conceder-lhe o indulto, pois preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos descritos no Decreto 8.615/2015.

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, Juiz Emerson Cafure e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 19 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal**Recurso em Sentido Estrito nº 0001256-66.2017.8.12.0003 - Bela Vista****Relator Des. Jairo Roberto de Quadros**

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICÍDIO – DECISÃO QUE INDEFERIU INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE COMPROMETIMENTO DA HIGIEDEZ MENTAL DO RÉU – CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL – ALEGADA AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – PRONÚNCIA MANTIDA – MERO JUÍZO ADMISSIONAL, DESPROVIDO DE CARÁTER CONDENATÓRIO – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A instauração de incidente de insanidade mental depende da demonstração da existência de indícios que coloquem em dúvida a higidez mental do réu.

Despontando a prova da materialidade e fortes indícios sobre a autoria, bem como que a alegação atinente à ausência da intenção de matar não restou comprovada de plano, estreme de dúvidas, a existência ou não do *animus necandi* deve ser avaliada pelo Corpo de Jurados, mesmo porque a decisão de pronúncia não se reveste de natureza condenatória, e sim meramente admissional.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Com o parecer, recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de junho de 2018.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Sander Ewerton Pacheco Leite contra decisão de pronúncia que o submeteu a julgamento perante o Tribunal do Júri, pela conduta descrita no artigo 121, § 2º, II e IV, c.c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Alega, preliminarmente, nulidade do processo por suposta ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista o indeferimento do pedido de exame de insanidade mental, na fase do art. 402 do Código de Processo Penal. No mérito, alega a inexistência de *animus necandi* em sua conduta, motivo pelo qual pleiteia a desclassificação do crime de homicídio tentado para o delito de lesão corporal (f. 159-170).

O *Parquet*, em contrarrazões, pediu o improvimento do apelo (f. 175-194).

A decisão foi mantida pelos seus próprios fundamentos (f. 195).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 204-210).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Sander Everton Pacheco Leite, porque segundo narrou na inicial acusatória:

“Consta do incluso inquérito policial que, no dia 20 de setembro de 2017, por volta das 22h40min, no estabelecimento comercial denominado Restaurante Cowboy, localizado na Rua Mato Grosso, Centro, município de Caracol/MS, o denunciado Sander Everton Pacheco Leite, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com manifesta intenção homicida, impelido por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, desferiu disparos com arma de fogo contra a vítima Sebastião Garcia Centurião, somente não alcançando seu objetivo por circunstâncias alheias a sua vontade.”

Regularmente processado, sobreveio decisão (f. 109-119) de pronúncia para submeter o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri, pela conduta descrita no artigo 121, § 2.º, II e IV, c.c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformado, interpõe o presente recurso em sentido estrito, no qual alega, preliminarmente, nulidade do processo por suposta ocorrência de cerceamento de defesa, tendo em vista o indeferimento do pedido de exame de insanidade mental. No mérito, pleiteia a desclassificação do crime de homicídio tentado para lesão corporal, sob o argumento de inexistência de *animus necandi* em sua conduta (f. 159-170).

Passa-se à análise do recurso.

A Defensoria Pública, na fase do art. 402 do Código de Processo Penal, alegou a inimputabilidade do acusado.

O processamento do incidente foi indeferido pelo magistrado de origem, eis que ausentes quaisquer elementos probatórios aptos a justificar a realização do exame pericial.

Pois bem.

A instauração do incidente de insanidade mental encontra amparo legal no artigo 149, do Código de Processo Penal, segundo o qual:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador,

do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

A aferição da saúde mental do acusado é de extrema relevância no processo penal, uma vez que visa constatar se, ao tempo da ação delitiva, era capaz de entender o caráter ilícito da sua conduta, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por outro lado, a instauração de incidente de insanidade mental depende da existência de fundada dúvida a respeito da higidez mental do réu. Ou seja, é necessário que se demonstre aos menos indícios de que sua capacidade intelectual esteve comprometida à época do delito, não bastando meras alegações neste sentido.

Tem-se, assim, que a realização do exame pericial não é automática ou obrigatória, estando a análise de sua necessidade, diante da presença de elementos de convicção sólidos, inserida no âmbito de discricionariedade motivada do juiz.

Aliás, ao discorrer sobre o assunto, Renato Brasileiro de Lima leciona:

“Para que seja determinada a realização desse exame, que pode ser feito tanto na fase investigatória, quanto no curso do processo judicial, doutrina e jurisprudência entendem que é imprescindível que haja fundada dúvida a respeito da higidez mental do acusado, seja em razão da superveniência de enfermidade no curso do processo, seja pela presença de indícios plausíveis de que, ao tempo dos fatos era ele incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Logo, se o juiz não detectar qualquer anormalidade no interrogatório do acusado ou mesmo durante a instrução processual que justifique a instauração do incidente de sanidade mental, não há necessidade do referido exame.”¹

No caso em comento, como salientado pelo magistrado de origem, embora o acusado possua condenações e absolvições pretéritas, com execuções da pena e medidas de segurança em andamento, cumpriu em 26 de março de 2015 o tratamento proposto, vindo a ser considerado suspeito do crime de furto quase quatro anos após a última ocorrência em que se envolveu. Veja-se (f. 109):

“Deve ser indeferido o pleito de instauração de incidente formulado pela Defensoria Pública, porquanto não há qualquer circunstância a apontar dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado ou a incidência de qualquer comprometimento da capacidade de compreensão de Sander Ewerton Pacheco Leite a respeito dos fatos, o qual soube responder sem titubear as perguntas da primeira fase do interrogatório e prontamente as do defensor público.

A mera alegação genérica de ser dependente de droga e de ingerir bebida alcoólica é insuficiente para tal mister, ainda mais da maneira realizada neste processo.

Conquanto não se ignore que o acusado possua condenações e absolvições impróprias pretéritas, com execuções da pena e medidas de segurança em andamento, em consulta aos autos 384-56.2014, há informação às f. 72/73, datada de julho de 2016, de que ele cumpriu integralmente o tratamento proposto pelo período de um ano, de 26.03.14 a 26.03.15, com a ressalva de que restou consignado que houve ‘grande mudança de vida’ e que, em julho de 2016, estava casado e trabalhava em Caracol.

Além disso, cumpre acrescentar que, pela leitura do dossiê de f. 52/54, verifica-se que, após o aludido tratamento, há fortes indícios de efetiva mudança no comportamento

¹ Curso de Processo Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 1158.

do acusado, o qual somente teve novo procedimento instaurado contra si em 05.06.17, mais de dois anos após o tratamento realizado.

Como se vê, após o tratamento finalizado em março de 2015, não há nenhum indício de recaída no consumo de drogas, muito menos de que a suposta dependência tenha comprometido a capacidade de entendimento e de autodeterminação do acusado à época dos fatos narrados na denúncia (20.09.17).”

Assim, a mera alegação de ser o acusado dependente de droga e de bebida alcoólica, por si só, não basta para a determinação judicial de realização do exame pericial pretendido, máxime diante da diferença entre a natureza do crime aqui em estudo (tentativa de homicídio qualificado pela vingança) e os delitos pretéritos, cujos registros datam dos anos de 2010 e 2013 (furtos que teriam sido praticados, supostamente, para sustentar a dependência de drogas à época).

Cumprе realçar, neste eito, o entendimento adotado por esta 3ª Câmara Criminal no julgamento da Acrim n. 0000745-05.2016.8.12.0003, de relatoria do Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, no sentido de que:

(...) “a realização do incidente de insanidade mental deve ser determinada diante da presença de elementos de convicção sólidos, efetivamente convincentes, e não diante de meras alegações do interessado, posto ser do conhecimento comum que os agentes banalizam a alegação de dependência na tentativa de livrar-se do apenamento.”²

No caso em julgamento, não restou evidenciada dúvida razoável acerca da sanidade mental do acusado na atualidade, ou seja, não foram demonstrados pela defesa indícios mínimos acerca da incapacidade do réu de entender o caráter ilícito da conduta supostamente praticada.

Nesse cenário, inexistindo dúvida razoável apta a ensejar a instauração do referido incidente, torna-se inviável acolher a alegação de cerceamento de defesa.

Rejeita-se, pois, a preliminar de nulidade.

Mister se faz salientar, inicialmente, que só se admite a absolvição sumária, impronúncia ou desclassificação quando a evidência dos autos não permitir a mais tênue dúvida a respeito nem outra versão ou hipótese, pois, caso contrário, o acusado há de ser julgado pelo seu juiz natural, que é o Tribunal do Júri.

É certo que nesta fase não deve o julgador realizar apreciação aprofundada das provas, entretanto, mesmo sob essa ótica, da análise dos elementos de convicção até o momento coligidos, chega-se à rejeição da pretensão recursal deduzida, máxime considerando tratar-se, a pronúncia, de mero juízo de admissibilidade da acusação, consoante emerge do artigo 413 do Código de Processo Penal, não se afigurando indispensável prova incontroversa.

No caso versando, nada obstante os argumentos expendidos pelo recorrente, há fortes indicativos acerca da autoria do delito, tal como, aliás, desponta dos relatos da vítima Sebastião Garcia Centurião, em todas as oportunidades em que foi ouvida.

Na fase inicial, questionada sobre o ocorrido, não apenas apontou o recorrente como autor do crime enfocado como realçou que o delito teria sido praticado por vingança. Note-se (f. 25):

“Que conhece o autor há aproximadamente dez anos, época em que se casou com Catarina Sorrilha, tia de Sander. No momento dos fatos estava o declarante e Catarina, jantando no restaurante ‘Cowboy’, onde conversavam com a proprietária, senhora Cenir

2 TJMS. Apelação n. 0000745-05.2016.8.12.0003, Bela Vista, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 08/03/2018, p: 09/03/2018.

Leite de Carvalho, esclarecendo que estavam na área externa, ocasião em que viram o autor passar defronte ao estabelecimento de motocicleta, em seguida o autor retornou, parou a motocicleta defronte a mesa onde o depoente estava, sacou uma arma de fogo e efetuou alguns disparos na direção do declarante, atingindo-lhe um dos disparos na perna esquerda. Afirma que só não foi atingido por mais disparos em razão de ter se jogado ao chão e se rolando. Acredita que o delito se deu em razão da denúncia feita contra o autor, pois anteriormente Sander furtou a loja do declarante [...]”

Ouvida posteriormente em juízo, a vítima confirmou as declarações anteriores, afirmando ter certeza de o acusado ser o autor dos disparos contra sua pessoa.

A esposa do ofendido, Catarina Sorrilha, declarou na fase investigativa (f. 12) e em juízo (f. 120-121) que foi o acusado, que é seu sobrinho e afilhado, quem efetuou os disparos contra seu marido, além de esclarecer que aquele teria praticado anteriormente um furto no estabelecimento comercial pertencente ao seu marido.

Cenir Carvalho, proprietária do restaurante em que aconteceu os fatos, declarou judicialmente que, embora não tenha visto o autor dos disparos, presenciou Catarina gritando: “*não faz isso, Sander*” e que Sebastião também viu quem estava desferindo os tiros.

Leir Carvalho, policial militar que atendeu a ocorrência, afirmou que Catarina e Cenir declararam ter sido o acusado o autor do crime, mas como este não foi encontrado na cidade, a guarnição deslocou-se até o hospital em que a vítima foi atendida, a qual apontou Sander como o autor dos disparos.

O acusado confessou ter efetuado três disparos de arma de fogo contra a vítima, utilizando-se de uma pistola 9mm, a qual comprou no Paraguai para tal finalidade, entretanto, negou que tivesse a intenção de matar Sebastião. Esclareceu que teria furtado a loja da vítima e esta estaria ameaçando sua esposa e seu filho (f. 29). Interrogado em juízo, usou de seu direito constitucional de permanecer calado.

Nesse contexto, em que pese o posicionamento esposado pelo recorrente, não há falar em desclassificação para lesão corporal, notadamente considerando 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.

Desponta, ainda, que não restando demonstrada de plano, estreme de dúvidas, a alegação atinente à ausência da intenção de matar, a existência ou não do *animus necandi* deve ser avaliada pelo Corpo de Jurados, impossibilitando, como corolário, neste momento, a desclassificação igualmente almejada. A propósito:

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) (g.n.)

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) (g.n.)

A conclusão formada nesta etapa inicial não guarda correlação alguma com eventual condenação do acusado, limitando-se a atestar a *materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*, conforme artigo 413 do Código de Processo Penal, mormente considerando que a apuração da verdade real sobre os fatos competirá ao Conselho de Sentença, a quem a Constituição Federal a tanto atribuiu competência exclusiva (CF, art. 5º, XXXVIII, “d”). A decisão de pronúncia, destarte, não se reveste de natureza condenatória, e sim meramente admissional.

Inevitável, assim, que o caso seja levado à apreciação do Tribunal do Júri, cuja instituição, por disposição constitucional, tem competência para proferir a derradeira palavra sobre o assunto, máxime considerando que, tratando-se de mero juízo de admissibilidade da acusação, a presunção neste momento é contra o réu, pois qualquer dúvida deve ser resolvida em benefício da sociedade.

No tocante ao prequestionamento, impende consignar 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.

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade e, no mérito, negaram 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, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 21 de junho de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002249-80.2007.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA (ARTIGO 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL) – PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS – PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CONHECIDA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA O DESCUMPRIMENTO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA COMPROVADAS – RECURSO DESPROVIDO.

Segundo corrente que aplica o princípio da dialeticidade recursal entende-se que, o efeito devolutivo da apelação criminal encontra limites nas razões expostas pela parte apelante, ensejando o não conhecimento de pedido realizado de forma genérica, sem explicitação dos motivos de fato e de direito que imporiam a reanálise da decisão combatida, não sendo possível conhecer de preliminar que subentende confundir-se com o mérito recursal;

Presente a culpa do réu na modalidade negligência ou imperícia, por insuficiência de procedimentos médicos adotados e ao não avaliar adequadamente o paciente que apresenta quadro clínico que demandava atenção especial, contribuindo de forma decisiva para o desfecho do fato – morte da vítima, não há que se falar em absolvição por ausência de provas, quando os autos evidenciem o contrário;

Recurso a que, com o parecer, nego provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negaram provimento unânime. Com ressalvas do 2º vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de abril de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Edno José Valente de Carvalho, contra sentença de f. 1040-1061 que, o condenou à pena de 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, em razão da prática do crime descrito no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal (homicídio culposo).

Insurge o apelante, segundo as razões de f. 1079-1083, pretendendo em sede de preliminar, a anulação do processo sem exposição de fundamentos, e, no mérito, sua absolvição em razão da ausência de provas.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 1105-1113 e 1116-1123, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo em sua integralidade. O MPE prequestionou os dispositivos por ele elencados.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Edno José Valente de Carvalho, contra sentença de f. 1040-1061 que, o condenou à pena de 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, em razão da prática do crime descrito no artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal (homicídio culposo).

Insurge o apelante, segundo as razões de f. 1079-1083, pretendendo em sede de preliminar, a anulação do processo sem exposição de fundamentos, e, no mérito, sua absolvição em razão da ausência de provas.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer as f. 1105-1113 e 1116-1123, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso defensivo em sua integralidade. O MPE prequestionou os dispositivos por ele elencados.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da preliminar.

A defesa, de forma simplória, pleiteia a declaração de nulidade do feito, sem trazer argumentos combativos a justificar tal pedido.

O pedido não possibilita conhecimento.

Segundo corrente que aplica o princípio da dialeticidade recursal entende-se que, o efeito devolutivo da apelação criminal encontra limites nas razões expostas pela parte apelante, ensejando o não conhecimento de pedido realizado de forma genérica, sem explicitação dos motivos de fato e de direito que imporiam a reanálise da decisão combatida.

É assente o entendimento de que nem mesmo a ausência de razões recursais pode constituir empecilho no conhecimento do recurso, em razão de que a apelação devolve ao Tribunal o exame de toda a matéria decidida em primeira instância, devendo-se ressaltar que o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, deve ser aplicado apenas como limitação recursal do acusador.

Contudo, na presente situação, a irresignação da defesa cinge-se apenas quanto à anulação do processo sem delinear ou ser possível verificar mínimos indícios que lhe aproveitasse o pedido, manifestando o réu de modo mais extenso apenas no que tange a ausência de provas, matéria esta que será devidamente analisada no mérito.

Portanto, não conheço da presente preliminar.

Do mérito.

Pleiteia o apelante, a reforma da sentença a fim de absolvê-lo, ao argumento de insuficiência de provas, a possibilitar a manutenção da condenação.

Em que pese os argumentos, o caderno de provas contido nos autos transparecer em sentido diverso.

Consta da denúncia que:

“(...) no dia 19 de novembro de 2006, por volta das 16:40 horas, no Hospital Municipal desta cidade e comarca, os denunciados Edno José Valente de Carvalho e Leticia Araújo Salvador Soares, agindo com culpa e não observando regra técnica de profissão, mataram a vítima B. G. de M. (conforme certidão de óbito de f. 27).

Apurou-se que, aproximadamente 15 (quinze) dias antes do óbito, a vítima, que tinha 08 (oito) anos de idade, passou a apresentar febre e dores de cabeça.

Consta que, no dia 08 de novembro de 2006, a genitora da vítima levou-a até o Posto de Saúde Boa Vista, onde a mesma foi atendida pelo médico Fábio Bonincontro, o qual, após examiná-la, afirmou que provavelmente se tratava de um quadro de sinusite, receitando remédios e solicitando um exame de raio X, sendo que tal exame, após realizado, descartou tal hipótese.

No dia 13 de novembro daquele ano, diante da persistência dos sintomas apresentados pela vítima (vômito, diarreia, febre e dor de cabeça), a mãe da vítima levou-a até o Hospital Municipal, onde a mesma foi atendida pela denunciada Leticia Araújo Salvador Soares, médica que exercia suas funções naquele hospital.

(...) A denunciada então afirmou para a mãe da vítima que se trataria de uma virose que estaria atacando várias crianças na cidade, receitou medicamentos e liberou a criança para ir embora, agindo com imprudência.

Infere-se que, no dia 16 de novembro de 2006 a mãe da vítima novamente levou até o Hospital Municipal, apresentando os mesmos sintomas, quando então foi atendida pelo denunciado Edno José Valente de Carvalho, médico que também exercia suas funções na Santa Casa.

Nessa oportunidade, o denunciado, de forma negligente, deixou de examinar fisicamente a criança de forma adequada e ainda, de forma imprudente, liberou-a para ir embora, prescrevendo apenas medicamentos sintomáticos, também deixando de observar regras técnicas da profissão.

Diante dos entendimentos negligentes, imprudentes e sem observância das regras inerentes à medicina, a vítima teve sua situação agravada e foi levada pela mãe ao Hospital Municipal em 19 de novembro de 2006, quando então foi atendido pelo Dr. Fernando Tamborlim, o qual solicitou os exames necessários e constatou tratar-se de meningite bacteriana, determinando a internação da mesma, que faleceu naquele dia, em decorrência de “choque endotóxico, meningite bacteriana.”

De acordo com o artigo 155, do Código de Processo Penal, o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob a égide do contraditório judicial. Isto significa dizer que os elementos de prova produzidos no inquérito policial possuem validade relativa, e para assumirem condições de auxiliar na busca da verdade real devem ser confirmados em juízo.

É certo ser requisito indispensável à condenação a existência de prova robusta e inquestionável, estreme de dúvida, prova esta que, neste caso, está presente, não sendo possível acolher a pretendida absolvição.

Infere-se dos autos que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada conforme se depreende da certidão de óbito de f. 32, constando como *causa mortis* choque endotóxico, meningite bacteriana, além dos demais documentos, como prontuário médico a apontar a conduta adotada pelo réu.

Relativamente à autoria, tem-se a seguinte prova oral colhida, de forma a possibilitar constatar-se a realidade dos fatos.

O réu, Edno José Valente, ao ser interrogado em sede policial (f. 57), disse não se recordar do atendimento realizado na vítima. Contudo, ao ter acesso ao prontuário médico do menor, recordou-se do paciente, dizendo que, este não apresentava quadro compatível com meningite, sendo que sua conduta natural não era a de liberar paciente com febre, e que, se constatasse um quadro de vômito e rigidez na nuca, investigaria a meningite.

Após instado pelo Conselho Regional de Medicina, o réu respondeu (f. 173-174) que, após a prescrição de antitérmico deixou a criança em observação por 30 a 40 minutos e que após tal período a criança apresentou melhora e já estava sem febre. Ainda expôs que na cidade em questão, havia um surto epidemiológico gripal e que a conduta adotada foi para combater um processo de disseminação.

No entanto, em juízo (f. 580-582), acusado afirmou que teria feito o exame físico na vítima, constatando nesta que apenas apresentava febre, e nenhum sintoma específico de meningite. Colho o seguinte:

“(...) que quando atendeu a criança o interrogado buscou apenas sanar a febre que estava sendo acometida a criança, ainda porque se tratava de um hospital de emergência; que não percebeu na criança qualquer sintoma ou indícios que levasse ao diagnóstico de se tratar de um quadro de meningite; que deixou a criança após ter sido medicada com antitérmico, sendo observada por uma técnica de enfermagem, Dona Ivani (..) que após 40 min a referida atendente se dirigiu ao interrogando comunicando que a criança estava sem febre e estava bem e, ato contínuo, pediu que a criança fosse levada à presença do interrogando, ainda porque para a liberação do paciente só o médico pode fazê-lo; que após emitir o receituário com a aplicação de dipirona, via oral, escrevendo, inclusive, de próprio punho, que a criança deveria retornar ao ambulatório para continuar a investigação para buscar origem da febre (..) que o sintoma de meningite não é apenas febre, mas enrijecimento, cefaléia, vômito e rigidez no corpo; que a vítima em nenhum momento apresentou esses sintomas, ainda porque o interrogando examinou a criança e apenas constatou a febre. (..) que quando do atendimento da criança, o interrogando fez o exame físico da criança. Que se a criança atendida estivesse portadora de meningite, quando atendida pelo interrogando, e não medicada, não viveria o tempo que viveu até o dia em que foi atendida no hospital e internada pelo Dr. Fernando.”

De tais informações prestadas pelo acusado, nítida a ausência de sintonia das versões por ele apresentadas por três vezes, não verificando-se total compatibilidade. Não só por isso, mas também, do prontuário médico registrado por ele (f. 22-23), no qual verifica-se dado no qual indica que a vítima estava com febre há uma semana, contrariando a versão daquele de que desconhecia tais fatos, presumindo que se tratava apenas de uma gripe, ainda que estivesse constatado que a febre já durava a mais tempo.

Além disso, a contraria mais ainda a versão da defesa, têm-se os depoimentos prestados por Maria Aparecida Galiano Sales, genitora da vítima que, ao ser ouvida na fase investigativa (f. 34-35) relatou o seguinte:

“Que no dia 16.11.2006 a declarante retornou ao Hospital da Santa Casa com B.; que B. estava muito ‘fraco’; que no Hospital da Santa Casa a declarante foi atendida por um médico o qual não se identificou, que a declarante não sabe de quem se trata;

que o referido médico disse que B. não poderia ficar internado e sequer examinou o menor; que B. já apresentava o pescoço rígido; que o referido médico prescreveu Dipirona e encaminhou B. novamente para casa; que no domingo dia 19.11.2006, por volta das 09h30min, a declarante novamente encaminhou B. ao Hospital da Santa Casa; que a declarante e B. foram atendidos pelo Dr. Marcos, o qual os encaminhou para o Dr. Fernando Ferreira, pediatra do hospital; que o Dr. Fernando, ao examinar B. constatou que o menor estava com meningite; que B. permaneceu internado no Hospital; que depois do almoço B. começou a piorar; que B. parecia que estava em coma; que por volta das 16h a declarante constatou que B. falecera.”

Perante juízo (f. 497-504), a genitora ratificou a versão acima, relatando que o réu não teria examinado com cautela o menor, ainda que, tendo o conhecimento de que a criança já havia passado por dois outros médicos, e mesmo assim não apresentava melhoras em seu quadro de saúde, persistindo todos os sintomas. A propósito, colaciono o seguinte trecho:

“(...) Só que daí depois continuou dando febre e dor de cabeça daí eu levei nesse outro médico que é o Ede sei lá como que é o nome, que até no momento ele nem falou o nome dele pra mim só passou uma injeção e não passou receita, não passou nada. E mandou eu ir embora. Juiz: Tá isso no dia dezesseis de novembro? Depoente: Isso.(.) 7: Tá é e na segunda vez que a senhora retomou no dia dezesseis nó? Depoente: Isso. ? : Com o doutor Edimon? Depoente: Eu comentei com ele tudo de novo né. eu já trouxe aqui com diarreia assim, assim não melhorou a febre não corta, tudo mais. Aí ele falou assim não isso aí deve a sinusite deve tá muito atacada e deve ter infeccionado alguma coisa não sei. Aí ele só falou isso aí. Também não pediu exame não pediu nada mandou eu ir embora só aplicou uma injeção e mandou eu embora(..) 7: E em relação a esse dia dezesseis consta na denúncia que sequer o doutor Ede não teria ou visto ou viu de passagem. Como é que foi esse atendimento? Depoente: Ah ele chegou só. ? : Foi alguma sala? Depoente: Não. ? : (Ininteligível) uma sala? Depoente: Estava lá na emergência mesmo. 7: Hum na emergência? Depoente: E e aí ele mandou ele sentar lá e tal, aí ele perguntou assim: ‘Que quê ele tem?’ aí eu falei assim: ‘Oh ele Ui reclamando muito de dor de cabeça.’ ? : Hum. Depoente: Falei levei no médico assim, assim e o medico comentou que ele estava é com sinusite. ? : Hem. Depoente Mas daí ele passou os medicamento só que até agora não teve resultado dos medicamentos. ? : Certo. E ele fez o que (ininteligível)? Depoente: Ele só pegou e falou assim não deve ser a (ininteligível) mesmo eu vou e passou uma injeção. 1: Hum. Depoente: E ele tomou a injeção (ininteligível). 7: Quem que aplicou a injeção fol. Depoente: Não lembro, não recorde. ? : Foi a enfermeira, não foi ele? Depoente: Não, foi a enfermeira. 7: Foi 4 enfermeira? Depoente: Hum-hum. ? : Tá. E ele fez algum procedimento algum como é que eu vou falar. É fez algum análise no paciente? Depoente: Não. 7: Tirou febre? Depoente: Não. 7: Olhou garganta? Depoente: Ts, ts. (...) ? : Abriu olho? Depoente: Ts, ts. ? : Nada? Depoente: Nada, nada, nada. ? : Pediu pro menino tirar a roupa? Depoente: Não. 7: Escutou o pulmão? Depoente: Nada. ? : Nada, nada? Depoente: Ts, Is, ts. ? : Mesmo a senhora falando que ele estava. Depoente Isso ‘: Com o quadro de. Depoente: Né. 7: De febre? Depoente: De nada, nada, nada. (...) ? : E o doutor Edimon que ele falou da febre que não cortava, que não saía? Depoente: Não falou nada. 7: Não falou que era normal, não falou nada? Depoente: Não falou nada. 7: E no dia dezenove a senhora foi atendida pelo doutor Marcos e depois ele chamou o doutor Fernando? Depoente: Isso. 7: Doutor Fernando de plano já ele já diagnosticou a meningite como é que foi? Depoente: Isso na chegada na hora que ele olhou ele falou que era meningite. (...) 7: Ah tá. Então vamos lá é quando a senhora chegou no dia dezesseis lá que foi atendida pelo doutor Edimon a senhora já tinha é a senhora disse alguma coisa a respeito de meningite pro doutor Edimon? Depoente: Hum-hum, com certeza. (...) ? : A senhora comentou o que? Depoente: Que ele estava com dor de cabeça muito forte que ele já tinha

tido meningite com seis meses de nascido. ? : Tá que mais? Depoente: Al ele pegou al no momento eu fui e falei pra ele só que eu fui levei no postinho que o doutor Fábio comentou que era sinusite. ? ; Então ela acreditou no prognóstico do doutor Fábio deu (ininteligível)? Depoente: É. ? Ai ele confiou nesse prognóstico? Depoente: Sim. ”

Ressalte-se ainda trecho no qual, segundo a genitora, o réu ao prescrever um antitérmico para a vítima, sequer deixou o paciente em observação, liberando-o ainda que a febre persistisse. Vejamos:

“Depoente: Sim. ? :Ta deixa eu falar outra coisa pra senhora, a senhora o doutor Edimon ele o menor quando estava com febre, ele deixou o menor um tempo deu medicação deixou em observação, ficou um tempo ali esse menor? Depoente: Não. ? : Ali tipo na outra sala ao lado aguardando pra ver se a febre baixava? Depoente: Não. ? : Não? Depoente: Ele só. ? : Não. Depoente: Passou o remédio aplicou e nós fomos embora. ? : Tá, e quando esse menor foi liberado ele já tinha baixado a febre ou estava com febre ainda? Depoente: Estava com febre ainda. ? : A senhora tem certeza? Depoente: Certeza. ? : E a situação do menor, a aparência do menor estava muito como era essa situação nesse dia, que a senhora que o doutor Edimon avaliou o menor estava muito feia, estava critica? Depoente: Estava um pouco, um pouco. ? : Era a senhora acha que era possível ele descrever que era meningite? Depoente: Sim com certeza. ? : Que se tratava de meningite? Depoente: E.(..)”

A corroborar a situação apresentada, o parecer médico-legal de f. 95-98, delineou no relatório médico acerca dos procedimentos adotados quando do tratamento do paciente, pelo qual é possível verificar entre as ocorrências que, desde o primeiro atendimento – 13/11/2006 às 18:26h, o infante já apresentava sintomas como febre permeando em 38.3°C, diarreia e vômitos. Ainda há indicação de que o paciente já havia procurado atendimento na data de 08/11/2006, sem constar maiores detalhes sobre exames solicitados. No segundo atendimento – 16/11/2006 às 09:00h, em que o paciente foi atendido pelo réu, a febre persistia em 38°C, sem análise dos demais sintomas, sendo prescrito apenas o uso de dipirona por uma semana. No terceiro atendimento – 19/11/2006 às 08:55h, já com uma abordagem mais incisiva, na avaliação pediátrica verificou-se os mesmos sintomas do primeiro atendimento, tais como mal-estar e febre em 38°C, sendo realizado exame em que se constatou tratar-se de meningismo, solicitando Hemograma e PCR.

Deste terceiro atendimento decorreu a internação da vítima no mesmo dia a partir das 09:30h, dando início ao tratamento imediato diante dos sintomas verificados, sendo que a partir das 16hs, o quadro clínico do paciente piorou, adotando-se outros procedimentos para reversão do quadro, porém infrutíferos, decorrendo enfim, na sua morte as 16:40h.

Ainda nesse parecer médico, sobre os sintomas e evolução da meningite apresentada no paciente:

“2.a - Não existe sinal clínico, patognomônico de meningites, sendo o espectro de sinais e sintomas muito amplo. As meningoencefalites são em via de regra, sempre precedidas por uma infecção periférica, geralmente cio trato respiratório, excetuando-se aquelas advindas de complicações de TCE e de procedimentos neurocirúrgicos. Os sinais e sintomas dependem da idade da criança, do tempo decorrido desde o início do processo, do agente envolvido, da existência ou não de complicações e da resposta do paciente à infecção. No escolar os sintomas mais frequentes são os vômitos recorrentes, não associados a outros distúrbios gastrintestinais e não relacionados diretamente com a ingestão de alimentos, além de febre, cefaléia e fotofobia. Os sinais clássicos de irritação meníngea são relativamente tardios ou não ocorrem em determinadas idades. Além do que, os sinais de meningismo podem existir em outras patologias, que não somente a meningite. Por exemplo, otite, abscesso de amígdalas, torcicolos.”

De forma a reforçar a conduta negligente apresentada pelo réu, temos o depoimento testemunhal de Fernando Tamborlim Ferreira, médico que atendeu a vítima na data do óbito, relatando em juízo o seguinte:

“(...)Depoente: Embora o diagnóstico patológico seja baseado em exames complementares. O exame clínico é praticamente super políclico de uma para outra, a viral e a bacteriana. Exceto alguns casos de infecção, de meningite bacteriana, que já com evolução mais longa, que já está em uma fase mais adiantada, que daí a criança em estado geral é muito comprometida. Mas no momento inicial o quadro clínico é super políclico entre a bacteriana e a viral e o que acaba fazendo o diagnóstico diferencial, é o exame de liquor. Juiz: Ta, mas para chegar nessa coleta do exame de liquor, existe algum estágio que o médico tem que esperar para ver se é realmente a meningite bacteriana? Para tentar pedir esse exame ou ele pode, já nos sintomas iniciais, ele já tem condição de pedir esse exame? Depoente: Bom, a meningite é uma das doenças que exige do profissional um alto grau de suspeição, ou seja, a menor possibilidade de ter o diagnóstico, o médico deve fazer a coleta do liquor que é o que efetivamente estabelece o diagnóstico. Não deixa de ser um exame evasivo a coleta de liquor, por isso mesmo o paciente tem que apresentar dados clínicos, que possam justificar a coleta do liquor. Juiz: Qual seriam esses dados? Depoente: Febralta, mal estar no geral e a evidência de sinais meninges. São duas manobras, manobra de Quilling e manobra de Budin, são 2 exames que a gente faz. É um exame rotineiro, que qualquer médico ao examinar um doente, realiza essas duas manobras. E a presença de alteração nessas manobras, significa a possibilidade de hipertensão intracraniana, significa que tem um aumento do volume do conteúdo encefálico, que é uma das causas de aumento de pressão intracraniana e a meningite, entre outras causas também. Mas no caso específico de criança, praticamente, sempre é meningite. Pode ser viral ou bacteriana e às vezes é meningocéfale também. É outra possibilidade de diagnóstico. Mas a objetivamente, pelo o que o senhor me perguntou, existe sim um cortejo de sintomas que justifica a realização do exame. (...)Depoente: Então, a meningite bacteriana costuma ter uma evolução de até 72 horas. Ai se estabelece e fica claro o diagnóstico. Do início do contágio até 72 horas, o quadro clínico fica muito característico. Se não houver socorro a partir dessas 48, 72 horas, é possível que o paciente vá a óbito. Então agora, passado esse período, é muito difícil uma meningite, eu não me recordo agora, qual que foi a trilogia. Existe basicamente, a mais comum é hemófilos, pneumococo e meningococo. Essas três meningites tem uma evolução bastante rápida. Existe outra bactéria que é a tuberculose que tem a evolução, essa pode ser crônica, pode ter uma evolução de meses. Juiz: Hum-hum. Depoente: Mas ela não tem essa particularidade de rapidamente ir a óbito, como essas 3 bactérias. Então nesse caso, eu não me lembro qual que foi a bactéria, porque esse exame, ele demora uns dias para chegar para a gente. Na verdade, a gente quando vai tratar, o médico diante desse diagnóstico, ele faz um plano terapêutico independentemente da trilogia. Depois, com o resultado do exame que você pode fazer alguma alteração. (...)” (f. 483-493)

Além disso, em relação aos procedimentos adotados durante o plantão médico hospitalar, a testemunha ainda expôs que os atendimentos emergenciais eram realizados no Hospital Municipal, por médico plantonista, o qual era incumbido de chamar o médico especialista da área que estava de sobreaviso, em casos que demandassem precaução ou maior gravidade, procedimento que se vê ignorado pelo acusado, conforme exposto a f. 483-493. Vejamos:

“Então, por exemplo, o hospital aqui consta com cardiologista, com pediatra, com ginecologista, com cirurgião, com urologista. (...) O médico de plantão, ele está ali para atender a emergência e não para fazer o tratamento quando o paciente é hospitalizado. Então, todo caso de maior gravidade ou que precisa ser estabelecido um diagnóstico, que não dá para o médico naquele volume de trabalho ali, estabelecer, ele chama o médico de sobreaviso na área. Então como era criança, eu era o médico de sobreaviso, ele chamou para mim primeiro fazer o diagnóstico e depois tomar a conduta. Libera ou interna, o quê que vai fazer? Então a rotina é essa, o médico atende, os casos mais simples que dá para resolver só com a consulta, é liberado. E os casos de maior complexidade ou que possam exigir internação, é reportado ao médico do sobreaviso. Que nesse caso era eu(...)”

No entanto, como visto dos prontuários médicos do paciente, a sua febre já persistia por uma semana, sendo que do primeiro atendimento em 13/11/2006 às 18:26h, até o segundo atendimento ocorrido na data de 16/11/2006 às 09:00h, já perfazia praticamente lapso de 48hs em que se demandaria socorro. Mesmo assim, apesar do réu ter tomado conhecimento da situação que perdurava na criança, como febre de 38°C, além de diarreia e vômitos, apenas ministrou remédio no intuito de baixar a temperatura, não prosseguindo com os procedimentos adequados de cautela, exigidos para tais situações em pacientes com a idade da vítima, permitindo de forma negligente que o infante fosse para a casa, ao invés de encaminhá-lo cautelarmente ao médico especialista.

Aliás, a situação se evidencia das provas ilustradas, quando verificado que transcorridas 72h do segundo atendimento, já no terceiro atendimento – 19/11/2006 às 08:55h, o paciente foi devidamente encaminhado ao médico especialista, Fernando Tamborlim Ferreira que, ao diagnosticá-la com o quadro de sintomas da doença, procedeu com o tratamento adequado, encaminhando aquele para a internação, mas que, diante do grau avançado que o menor já se encontrava, não surtiu efeitos, vindo a falecer no mesmo dia às 16:40h.

Por fim, somando-se contexto delineando, abstrai-se do Processo Ético Profissional nº 13/2008 – f. 902-903 e 912, do qual é possível destacar os seguintes excertos dos votos dos Conselheiros que analisaram a conduta profissional do apelante. Vejamos:

“Seguindo a mesma linha de raciocínio, concluo que o médico Edno foi negligente e imprudente, ao liberar uma criança que já estava há mais de uma semana com um quadro diagnosticado inicialmente como virose, mas com essa evolução desfavorável, merecia mais cuidado ao exame físico e na realização de exames complementares, iniciar antibioticoterapia nessa fase, poderia fazer uma grande diferença. Ao observar o prontuário, verifica-se que fez um exame físico sucinto e ilegível” (Conselheira Maria de Lourdes Quevedo).

“O Dr. Edno foi absolutamente negligente no atendimento do paciente menor que já estava vários dias com quadro infeccioso arrastado e sinais de gravidade da doença; imprudente em não examinar o paciente, liberando-o para casa. O que o médico escreveu no prontuário está absolutamente ilegível. O desfecho letal do paciente foi diretamente relacionado ao atendimento negligente e imprudente do médico em um momento em que já havia sinais de gravidade da doença e que ainda havia tempo hábil para salvá-lo” (Conselheiro Marco Aurélio Ratier Jajáh Nogueira).

Extraí-se do quadro probatório retratado nos autos que, o acusado agiu com negligência e imperícia no diagnóstico da criança, visto que, mesmo sem constatar com exatidão por exame físico (palpação, medição de temperatura, etc) das causas dos sintomas ora relacionados no presente caso, deixou de solicitar, em caráter de urgência, a realização de exames necessários para a confirmação do quadro da doença acometida pelo infante, ou encaminhá-lo ao médico especialista, fato esse plenamente considerável, quando visto que a vítima, já encontrava-se nesta situação por uma semana, e que mesmo ministrado remédios, a febre não diminuía.

Não bastasse isso, o réu também atuou de forma negligente, ao permitir o retorno da vítima para casa logo após os remédios por ela ingeridos, ainda que por cautela, deveria recomendar a ela que aguardasse por determinado tempo, a fim de ficar sob observação, e intuito posterior de constatar qualquer alteração em sua temperatura, não agindo o réu dessa forma, mas ao contrário, sob o pretexto de que a criança apresentava sinais vitais normais, não ponderando quaisquer outras recomendações.

Por outro lado, atribuir a culpa à genitora da vítima aludindo que aquela tenha apresentado ínfimas informações do quadro de saúde do paciente, ou informações falaciosas sobre os procedimentos adotados

pelo réu, os quais a defesa aludiu ter sido os procedimentos corretos, mostra-se tese defensiva descabida, não só pelas provas constantes nos autos que contrariam por completo os argumentos aventados no recurso, mas também, pelo certo de não poder-se incumbir a genitora do filho apresentar prognóstico de saúde deste, quando é tarefa que compete ao profissional em questão, o qual deveria partir de uma análise minuciosa em dados já constantes no prontuário do paciente, tais como consultas anteriores, além de adotar os procedimentos necessários observando o dever objetivo de cuidado e cautela, as quais infelizmente não foram tomadas.

A teor do art. 18, inciso II, do Código Penal, o crime é dito culposos quando a conduta voluntária que produz um resultado apesar de não quisto, é previsível, de tal modo que podia, com a devida atenção, ser evitado. Para tanto, o resultado morte ocorre com o elemento subjetivo da culpa, exigindo a demonstração da inobservância do dever de cuidado objetivo derivado da imprudência, imperícia ou negligência e a previsibilidade do evento.

A propósito, leciona a doutrina de Guilherme de Souza Nucci sobre a negligência que:

“(...) é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte, material e psiquicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 17. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 220)

Nesse contexto é importante lembrar que o mesmo Código, em seu art. 13, ao resolver a questão do nexo de causalidade, adotou a teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais, em que considera-se como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

É certo que é dever do médico procurar identificar os sintomas apresentados pelo paciente, por meio da realização de exames, sempre visando um melhor diagnóstico, com o intuito de evitar a ocorrência de um resultado danoso, ou de outro modo, aplicar os procedimentos necessários para melhor apurar a situação, como por exemplo, o encaminhamento da pessoa com doença ainda não diagnosticada ao clínico especializado. Desta forma, somente se afirma sobre a possibilidade de negligência ou imperícia se o profissional não atentar para o mínimo necessário, pois a medicina, salvo raras situações, é uma ciência de meio e não de resultado.

Assim, lembrando que no ordenamento jurídico pátrio a culpa não pode ser presumida, devendo restar sempre devidamente comprovada, máxime se a acusação de homicídio culposos (art. 121, § 3º, do CP) é dirigida contra um profissional da medicina, a configuração do delito em referência depende da demonstração inequívoca de que o agente tenha agido com negligência, imprudência ou imperícia.

Vislumbra-se, portanto, que está devidamente configurado o nexo de causalidade entre a conduta do Acusado e o resultado danoso.

Desta forma, a conduta do apelante só poderia ser excluída da cadeia causal se de fato, houvesse prova plena de que não impôs em comprometimento das chances de vida e integridade da vítima, o que, largamente contextualizado alhures, verificou-se que sua inércia foi decisiva no agravamento da doença da criança.

A propósito, assim já se decidiu:

“APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – ERRO MÉDICO – I) PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA O DESCUMPRIMENTO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA COMPROVADAS – II) RESPOSTA PENAL – PLEITO DE EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 121, § 4º, DO CP –

INADMISSIBILIDADE – INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO CONFIGURADA – RECURSO DESPROVIDO” – (TJPR, Apelação Crime nº. 1.188.562-4, 1ª. Câmara Criminal, Rel. De. Naor R. de Macedo Neto, Jj. 13/06/2014).

“APELAÇÃO CRIME – HOMICÍDIO CULPOSO – ERRO MÉDICO – ARTIGO 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL – DECRETO CONDENATÓRIO – INSURGÊNCIA – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – MÉDICO PLANTONISTA – IMPERÍCIA NO DIAGNÓSTICO DE APENDICITE AGUDA – NEGLIGÊNCIA AO PERMITIR O RETORNO DA CRIANÇA PARA CASA – QUADRO CLÍNICO DE RÁPIDA EVOLUÇÃO – INTERVENÇÃO CIRÚRGICA TARDIA. MORTE DA VÍTIMA – DESCUMPRIMENTO DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO ACUSADO E O EVENTO FATÍDICO – CULPA COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – REPRIMENDA CORPORAL – EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – SENTENÇA ESCORREITA – RECURSO DESPROVIDO.” (TJPR, Apelação Crime nº. 1126806-5, 1ª. Câmara Criminal do TJPR, Rel. De. Naor R. de Macedo Neto, j. 26/11/2015).

Em mesmo sentido, este sodalício:

“APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – FALTA DE NOTIFICAÇÃO ACERCA DE DOCUMENTO JUNTADO AOS AUTOS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRELIMINAR AFASTADA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS CLARAS E ROBUSTAS QUE O APELANTE AGIU COM NEGLIGÊNCIA AO ATENDER A VÍTIMA – RECURSO IMPROVIDO. (...) Não há falar em absolvição, quando as provas acostadas aos autos forem seguras ao apontar que o apelante, em decorrência de negligência médica, não prestou os cuidados necessários para as vítimas.” (TJMS - ACR: 374 MS 2010.000374-6, Relator: Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 2ª Turma Criminal, j. 08/03/2010)

Portanto, a toda evidência demonstrada do caderno de provas dos autos, não há que se falar em absolvição do réu.

Em relação ao prequestionamento cabe esclarecer que, prescinde de manifestação explícita dos dispositivos legais invocados, sendo que a matéria em questão foi expressamente abordada.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (2º Vogal)

Não havendo nenhuma alegação com o pedido de anulação do processo, subtendendo-se que o mesmo se refira ao mérito recursal que impugna a condenação do réu, não há como conhecer desse pedido.

No mérito, há provas suficientes da negligência do recorrente, conforme bem fundamentado na sentença e no voto do e. Relator.

Ante o exposto, acompanho o Relator para conhecer em parte o recurso interposto por Edno José Valente de Carvalho e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Com ressalvas do 2º vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 02 de abril de 2018.

2ª Câmara Criminal**Agravo de Execução Penal nº 0010499-06.2018.8.12.0001 - Campo Grande****Relator designado Des. José Ale Ahmad Netto**

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – INTERPOSIÇÃO MINISTERIAL – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – EXCESSO DE EXECUÇÃO – PRECEDENTES DO STJ – PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES – UNIFICAÇÃO E SOMA DAS PENAS – ART. 84, DO CP – CONDIÇÃO DE REINCIDÊNCIA APLICÁVEL A TODAS AS CONDENAÇÕES A PARTIR DE SEU RECONHECIMENTO – FRAÇÃO DE 1/2 (METADE) SOBRE O TOTAL DAS PENAS – APLICABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Deve prevalecer a orientação firmada pelo STJ no julgamento do HC nº 381.218/MG, no sentido de não admitir mais, a alteração da data-base para a progressão de regime para a data do trânsito em julgado da condenação superveniente, pois resultaria em verdadeiro excesso de execução de pena sem previsão legal nesse sentido.

Nos termos do art. 83, II, do Código Penal, o reincidente em crime doloso deve cumprir 1/2 (metade) da sanção para a obtenção do livramento condicional, sem cogitar-se de aplicação concomitante do patamar de 1/3 (um terço) para a execução de pena aplicada ao tempo em que ostentava primariedade e de 1/2 (um meio) para as demais execuções.

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 parcialmente nos termos do voto intermediário proferido pelo 1º Vogal, vencidos, em parte, o Relator e o 2º Vogal. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 4 de junho de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe agravo em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal, nos autos da execução penal nº 0009730-21.2011.8.12.0008, que, com relação ao recorrido Cristiano de Souza, indeferiu o pedido do órgão ministerial, mantendo-se a data-base para fins de progressão de regime prisional a data da falta disciplinar, ocorrida em 18/03/2013.

Alega em resumo que tal marco deve corresponder à data do trânsito em julgado da última condenação. Além disso, com relação à pena relativa ao crime da GR nº 0003010-28.2017.8.12.0008, deve ser aplicada a fração de 1/2 no cômputo da previsão do livramento condicional.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe agravo em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal, nos autos da execução penal n. 0009730-21.2011.8.12.0008, que, com relação ao recorrido Cristiano de Souza, indeferiu o pedido do órgão ministerial, mantendo a data-base para fins de progressão de regime prisional a data da falta disciplinar, ocorrida em 18/03/2013.

Alega em resumo que tal marco deve corresponder à data do trânsito em julgado da última condenação. Além disso, com relação à pena relativa ao crime da GR nº 0003010-28.2017.8.12.0008, aduz que deve ser aplicada a fração de 1/2 no cômputo da previsão do livramento condicional, em razão da reincidência.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opina pelo provimento do recurso.

Insubsistente o recurso.

Com relação à data-base para fins de progressão de regime prisional, consta da judiciosa decisão proferida em primeira instância o seguinte:

“Analisando o cerne da questão posta sob apreciação, não há de ser alterado no cálculo de pena mencionado, sobretudo em relação à data-base estabelecida como parâmetro para alcance da progressão de regime.

Neste aspecto, inicialmente, se for considerada a data do trânsito em julgado como pretende o MP, estar-se-á penalizando o interno duplamente. Primeiro porque no momento da prolação da sentença, o magistrado já terá considerado as circunstâncias do crime e a reincidência e nesta condição, agravado a pena do condenado. Segundo pelo fato de um eventual recurso atrasar o trânsito em julgado da condenação e nesta condição, penalizado exatamente por ter exercido seu direito constitucional de ampla defesa, especificamente por ter recorrido contra a sentença penal condenatória.

Cabe ao juiz, prolator da sentença, examinar as circunstâncias do crime e aplicar a pena, considerando a possibilidade do autor tê-lo praticado quando tinha sobre si outra condenação transitada em julgado ou durante a execução de uma outra pena. É a consequência da reincidência ou das circunstâncias do crime, analisada de acordo com o artigo 59 do CP. Tudo isso tem que se analisado por ocasião da sentença, não podendo ser penalizado novamente com mais tempo de cumprimento de pena no regime fechado quando de sua execução.

Da mesma forma, não pode ser penalizado por ter feito uso do direito constitucional do recurso. Ora, porque recorreu, levou-se mais tempo para o trânsito em julgado da decisão, e por isso, ficou mais tempo para alcançar o benefício.

Este é o raciocínio, o qual convenhamos, além de injusto, é totalmente sem razoabilidade jurídica, já que implicaria em dupla penalidade ao interno. Este é o raciocínio, o qual convenhamos, além de injusto, é totalmente sem razoabilidade jurídica, já que implicaria em dupla penalidade ao interno.

Veja, se o condenado encontra-se em regime semiaberto ou aberto, a prática de fato definido como crime, durante o cumprimento da pena, caracteriza falta grave e nesta condição, deve ter seu regime regredido. Como já se encontra em regime fechado, a consequência jurídica da execução, em nível de sanção, passou a ser a alteração da data-base para obtenção do benefício de progressão de regime, bem como a perda de parte dos dias remidos.

A data-base deve ser a data da falta grave ou do último delito (também considerado falta grave) e não o trânsito em julgado da sentença condenatória. Todavia, se ele se encontrava em liberdade em decorrência de fuga ou outro motivo, a data-base passa a ser a data de sua prisão.

Portanto, as consequências da execução penal prevalecem se praticado fato definido como crime doloso ou falta grave, qual seja, a regressão de regime e perda de parte dos dias remidos, sem qualquer majoração de pena para cumprimento em regime fechado, caso o condenado já se encontre neste regime. Regressão de regime ou adequação se ele estiver cumprindo pena no regime semiaberto ou aberto, o que não é possível na hipótese de já estar cumprindo pena no regime fechado.

Se o interno, encontra-se no regime fechado e na sequência de sua execução de pena pratica sucessivas faltas, ainda que se refiram a crimes, deverão ser consideradas no momento da prolação da eventual sentença condenatória conforme dito acima, impondo como consequência/sanção na execução de sua pena a alteração da data-base para obtenção de benefícios.

Veja: Pelas circunstâncias dos crimes praticados durante a execução, aplicação de penas maiores na sentença. Como consequência das faltas graves aqui considerados os crimes, alteração das datas-bases para obtenção de benefícios, devendo, todavia, estas datas serem fixadas como data do fato, o que por si só já estabelece um aumento de pena em regime fechado para obtenção de novos benefícios.

Por tais razões, (1) se restou comprovado que, no cumprimento de sua pena, o interno praticou falta disciplinar de natureza grave (gênero), como por exemplo, fuga ou prática de novo crime, a data deste fato será a nova data-base para obtenção de benefícios. (2) na hipótese dele se encontrar em liberdade em decorrência de fuga (considerada falta grave) sem a prática de novo crime, a data-base passa a ser a data de sua nova prisão. (3) na hipótese dele se encontrar em liberdade, em decorrência de fuga (ainda que considerada falta grave) e cometimento de novo crime, da mesma forma, a data-base passa a ser da nova prisão. (4) na hipótese de ter praticado vários crimes antes do início do cumprimento de sua pena, ainda que alguns deles tenham sido sentenciados e tenham ocorrido o trânsito em julgado após o início do cumprimento das penas iniciais, a data-base deve ser a data da prisão que deu início ao cumprimento da pena, não podendo ser alterada pelo trânsito em julgado de condenações posteriores.

Se assim não fosse, no caso em pauta ou seja, se fosse considerado a data do trânsito em julgado como nova data-base, conforme pretende o Ministério Público, o interno teria que cumprir tempo a mais no regime fechado, sem nenhuma previsão legal para tanto.

Ora, o interno não pode ser prejudicado na execução de sua pena pela duração do processo e muito menos por ter exercido o direito constitucional ao recurso.

Esta situação não está regulada por nenhum dispositivo legal. Durante todo este período ele cumpriu pena no regime fechado, razão pela qual este período deve ser considerado na soma total de suas penas, como pena cumprida para obtenção de benefício.

A execução penal não pode ser transformada num intuito penalizador, conforme ocorre com a previsão de alteração de data-base com o trânsito em julgado.

Portanto, não pode ser penalizado pela perda de tempo de pena cumprida, quando esta pena for majorada durante sua própria execução, por fato ocorrido anterior ao início de seu cumprimento, uma vez que esta situação não está regulada por nenhum dispositivo legal e, nesta condição, contrário à previsão do art. 1º, parte final do art. CP (não há pena sem prévia cominação legal) e art. 5º, II, da Constituição Federal (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), o que nos autoriza a concluir que qualquer interpretação contrária deve ser considerada inconstitucional.

Imposição de pena se dá somente em sentença condenatória. Se isso não bastasse, ainda fere o princípio da dignidade humana, o que estabelece ainda mais como inconstitucional.

No HC 101.023/RS, o STF, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, endossou o entendimento de que a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para a concessão de benefícios, tendo Sua Excelência, data vênua, fundamentado seu voto sob a análise exclusiva do regime semiaberto ou aberto, únicos que admitem a adequação ou regressão conforme mencionado acima, o que não é possível na hipótese do regime fechado, por ter previsão legal e/ou por ser interpretação contrária afronta direta à dignidade humana.

É como se devêssemos determinada quantia em dinheiro para alguém, pagássemos parte dela e por pegarmos novo empréstimo, ainda que descontado o pagamento realizado em relação ao débito total, tivéssemos, sem previsão legal e sem acordo, um acréscimo de juros sobre o montante total. Mutatis mutandis, é esta a situação que ocorre quando se tem a data do trânsito em julgado da sentença condenatória como nova data-base para obtenção de benefícios na execução penal. Por fim, a fixação da data-base como sendo a data da infração ou prisão, em caso de foragido, encontra respaldo na própria LEP, especificamente em seu artigo 127, onde o legislador prescreveu: “Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. (grifo nosso)”

Ou seja, não há como estabelecer a data do trânsito em julgado de nova condenação como data-base para o início da contagem do prazo visando o alcance de novos benefícios na execução penal.

Neste mesmo sentido, voto do Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence no Agravo de Execução Penal nº 0029653-78.2016.8.12.0001.

Ante o exposto, indefiro o pedido do órgão ministerial, mantendo-se a data-base para fins de progressão de regime prisional a data da falta disciplinar, ocorrida em 18/03/2013, restando inalterado o cálculo de f. 461/463, o que fica desde já homologado.”

Conforme bem observado pelo julgador de primeira instância, o reeducando não pode ser penalizado por ter feito uso do direito constitucional do recurso.

Por isso, a superveniência de condenação criminal, no curso da execução penal, não deve alterar a data-base – o termo inicial – para o cômputo do lapso temporal exigido na concessão de benefícios, quaisquer que sejam.

Se o preso provisório, acusado de vários crimes em um singular processo, não tem a data-base alterada para o dia do trânsito em julgado de sua condenação, pois começou a cumprir a pena em momento anterior, simplesmente não há sentido em alterar essa lógica somente por terem os crimes sido apurados em processos distintos.

Diferentemente do Direito Processual Civil, em que a execução exige título executivo prévio, no Direito Penal e Processual Penal o reeducando paga a pena com a restrição a sua liberdade desde o momento em que é preso, ainda que, *a priori*, nada deva e seja meramente suspeito da prática de um crime.

Nesse átimo, a meu ver, a interrupção que vem sendo imposta, por parte considerável da jurisprudência nacional, é deveras equivocada, pois, ao deslocar a data-base para o trânsito em julgado da nova condenação, a cognição ignora, sem qualquer respaldo legal e de forma incoerente, o tempo de efetivo cumprimento de pena por parte do reeducando, antes da nova condenação.

E mais, penaliza quem recorre, limitando a garantia ao duplo grau de jurisdição, previsto na alínea “h” do item 2 do art. 8^a da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

Ora, seria melhor ao reeducando resignar-se o quanto antes com a condenação (ainda que eventualmente injusta), do que recorrer e sujeitar os benefícios da execução penal à loteria do dia em que haverá o trânsito em julgado da condenação, muitas vezes atrasado às contas do próprio Poder Judiciário.

Isso, aliás, no exercício processual regular, sendo possível cogitar, ao menos em tese, a possibilidade de manobras jurídicas espúrias, com o fito exclusivo de, orientando o trânsito em julgado da condenação, postergar a concessão de benefícios a determinado reeducando.

Recobro, doutra sorte, que a execução da pena tem por objetivos centrais a readaptação social e a reabilitação moral dos condenados, conforme consta na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 5º, n. 6) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos de Nova Iorque (artigo 10, n. 3), acolhidos pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, § 2º). No mesmo rumo, o artigo 1º da Lei nº 7.210/1984 diz ser objetivo da execução penal efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado.

Cabe argumentar, assim, que a execução não trata de várias penas, mas de uma única medida visando à reintegração do sentenciado no seio da vida comunitária. É o mais amargo dos remédios sociais, com muitos efeitos colaterais conhecidos e indesejados. Por certo, o “médico”¹ não interrompe o tratamento do paciente, desconsiderando as melhoras já obtidas, se aumenta a dose do mesmo remédio anteriormente prescrito.

Em continuação à lista de mazelas, mister salientar que a interrupção também implica, na grande maioria dos casos, em *bis in idem*, uma vez que, previsto o crime como falta grave, o reeducando, ao praticá-la, tem decretada a imediata regressão de regime e, posteriormente, é novamente prejudicado pelo mesmo fato quando sobrevém o trânsito em julgado da respectiva condenação e a alteração da data-base, mesmo sem nada ter feito no interregno entre o ingresso no regime mais gravoso e a estabilização do *decisum*.

1 No caso, o Poder Público.

Cumpra esclarecer que a estipulação do dia do trânsito em julgado de condenação superveniente é interpretação extensiva e, como tal, deve ser utilizada somente em favor do reeducando, sob o império do princípio da legalidade.

Nos primórdios dessa interpretação, considerava-se o trânsito em julgado da condenação superveniente nos casos em que os sentenciados estavam em regimes mais brandos e sobrevinha em seus desfavores outra condenação, que conduzia ao agravamento de regime ao se somar as penas. A rigor, considerando a progressividade da execução penal, a data-base da progressão deveria ser a do efetivo ingresso no regime mais gravoso após o somatório de pena. No entanto, para evitar prejudicar o réu pela demora na realização dos procedimentos necessários à transferência², convencionou-se interpretar, extensivamente, que a data-base do benefício deveria ser, não o dia do efetivo ingresso no regime mais gravoso, mas do anterior trânsito em julgado da condenação somada.

Infelizmente, a exceção interpretativa foi tomada por regra e, pior, para prejudicar os reeducandos, algo que deve ser prontamente corrigido, por ser ilegal.

Quem costuma defender a interrupção para o trânsito em julgado de nova condenação, normalmente invoca as disposições legais contidas no art. 111 e 118 da Lei de Execuções Penais. Porém, a simples leitura dos indigitados revela a ausência de qualquer norma expressa nesse sentido:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

(...)

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Assim, deve-se manter a decisão recorrida, que considerou a data do último crime como data a ser considerada no cômputo da progressão do regime prisional.

Noutro vértice, no tocante às frações para concessão de livramento condicional, igualmente não merece reparo a decisão hostilizada.

Com efeito, é incontroverso que por ocasião da primeira condenação o agravante era primário.

² Elaboração de cálculo penal, colheita de parecer ministerial, prolação de decisão judicial, emissão de comunicação, transporte e realização de audiência admonitória.

Assim, a reincidência gerada pela segunda condenação não tem o condão de alterar o cálculo da condenação anterior, pois ainda que não signifique o aumento da pena, acarreta em prejuízo ao apenado que precisará cumprir maior fração da sanção em regime mais rígido para obter os benefícios previstos na lei.

Sendo assim, ante o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem o reconhecimento da reincidência do réu, a consideração dessa circunstância na fase executória da pena acarreta em ofensa à coisa julgada.

Nesse sentido menciono os seguintes precedentes desta Câmara Criminal:

“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REINCIDÊNCIA RECONHECIDA EM SEDE DE EXECUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. O reconhecimento da reincidência em sede de execução penal, ainda que não signifique o aumento da pena, acarreta em prejuízo ao apenado que precisará cumprir maior fração da sanção em regime mais rígido para obter os benefícios previstos na lei. Transitado em julgado a sentença condenatória sem o reconhecimento da reincidência do réu, a consideração dessa circunstância na fase executória da pena acarreta em ofensa à coisa julgada.” (TJMS - Agravo de Execução Penal nº 0008120-94.2015.8.12.0002 - minha relatoria por designação - 2ª Câmara Criminal - j. 14/12/2015)

“EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REINCIDÊNCIA NO SEGUNDO DELITO – IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO CÁLCULO PARA EXECUÇÃO DA PENA DO PRIMEIRO DELITO EM QUE CONSIDERADA PRIMÁRIA – RECURSO PROVIDO. A posterior condenação pelo mesmo delito, cuja situação da reeducanda já se enquadra na reincidência, não tem o condão de alterar o cálculo da condenação pretérita em que considerada primária” (TJMS - Agravo de Execução Penal n. 0001621-42.2016.8.12.0008 – 2ª Câmara Criminal - minha relatoria – j. 20.06.2016)

Conforme bem observado pelo julgador de primeira instância:

“(...) se o sentenciado foi considerado primário na condenação, com previsão objetiva de cumprimento de pena no limite mínimo de 1/3 da pena aplicada (art. 83, I, CP), para obtenção do livramento condicional, a respectiva execução penal deverá ser modulada observando-se essa condição, independentemente de condenações criminais posteriores. A reincidência gerada pela segunda condenação, no qual prevê, de forma objetiva, um cumprimento de pena mínimo de mais da metade da condenação para obtenção do Livramento Condicional (art. 83, II, CP), não incide sobre a condenação anterior, já que se referem a títulos executivos autônomos, ainda que mesma espécie de pena, porém com qualidades diferentes, ou seja, a condenação com o reconhecimento da reincidência agrava a pena do interno, a qualificando diferentemente da primeira condenação, na qual estabeleceu-se como primário. Não se admite outra interpretação, sob pena de se criar normas restritivas de direito, com infração direta ao princípio do direito penal de não se poder interpretar ilegalmente em detrimento de quem sofre a aflição da pena, o que seria, por consequência, interpretação inconstitucional por ferir o princípio maior da dignidade da pessoa humana.”

Portanto, o cálculo para concessão de benefícios da execução penal deverá considerar frações distintas, tendo em conta a primariedade do agravante na primeira condenação e reincidência na(s) subsequente(s).

Em suas razões recusaís, o MPE indicou a existência de diversos precedentes oriundos desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça que, segundo alega, corroboram a tese recursal. Contudo, tal entendimento não encontra amparo no Supremo Tribunal Federal, conforme se observa do seguinte julgado:

“EMENTA – CONDENAÇÃO CRIMINAL – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – EXECUÇÃO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – REINCIDÊNCIA – INOCORRÊNCIA – Último fato cometido antes do trânsito em julgado das condenações. Inteligência do art. 83, I, do Código Penal. Cumprimento de mais de 1/3 da pena. Benefício deferido. Concessão da ordem. Não se considera reincidente quem pratica fato criminoso antes do trânsito em julgado de condenação penal por fato diverso.” (HC 96997, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 02/06/2009, DJe-118 Divulg 25-06-2009 Public 26-06-2009 Ement Vol-02366-03 PP-00513)

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1º Vogal)

A discussão recursal cinge-se acerca da pretendida alteração do marco temporal para fins de progressão de regime, como sendo o da condenação superveniente com trânsito em julgado, na qual a decisão combatida manteve como data-base a da falta disciplinar ocorrida anteriormente em 18/03/2013. Além disso, com relação à pena relativa ao crime da GR nº 0003010-28.2017.8.12.0008, pleiteia o MPE, a retificação do cálculo com a aplicação da fração de 1/2 no cômputo da previsão do livramento condicional, nos termos do art. 83, inciso II, do Código Penal.

Acompanho em parte o relator, para negar provimento ao recurso ministerial, em parte, quanto a questão da superveniência de nova condenação, a qual, passo a compartilhar da posição que:

“(...) a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o quantum de pena restante a ser cumprido pelo reeducando, logo, a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, baseado apenas em argumentos extrajurídicos. (STJ, REsp 1557461/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 15/03/2018)

Portanto, deve-se manter a decisão no ponto que considerou a data-base para fins de progressão, como sendo a da falta disciplinar ocorrida anteriormente em 18/03/2013 e não da condenação superveniente.

De outro lado, divirjo do relator, com vênias, para dar parcial provimento ao recurso, quanto as frações para concessão de livramento condicional.

Entendeu o Juízo da Vara de Execução Penal que:

“A reincidência gerada pela segunda condenação, no qual prevê, de forma objetiva, um cumprimento de pena mínimo de mais da metade da condenação para obtenção do Livramento Condicional (art. 83, II, CP), não incide sobre a condenação anterior, já que se referem a títulos executivos autônomos, ainda que mesma espécie de pena, porém com qualidades diferentes, ou seja, a condenação com o reconhecimento da reincidência agrava a pena do interno, a qualificando diferentemente da primeira condenação, na qual estabeleceu-se como primário.

(...)

Nesses termos, por força do art. 83, inc. I e II do CP, aplica-se a fração de 1/3 (um terço) aos condenados não reincidentes na prática de crime doloso e 1/2 (metade) aos condenados reincidentes, conforme constou no cálculo de f. 461/463.”

Pois bem.

Ainda que reconhecida a primariedade do reeducando quando do primeiro crime a que foi condenado, a reincidência posteriormente reconhecida deve influir na totalidade das penas em execução, para fins de obtenção do livramento condicional, em atenção ao que prevê o art. 84 que “*as penas que correspondem a infração diversas devem somar-se para efeito do livramento*”.

Em outras palavras, a unificação das penas enseja na obrigatória soma destas e consequente análise das circunstâncias pessoais do apenado, devendo-se imediata atualização da guia de recolhimento, de modo que, o reeducando será primário para uma condenação, mas reincidente para outra, justificando-se a aplicação de uma única fração de lapso temporal, correspondente ao condenado reincidente, sem que, com isso decorra em violação aos princípios relativos à coisa julgada e ao *non reformatio in pejus*. Nesse sentido, os recentes julgados:

“*AGRAVO REGIMENTAL – HABEAS CORPUS – LIVRAMENTO CONDICIONAL – CÁLCULO DO TEMPO NECESSÁRIO AO BENEFÍCIO – INCIDENTE SOBRE O MONTANTE OBTIDO PELA REUNIÃO DAS EXECUÇÕES – ART. 84 DO CP – REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO – LAPSO DE 1/2 (UM MEIO) – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO DESPROVIDO. 1. É assente neste Tribunal o entendimento de que havendo várias condenações deve se proceder a soma das penas, realizando-se o cálculo do requisito objetivo exigido ao livramento condicional sobre o montante obtido (art. 84 do Código Penal). 2. In casu, sendo o paciente reincidente em crime doloso, deve ser adotado o lapso preconizado no art. 83, II, do Código Penal, impondo-se o transcurso do patamar de 1/2 (um meio) da sanção para a obtenção da liberdade clausulada, não havendo de se cogitar na aplicação concomitante do patamar de 1/3 (um terço) para a execução de pena aplicada ao tempo em que o réu ostentava a primariedade e de 1/2 (um meio) para as demais execuções. 3. Tendo sido proferida em consonância com o entendimento firmado neste Sodalício sobre o tema impugnado, deve ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental que se nega provimento.*” (STJ, AgRg no HC 383.231/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

“*AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – CONCURSO DE CONDENAÇÕES – LIVRAMENTO CONDICIONAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – FRAÇÃO DESTINADA AOS REINCENTES – INVIABILIDADE DE PERCENTUAIS DISTINTOS – PROVIMENTO. O Código Penal determina a unificação de penas para avaliação do livramento condicional. Sendo assim, deve ser aplicada a fração destinada aos reincidentes para a concessão do benefício, ainda que o reeducando seja primário ao tempo da primeira condenação. Agravo de Execução Penal ministerial a que se dá provimento, ante o posicionamento consolidado da jurisprudência sobre a matéria.*” (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0044822-71.2017.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j: 19/02/2018, p: 26/02/2018).

“*AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – RECURSO MINISTERIAL – SUPERVENIÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE NOVA CONDENAÇÃO – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A PROGRESSÃO DE REGIME – CABIMENTO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – UNIFICAÇÃO E SOMA DAS PENAS – FRAÇÃO DE 1/2 SOBRE O TOTAL DAS PENAS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. Sobrevindo nova condenação no curso da execução, após a unificação das penas, interrompe-se os prazos em curso e a data-base do novo prazo para obtenção da progressão de regime é a data em que se tornou irrecorrível essa condenação. Precedentes do STF e do STJ. A reincidência é de caráter subjetivo e, por isso, acompanha o agente e não a condenação. Deste modo, uma vez reconhecida a reincidência, deve ser considerada com relação à soma*

total das penas, mesmo que em relação a algumas ele não seja reincidente. Com o parecer, recurso provido.” (TJMS. Agravo de Execução Penal n. 0045879-27.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 20/02/2018, p: 26/02/2018)

Em linhas gerais, não se decorre num agravamento da pena, e menos ainda a modificação do regime inicial, incorrendo tão somente em individualização da pena à vista do juízo das execuções a quem compete análise de institutos como progressão de regime, livramento condicional, dentre outros, relacionados intrinsecamente as condições pessoais do condenado, não estando assim, restritas ao conteúdo do título condenatório.

Assim, *in casu*, reconhecida a reincidência na ação penal n. 0003010-28.2017.8.12.0008, no qual o agravado restou condenado pela prática do delito tipificado no artigo 155, caput, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, gerando efeitos, de imediato, no cálculo dos futuros benefícios da execução criminal, inclusive quanto à incidência da fração de 1/2 para a concessão do livramento condicional, não se havendo falar, portanto, na aplicação concomitante do patamar de 1/3 para a execução de pena aplicada ao tempo em que era primário e de 1/2 para a outra execução.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Apesar de acompanhar o e. 1º Vogal quanto à extensão da fração de 1/2 (metade) para todas as penas unificadas, quanto ao livramento condicional do reeducando, eis que reincidente, devo divergir quanto à negativa de modificação da data-base decorrente da condenação superveniente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de reconhecer que, diante de nova condenação, o sentenciado deverá regredir para regime mais gravoso, além de ter interrompido o lapso temporal para a concessão de benefícios na execução penal, cuja data-base passa a ser a do trânsito em julgado da sentença, extraindo-se:

“EXECUÇÃO PENAL – HABEAS CORPUS – SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – BENEFÍCIOS PRISIONAIS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE – TERMO A QUO – TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO.

1. Trata-se de hipótese em que, no curso da execução, sobreveio nova condenação. Em casos tais, é operada a unificação das penas, nos termos do art. 111, parágrafo único, da LEP.

2. Conforme orientação desta Corte, a contagem do prazo para a concessão de eventuais benefícios da execução é interrompida e passa a ter por parâmetro a pena unificada, desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido.

3. De ressaltar, entretanto, que a jurisprudência tem considerado como marco interruptivo a data do trânsito em julgado da nova condenação, sendo irrelevante se o crime foi praticado antes ou depois do início da execução da pena.

*4. Ordem denegada.”*³

“EXECUÇÃO PENAL – RECURSO ESPECIAL – SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO – UNIFICAÇÃO DAS PENAS – ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FUTUROS – TERMO A QUO – TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO – PRECEDENTES.

³ HC 181.171/RS, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, j. 26/06/2012.

1. *Consoante orientação sedimentada desta Corte Superior, 'sobrevindo nova condenação ao apenado no curso da execução da pena - seja por crime anterior ou posterior -, interrompe-se a contagem do prazo para a concessão do benefício da progressão de regime, que deverá ser novamente calculado com base na soma das penas restantes a serem cumpridas' (HC 95.669/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJU de 18/8/08).*

2. *O marco inicial da contagem do novo prazo aquisitivo do direito a eventuais benefícios executórios é o trânsito em julgado da superveniente sentença condenatória do apenado (Precedentes: HC n.º 187.447/RS, Quinta Turma, DJe de 09/05/2011; REsp n.º 1133977/RS, Quinta Turma, DJe 15/03/2010; AgRg no REsp 982773/RS, Quinta Turma, DJe 21/09/2009).*

3. *Recurso especial parcialmente provido, para fixar a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória como marco interruptivo para concessão de futuros benefícios ao apenado, ora recorrido.*"⁴

Assim, tem-se que o marco inicial da contagem do novo prazo aquisitivo de eventuais benesses relativas à execução é o trânsito em julgado da sentença condenatória, seja ela por crime anterior ou posterior.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para determinar a realização de novo cálculo de pena, a fim de que a data-base para a progressão de regime prisional seja a da última condenação, bem como para que todas as penas relativas aos crimes comuns observem a fração de 1/2 (metade) como requisito objetivo para o livramento condicional.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente nos termos do voto intermediário proferido pelo 1º vogal, vencidos, em parte, o relator e o 2º vogal. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 4 de junho de 2018.

⁴ REsp 1.134.367/RS, 6ª Turma, rel. Des. conv. Vasco Della Giustina, j. 01/09/2011.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001610-74.2011.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. José Ale Ahmad Netto

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PECULATO – PRETENSÃO PELO AFASTAMENTO DA EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO – PRESTADOR DE SERVIÇOS – POSSIBILIDADE – TRABALHO EXERCIDO SEM CONSECUÇÃO DE FINS PÚBLICOS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO, *EX OFFÍCIO*, DE RECAPITULAÇÃO JURÍDICA – POSSIBILIDADE PELO TRIBUNAL *AD QUEM* – *EMENDATIO LIBELLI* QUE NÃO ALTERA OS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL – DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA PARA O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA – NOVA APLICAÇÃO DE PENA – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 383 E 617, DO CPP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A Lei n. 9.983/00, ao dar nova redação ao § 1º do art. 327 do Código Penal, esclareceu a possibilidade de equiparação a funcionário público quem exerça cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, ou trabalhe para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada, mas dede que para a execução de atividade típica da Administração Pública;

Revela-se necessária a aplicação por este E. Tribunal do instituto da *emendatio libelli* nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o fato típico praticado pelo acusado e descrito na denúncia deve ser enquadrado em sua correta de definição jurídica. Nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal, o Tribunal não poderá agravar a pena, em sede de recurso interposto exclusivamente pelo réu. No entanto não haverá óbice à aplicação da *emendatio libelli* caso a pena imposta ao apelante em Grau de recurso não supere o *quantum* estabelecido pelo Juízo de origem, ainda que os fatos se subsumam a um crime mais gravoso;

Recurso a que, contrário ao parecer, dou parcial provimento, em menor extensão para, afastar-lhe a equiparação prevista no art. 327, §1º do Código Penal, e, *ex officio*, proceder com *emendatio libelli* desclassificando a conduta do réu para a de apropriação indébita prevista no art. 168, do CP;

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover parcialmente o recurso defensivo.

Campo Grande, 11 de junho de 2018.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Clovis Gomes Teixeira, contra sentença de f. 171-176 que, condenou o réu como incurso nos artigos 312, c/c 327, §1º, ambos do Código Penal, a pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto e 30 (trinta) dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no valor de um 01(um) salário mínimo e prestação de serviços à comunidade pelo prazo de duração da pena.

Inconformado, segundo razões de f. 187-196, alegou que o crime imputado ao réu é inerente à figura de funcionário público e, em nenhum momento, é possível enquadrar a função exercida por aquele no disposto no artigo 327, § 1º do Código Penal, razão pela qual, requereu a absolvição ao argumento da atipicidade do delito nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Para fins de prequestionamento, requereu manifestação expressa dos dispositivos elencados.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 202-211 e 219-225, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso. O MPE suscitou prequestionamento dos dispositivos indicados.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Clovis Gomes Teixeira, contra sentença de f. 171-176 que, condenou o réu como incurso nos artigos 312, c/c 327, §1º, ambos do Código Penal, a pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto e 30 (trinta) dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no valor de um 01(um) salário mínimo e prestação de serviços à comunidade pelo prazo de duração da pena.

Inconformado, segundo razões de f. 187-196, alegou que o crime imputado ao réu é inerente à figura de funcionário público e, em nenhum momento, é possível enquadrar a função exercida por aquele no disposto no artigo 327, §1º do Código Penal, razão pela qual, requereu a absolvição ao argumento da atipicidade do delito nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Para fins de prequestionamento, requereu manifestação expressa dos dispositivos elencados.

O Ministério Público e a Procuradoria-Geral de Justiça, apresentaram respectivamente, contrarrazões e parecer a f. 202-211 e 219-225, pugnando ambos, pelo desprovimento do recurso. O MPE suscitou prequestionamento dos dispositivos indicados.

É o que basta para analisar a pretensão.

Em síntese do pedido, argumenta a defesa que o réu seria profissional autônomo, prestando serviços a Administração Pública, em hipótese que não poderia enquadrá-lo como funcionário público, razão pela qual, pleiteou o afastamento da equiparação prevista no art. 327, § 1º, do CP, e com isso, indevida a condenação na forma do art. 312, do CP, impondo a absolvição por atipicidade da conduta nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Verifico em linhas gerais do caso que, apesar de possível discutir-se a tese defensiva de indevida equiparação do réu a funcionário público, o debate não levará necessariamente a uma absolvição do apelante como pretende repercutir, mas sim, no máximo a uma desclassificação delitiva em benefício daquele, já que, incontroversas a materialidade e autoria do delito, as quais inclusive não foram contestadas no recurso, cingindo-se o dissenso apenas na imputação feita pela sentença, na forma dos artigos 312, c/c 327, § 1º, ambos do Código Penal.

A par disso, o revolvimento processual no julgamento do recurso, não comportará maiores efeitos práticos nas penas cominadas ao réu, já que, como se verifica da sentença, foram fixadas de forma branda, substituídas por duas restritivas de direito, consistente no pagamento de prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo e prestação de serviços à comunidade, pela prazo de duração da pena.

Dito isso, em digressão processual, consta da denúncia que:

“(...) em data e horário não preciso, porém, no ano de 2010, no Centro de Inclusão Digital, situado na Rua Panamá, Bairro Piravevê, nesta município de Ivinhema/MS, o denunciado Clovis Gomes Teixeira, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com vontade, na qualidade de prestador de serviços, apropriou-se de bem móvel, público, de que tinha a posse em razão do cargo, em proveito próprio e alheio.

Segundo se denota do expediente policial, à época dos fatos, o denunciado era equiparado à funcionário público, uma vez que prestava serviços de natureza telefônica e elétrica à Prefeitura Municipal de Ivinhema-MS.

Nesse contexto, num determinado dia, o denunciado Clóvis se deslocou até o Centro de inclusão Digital e, em razão do seu cargo de prestador de serviços à Prefeitura Municipal, recebeu, legitimamente, um monitor de computador da marca Positivo, avaliado em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), conforme auto de avaliação indireta de f. 79, para fins de efetuar a manutenção no mencionado bem móvel.

Denota-se, no entanto, que decorrido algum tempo, os funcionários do Centro de Inclusão Digital indagaram o denunciado Clóvis sobre a devolução do monitor, todavia, este sempre se negava a entregar.

Diante disso, os funcionários públicos registraram o boletim de ocorrência, oportunidade em que se elucidou que o denunciado, invertendo a posse legítima que lhe fora confiado em razão de seu cargo, presenteou o predito bem móvel a um terceiro conhecido como “Ceará”. (...)”

Segundo informações dos autos, o réu interrogado apenas em sede policial (f. 78-79) delineou que prestava serviços para a prefeitura, tais como parte elétrica e telefonia, afirmando que a pessoa de Edisio da Siva Nery Junior, funcionário da prefeitura do Telecentro, teria lhe emprestado o monitor. Por sua vez, relatou que em seguida também teria emprestado o monitor para terceiro chamado de “Ceará”, que após, foi embora da cidade levando consigo o aparelho. Asseverou que não furtou nem tampouco apropriou-se do bem, que lhe fora emprestado pela pessoa por ele indicada.

Sobre o crivo do contraditório judicial, a testemunha Luciano do Nascimento Santos, afirmou em juízo (f. 146) que, a época dos fatos, o réu teria solicitado a retirada de um monitor de computador avaliado em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), para realização de uma formatação de computador, tendo a testemunha chamado a atenção dele no sentido de que o bem não poderia ser retirado da localidade. Ato contínuo, o réu esclarecendo a necessidade de formatação, por pedido de terceiro de dentro da prefeitura, conseguiu por levar o bem para sua residência, sendo que, a testemunha, no outro dia, passou a ligar para ele no intuito de que o referido bem fosse devolvido. Informou desconhecer qualquer informação no sentido de o réu ter devolvido o bem posteriormente, ou mesmo utilizado deste como presente a uma terceira pessoa de alcunha “Ceará”. Instado sobre o trabalho desempenhado pelo réu, expôs que ele era uma espécie de “faz tudo”, que geralmente mexia com energia, mas o que não lhe impedia de realizar serviços fora da Prefeitura, reforçando o caráter autônomo de seus serviços.

Corroborando com tais informações, a testemunha Edisio da Silva Ney Junior (f. 151 – em juízo) relatou que ao tempo dos fatos o réu prestava serviços gerais a prefeitura, tais como telefone, luz, entre

outros. Após diversas tentativas de contato com o réu para devolução do bem, a testemunha juntamente com um amigo policial, conseguiram encontrar o acusado que, afirmou aqueles que teria vendido o monitor a terceiro, não vindo a restituí-lo posteriormente.

Verifica-se dos documentos constantes dos autos tais como o contido a f. 119-142 que, o réu não exercia ao tempo dos fatos, qualquer cargo, emprego ou função pública perante Administração direta ou indireta da Prefeitura Municipal de Ivinhema, sendo um mero prestador de serviços gerais, por meio de trabalho autônomo, não se enquadrando nas atividades típicas da administração, situação que sabe-se comum nas comarcas do interior do estado.

Diante desse contexto, entendo que a conduta do apelante não se constituiu na forma capitulada pela sentença pelos artigos 312, c/c 327, § 1º, ambos do Código Penal, não havendo que se falar em equiparação do réu ao conceito de funcionário público, pois a atividade que por ele era desempenhada não era típica da administração pública, a qual visa o administrado na consecução de fins públicos, seja direta ou indiretamente.

Nessa linha o escólio da seguinte doutrina:

“Empresa prestadora de serviços contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública: toda pessoa que trabalha para empresa que celebra contrato de prestação de serviços ou celebra convênio com a Administração pode responder pelos delitos previstos neste capítulo. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, contrato administrativo é todo ajuste que a “Administração, nesta qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público” ..., e convênio é a “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.” (NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 p. 1465-1466).

“O § 1º, acrescentado ao art. 327 pela Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, criou o chamado funcionário público por equiparação, passando a gozar desse status o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais (aqui compreendidas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público), bem como aquele que trabalha para a empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.” (GRECO, Rogério, Código Penal Comentado, 11 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017, p. 1135-1136)

Em mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Lei n. 9.983/00, que deu nova redação ao § 1º do art. 327 do Código Penal, esclarece que se equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.” (STJ, HC, 69.585/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 12/06/2015).

Com efeito, a par destas considerações, apesar de não ser possível condenar o réu na forma dos artigos 312, c/c 327, § 1º, ambos do CP, não há que se falar que, sua conduta seria atípica como pretende ecoar a defesa, visando com isso sua absolvição na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Isto porque, restou evidenciado dos atos por ele praticados que, estariam imbuídos de dolo, pois tomou para si o bem a que se dispôs a consertar, sem devolvê-lo posteriormente, e, ainda, repassando a terceiro, impondo prejuízo a Administração Pública.

Desta forma, entendendo pela hipótese de recapitulação do delito, não sendo demais dizer que, pode o Tribunal, ao julgar um recurso do réu, aplicar outra definição jurídica, desde que o fato esteja devidamente descrito na inicial acusatória, conforme teor do art. 383, do CPP, e ainda observando as regras contidas no art. 617 do mesmo Código, para que não se implique em ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

Ainda ressalto que, a aplicação deste postulado processual penal, não implica em ofensa a garantias do contraditório e da ampla defesa, visto que é de conhecimento o pacífico entendimento segundo o qual o réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da capitulação jurídica dada na denúncia, sendo tais balizas utilizadas também para a prolação de um édito condenatório na responsabilização penal do acusado.

Nesse sentido:

“ROUBO MAJORADO – RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL – AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA – FATOS DEVIDAMENTE NARRADOS NA INICIAL. EMENDATIO LIBELLI – POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO MAGISTRADO – NULIDADE INEXISTENTE – RECURSO IMPROVIDO. 1. O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal. 2. Havendo adequada descrição dos fatos na exordial acusatória - como ocorre na hipótese -, não há ofensa ao referido postulado quando o magistrado, autorizado pela norma contida no artigo 383 do Código de Processo Penal, lhes atribui definição jurídica diversa da proposta pelo órgão acusatório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no AREsp 1082662/PI, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 18/08/2017)”

“POSSIBILIDADE NA SEGUNDA INSTÂNCIA, DESDE QUE OBEDECIDO O LIMITE IMPOSTO NO ARTIGO 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, EM SE TRATANDO DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA – NOVA CAPITULAÇÃO QUE PARTIU DE PENA MÍNIMA CONSISTENTE EM QUANTITATIVO NO DOBRO DA PENA MÍNIMA ANTERIOR – IMPOSSIBILIDADE – PENA FINAL QUE RESULTOU NO DOBRO DA PENA DEVIDA – ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR A EMENDATIO LIBELLI E REESTRUTURAR A PENA IMPOSTA. É possível, por ocasião da sentença, dar aos fatos narrados na denúncia nova capitulação, mesmo que esta venha a resultar em pena mais grave, pois a defesa é feita quanto aos fatos, logo, não ocorre quebra do princípio da correlação entre a acusação e a sentença. É possível ao Tribunal efetuar a emendatio libelli, mas o legislador lhe impôs em caso de recurso exclusivo da defesa uma limitação: a pena não pode ser agravada. Se feita a emendatio libelli em segunda instância, a pena mínima do novo crime é o dobro daquela prevista na capitulação comida na sentença e se o acórdão modifica o entendimento quanto à análise das circunstâncias judiciais, considerando-as totalmente favoráveis ao réu, fixando-lhe pena mínima, impossível efetuar-se a emendatio, pois resultará em pena maior que a devida em face do novo entendimento sobre tais circunstâncias. Ordem concedida para restabelecer a capitulação feita na sentença e reestruturar a pena conforme a análise das circunstâncias judiciais feita pelo Tribunal a quo. (Hipótese de emendatio libelli do art. 383 do CPP, Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), STJ - Sexta Turma, DJe 02/03/2009.(Grifei.)

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA – ALTERAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO – HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI DO ART. 383 DO CPP – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. I - O réu se defende dos fatos que são descritos na peça acusatória e não da capitulação jurídica dada na denúncia. II - Assim sendo, a adequação típica pode ser alterada tanto

pela sentença quanto em segundo grau, via enzendazio libelli. III - Mesmo havendo recurso exclusivo da defesa, não causa prejuízos ao réu o fato de o Tribunal adequar a capitulação para o delito de roubo majorado tentado, tendo o réu sido condenado em primeira instância por roubo majorado consumado. Recurso provido.” (STJ, RESP 200702533828, Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 20/10/2008).

“(...) Por conseguinte, revela-se necessária a aplicação por este E. Tribunal do instituto da emendatio libelli nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o fato típico praticado pelos acusados e descrito na denúncia deve ser enquadrado em sua correta de definição jurídica. Nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal, o Tribunal não poderá agravar a pena, em sede de recurso interposto exclusivamente pelo réu. No entanto não haverá óbice à aplicação da emendatio libelli caso a pena imposta ao apelante em Grau de recurso não supere o quantum estabelecido pelo Juízo de origem, ainda que os fatos se subsumam a um crime mais gravoso. (...)” (TRF3, ACR 000soo6222on4o36116, Des. Rel. Federal José Lunardelli - Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial Data:S5/04/2013).

Sob tais fundamentos, de ofício, procedo à *emendatio libelli* no que tange a conduta imputada ao réu, a qual amolda-se em tipo penal diverso, no caso, o de apropriação indébita prevista no art. 168, do CP, que diz: “*apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção*”, pois evidenciado por todo conjunto probatório que o réu, se apoderou de bem que teria pego para dar manutenção, sem contudo, restituí-lo depois. Segundo a jurisprudência: “*O crime de apropriação indébita é próprio, por exigir do agente uma qualidade especial, a saber, a de possuidor ou detentor, a qual, ainda deve ter origem lícita.*” (STJ, REsp. 1218043/GO, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., DJe 16/05/2013).

Ante o exposto, *ex officio*, reformo a sentença, aplicando-se a *emendatio libelli*, para desclassificar a conduta do apelante Clovis Gomes Teixeira para o crime previsto no art. 168, do Código Penal.

Por fim, pondero que, à luz do entendimento majoritário, malgrado verifique-se o valor irrisório do bem e a primariedade do réu, não se permite no caso, de ofício ou não, o reconhecimento do princípio da insignificância, em razão do crime ter sido perpetrado em razão de ofício, emprego ou profissão, circunstância concreta desabonadora e suficiente para impedir a aplicação do referido brocardo, pois do contrário, estar-se-ia a fomentar exponencialmente a prática de outros crimes (*vide* STJ, HC 351.173/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, DJe 20/06/2016). Mas não só nesse sentido, mas também, em razão do teor da Súmula 599 do STJ, a qual ressalta que “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública*”.

Passo a aplicação da pena.

Na 1ª fase, considerando que o réu não possui em seu demérito circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal, fixo-a novamente no patamar mínimo, qual seja, 01 (um) ano de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa. Na 2ª fase ausente qualquer agravante, mas verifico a possibilidade de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea ofertada em sede inquisitorial, razão pela qual, ainda mantenho a pena intermediária nos mesmos patamares anteriores, ante o teor da súmula 231, do STJ. Na 3ª fase, ausente causa de diminuição, porém reconheço presente a causa de aumento inculcado no inciso III, § 1º, do art. 168, do CP (em razão de ofício, emprego ou profissão), elevando a pena em 1/3 (um terço), a qual torno definitiva em 01 (um) ano, 05 (cinco) meses, 10 (dez) dias de reclusão e, 13 (treze) dias multa, fixadas na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época dos fatos, fração esta na base menor em razão das condições financeiras do apenado.

Do regime de pena e substituição por restritivas de direito.

Em atendimento aos comandos legais do art. 33, §§ 2º e 3º, com o artigo 59, todos do Código Penal, fixo o regime prisional aberto.

De outro lado, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos mencionados no art. 44 do Código Penal, verifica-se aconselhável medida mais branda de aplicação da reprimenda, razão pela qual, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo, a ser depositada em subconta judicial e, prestação de serviços à comunidade pelo prazo de duração da pena, nos termos do art. 46 do Código Penal.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Clovis Gomes Teixeira, a fim de afastar-lhe a equiparação a funcionário público prevista no art. 327, §1º do Código Penal, e *ex officio*, desclassificar a conduta a ele imputada para a de apropriação indébita prevista no art. 168, do CP, aplicando-se a pena definitiva em 01 (um) ano, 05 (cinco) meses, 10 (dez) dias de reclusão e, 13 (treze) dias multa, fixadas na razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época dos fatos, substituídas por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo, a ser depositada em subconta judicial e, prestação de serviços à comunidade pela prazo de duração da pena, nos termos do art. 46 do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso defensivo.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 11 de junho de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002771-45.2017.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PENA-BASE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO NA INDIVIDUALIZAÇÃO – ARTS. 5º, XLVI, E 93, IX, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ELEMENTOS CONCRETOS – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI Nº 11.343/06. – SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – REDUÇÃO RELATIVO A ATENUANTES – FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO – ART. 93, IX, DA CF – READEQUAÇÃO – PENA REDUZIDA DE OFÍCIO – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICANDO DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – IMPOSSIBILIDADE – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO – REPRIMENDA INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO – AGENTE PRIMÁRIO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO – DECRETO DE PERDIMENTO – IMPOSITIVIDADE – PROVIMENTO PARCIAL.

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.

Na primeira fase da fixação das penas previstas pela Lei nº 11.343/2006 aplica-se o artigo 59 do CP de forma subsidiária ao art. 42 da Lei nº 11.343/2006, cujas circunstâncias preponderam sobre aquelas.

Como o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de exasperação ou redução de pena a serem aplicados a agravantes ou atenuantes genéricas, o magistrado deve eleger a fração exercitando a discricionariedade de que é dotado, vinculada à devida fundamentação, prevista pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, e atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Impositiva a readequação quando, sem nenhuma fundamentação, opta por patamar superior a 1/6 (um sexto), considerado o mais adequado por ser o menor previsto pela lei.

Para o reconhecimento do tráfico privilegiado (§ 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06) exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada. Não faz jus ao benefício quem pratica o comércio de drogas de forma habitual, constatada pela apreensão de material comumente utilizado para preparo da droga a demonstrar a habitualidade. Tal atividade contrapõe-se ao comércio esporádico, eventual, pois comprova que o apelante faz daquele comércio um meio de vida ou, nos termos legais, dedica-se a atividade criminosa.

Em atenção ao disposto pelo artigo 33, § 3º, do Código Penal, inobstante a primariedade, o condenado a pena superior a quatro anos de reclusão, deve iniciar o cumprimento no regime fechado sempre que contra si milita circunstância judicial desfavorável.

Se a pena é superior a quatro anos, mostra-se incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, do CP).

Face aos termos do artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal, e do § 1º do artigo 63, da Lei nº 11.343/06, impositivo o decreto de perdimento dos bens empregados para o tráfico de drogas, cujo produto deverá ser destinado ao Funad.

Recurso parcialmente provido. 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, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de abril de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Rodolfo Valhejo dos Santos contra a sentença de f. 131/135 que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e à multa de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O recorrente pretende, em síntese, pelas razões expostas a f. 143/182, a redução da pena aplicada; o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 com a consequente modificação do regime de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e, por fim, a restituição do bem apreendido. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa acerca dos art. 33, § 4º; 42 e 60, § 2º, da Lei n. 11.343/06; 118, 65, 59, 44 e 33 do Código Penal e art. 5º, LIV e LV do Constituição Federal.

Contrarrazões a f. 225/240, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 251/255, opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Rodolfo Valhejo dos Santos contra a sentença de f. 131/135 que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e à multa de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa por infração ao art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

O recorrente pretende, em síntese, pelas razões expostas a f. 143/182, a redução da pena aplicada; o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 com a consequente modificação do regime de cumprimento e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e, por fim,

a restituição do bem apreendido. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa acerca dos art. 33, § 4º; 42 e 60, § 2º, da Lei n. 11.343/06; 118, 65, 59, 44 e 33 do Código Penal e art. 5º, LIV e LV do Constituição Federal.

Contrarrazões a f. 225/240, pugnando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 251/255, opina pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Da pena aplicada.

Verifica-se a f. 133, que a pena-base foi fixada em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, ou seja, 01 (um) ano de reclusão acima do mínimo, com fundamento na quantidade de droga apreendida - 101 (cento e um) papérolas de pasta-base de cocaína, pesando 82 (oitenta e dois gramas).

Ao fixar a pena-base em delitos relativos à Lei nº 11.343/06, por expressa dicção do artigo 42, o juiz deve considerar as circunstâncias da natureza e quantidade da substância apreendida, personalidade e conduta social do agente com preponderância sobre as demais, relacionadas pelo artigo 59, do Código Penal. Assim sendo, qualquer destas, valorada negativamente, impõe agravamento superior às outras circunstâncias judiciais.

É nesse sentido a lição de Ricardo Augusto Schmitt, em “Sentença Penal Condenatória”, 8ª edição, 2014 - Jus PODIVM, p. 173:

“(...) o próprio legislador definiu categoricamente quais são as circunstâncias judiciais preponderantes na análise do artigo 59 do Código Penal, o que conduz a certeza de que àquelas circunstâncias legalmente previstas (art. 42 da Lei 11.343/06 - circunstâncias do crime (natureza e quantidade da substância ou do produto), personalidade e conduta social do agente) devem possuir um patamar de valoração superior às demais.”

Assim também leciona Andrey Borges de Mendonça:

“A nova Lei, no artigo em comento, tendo em vista as particularidades que envolvem os crimes relacionados às drogas, fixou que o magistrado deve considerar, ao determinar a pena-base, com preponderância sobre as circunstâncias indicadas no artigo 59 do CP, as seguintes circunstâncias: a) natureza da substância ou produto, b) quantidade da substância ou produto, c) personalidade do agente, d) conduta social do agente.

Veja que o magistrado não poderá descartar totalmente as demais circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59 do CP, mas sim que a pena deverá se aproximar das circunstâncias indicadas no artigo ora em estudo, que devem preponderar sobre aquelas.” (Lei de Drogas Comentada, 3ª Edição, pág. 200). (sem grifo na origem).

Dito isto, a quantidade da droga, diante dos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, impõe o agravamento da pena-base de forma preponderante, e não resta dúvida de que 101 (cento e um) papérolas de pasta base de cocaína, pesando 82 (oitenta e dois gramas, bem permite o aumento operado, posto atender ao princípio da proporcionalidade.

A pena-base, assim, é mantida em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa.

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão e, assim, a pena intermediária foi reduzida para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, patamar que, de ofício, verifico deve ser alterado para uma diminuição de 1/6 (um) sexto.

O Código Penal não especifica limites mínimo e máximo de exasperação ou redução de pena a serem aplicados em razão da incidência de circunstâncias agravantes ou atenuantes genéricas. O patamar deve ser eleito pelo magistrado com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, exercitando a discricionariedade de que é dotado, sempre vinculada à devida fundamentação, prevista pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal, pena de nulidade.

Mesmo assim, tem-se entendido como mais adequada a fração correspondente a 1/6 (um sexto), por ser a menor prevista pela lei, para a recrudescimento e/ou atenuação da reprimenda. Nesse sentido (com redução ao ponto sob foco):

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO – AUSÊNCIA DE PROVAS À CONDENAÇÃO – REJEITADA – CONJUNTO PROBATÓRIO CONSISTENTE – REDUÇÃO DA PENA – INDEVIDA – CRITÉRIO RAZOÁVEL ADOTADO PELO JULGADOR – (...). RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER. (...) Apesar de inexistir no ordenamento jurídico pátrio especificação alusiva ao acréscimo decorrente da incidência de agravantes, adota-se como mais adequado o patamar de 1/6, por tratar-se do menor índice estipulado pela Lei Penal. (...)”. (TJMS; APL 0001856-34.2012.8.12.0045; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 16/08/2017; Pág. 72).

“HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – NÃO CONHECIMENTO. 1. (...) O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo ser observado os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena. 2. Na hipótese, as instâncias de origem majoraram a pena do paciente em 1/2 (metade) de forma desproporcional, sendo patente, pois, o constrangimento ilegal imposto, devendo ser aplicado o aumento de 1/6 (um sexto) em razão da reincidência específica e, na mesma fração, a redução de 1/6 (um sexto) pela atenuante da confissão espontânea. Regime inicial. Desproporcionalidade ao quantum final da pena. Reincidência. (...)”. (STJ; HC 387.249; Proc. 2017/0021903-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 30/08/2017).

Assim, quando a sentença elege o patamar mínimo, correspondente à fração de 1/6 (um sexto) desnecessária a fundamentação. Porém, optando por patamar diverso, a fundamentação é absolutamente necessária.

Destarte, a pena, na segunda fase deve ser reduzida para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Não foram reconhecidas agravantes.

Para a terceira fase, pretende-se, ainda, seja reconhecida a causa de diminuição do art. 33, § 4º, do Lei n. 11.343/06.

Razão não lhe assiste.

Impossível, no caso destes autos, o reconhecimento do tráfico privilegiado, previsto pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, ante a ausência de um de seus requisitos. Como se sabe, para possibilitar o

reconhecimento do mesmo, exige-se prova da primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas e de não integrar organização criminosa, de forma cumulada.

Neste caso ficou provado que a substância entorpecente era comercializada em residência conhecida como “boca de fumo”, local onde a droga é distribuída a usuários em pequenas quantidades, de forma constante e repetitiva. Essa circunstância caracteriza o que a lei denomina de “dedicação à atividade criminosa”, pois é um meio de vida daqueles que praticam tal espécie de comércio, e não uma eventual participação em um episódio esporádico.

Nesse sentido esta egrégia Corte já teve oportunidade de decidir:

“(...) embora a acusada seja primária e possua bons antecedentes, não preenche os demais requisitos elencados no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois a prova colhida no caderno processual indica que a mesma se dedica a atividade criminosa, tendo em vista que transformou sua residência em verdadeira ‘boca de fumo’, salientando-se que a causa de diminuição em comento tem por escopo beneficiar os traficantes de ‘primeira viagem’, que seduzidos pela oferta do dinheiro fácil, acabam ingressando na vida criminosa transportando vez ou outra pequenas quantidades de droga capazes de lhes assegurar a própria subsistência, o que não se trata do caso em apreço. (...)” (TJMS; Acr-Recl 2011.015080-4/0000-00; São Gabriel do Oeste; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJEMS 19/07/2011; Pág. 36).

A minorante prevista pelo § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06 foi instituída por questões de política criminal, a fim de propiciar mais rápida ressocialização a quem ainda não está envolvido em maior profundidade com o mundo do crime, o pequeno traficante, o que não é o caso verificado nestes autos.

Sendo assim, não faz jus ao benefício quem pratica o comércio de drogas nas chamadas “bocas de fumo”, local em que a droga é distribuída rotineiramente, normalmente em pequenas quantidades, a qualquer hora do dia ou da noite, atividade que se desenvolve durante muito tempo. Não fosse a extensão temporal, a habitualidade, a rotina e a constância, o local jamais atingiria o status, a fama de “boca de fumo”. Tal atividade contrapõe-se ao comércio esporádico, eventual, daí ser prova incontestada de que aquele que ali milita faz de tal comércio um meio de vida ou, nos termos legais, dedica-se a atividade criminosa.

Assim, a pena definitiva resta em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Mantenho o valor unitário dos dias-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo em vista que não há elementos nos autos suficientes para definir a condição econômica do apelante. A pena de multa deverá ser corrigida monetariamente desde a data da infração.

Do regime de início do cumprimento da pena.

A eleição do regime inicial de cumprimento da pena corporal deve harmonizar o disposto pelos artigos 33, §§ 2º e 3º e 59, todos do Código Penal, bem como com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 quando se trata de tráfico de drogas.

Neste caso, em que as penas restaram fixadas em patamar inferior a 08 anos de reclusão e não há reincidência, poder-se-ia estabelecer o semiaberto, nos termos do § 2º, letra “b”, do artigo 33. Entretanto, valorou-se negativamente a circunstância judicial da quantidade do produto - 101 (cento e um) papéletes de pasta-base de cocaína, pesando 82 (oitenta e dois gramas), que é uma das preponderantes previstas pelo artigo 42 da Lei especial, hipótese em que se deve estabelecer regime mais gravoso, que no caso é o fechado.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“HABEASCORPUS–TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES–CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO – IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – REGIME DIVERSO DO FECHADO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE EM TESE – CASO CONCRETO – QUANTIDADE DA DROGA – ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA – NÃO CONHECIMENTO. 1. ... 2. Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto. 3. É imperioso ter em linha de consideração os ditames norteadores do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, no sentido de que o juiz “na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. 4. Devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da quantidade da droga apreendida - 365,180g de maconha - (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006), não há constrangimento ilegal a ser sanado. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 306980 / SP - Habeas Corpus n.º 2014/0267748-5 - Relator(a): Ministra Maria Thereza de Assis Moura (1131) - Órgão Julgador: T6 - Sexta Turma - Data do Julgamento: 18/11/2014 - Data da Publicação/Fonte: DJe 03/12/2014) (grifei).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – PACIENTES CONDENADOS À PENA TOTAL DE 4 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO – PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – INVIABILIDADE – QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICA A FRAÇÃO ESCOLHIDA – REPRIMENDA MANTIDA. REFORMATIO IN PEJUS – INOCORRÊNCIA – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE DAS DROGA, VALORADA NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719 do STF.

- Na espécie, observa-se que, apesar da primariedade dos pacientes e de o montante da pena (4 anos e 2 meses de reclusão) comportar, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela quantidade dos entorpecentes apreendidos (maconha e cocaína), elementos que, inclusive, foram valorados na terceira etapa da dosimetria da pena, para modular a fração do privilégio. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido”.

Também assim leciona Cezar Roberto Bitencourt, “Código Penal Comentado”, 9ª ed. Editora Saraiva, 2015, p. 227, ao dizer que:

“(...) reclusão, acima de 4 anos, tanto pode começar no regime semiaberto como no fechado, mas nunca no aberto. Aqui, para os não reincidentes, com pena superior a 4 anos, os requisitos ou elementos do art. 59 é que determinarão se será suficiente o regime semiaberto ou se terá de ser o fechado”.

Confirma-se o regime fechado.

Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Como a pena superou o patamar de 04 (quatro) anos de reclusão, não há como proceder à substituição de pena por não estarem preenchidos os requisitos legais (art. 44 e seguintes do CP).

Perdimento dos bens.

O apelante pretende, ainda, a restituição dos bens apreendidos nos autos, ao argumento de que o veículo foi adquirido de forma lícita e que este não foi preparado para o transporte de substâncias entorpecentes, apresentando características inalteradas de fábrica.

Impossível a restituição.

O pedido não pode ser acolhido porque o artigo 63, da Lei nº 11.343/06 estabelece que *“Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, sequestrado ou declarado indisponível”*. E o § 1º desse dispositivo determina que os valores apreendidos em decorrência do tráfico, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.

O decreto de perdimento é exigência Constitucional, conforme se vê pelo artigo 243, da Magna Carta e seu parágrafo único:

“Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”.

Como se sabe, o direito de propriedade também é garantido pela Constituição Federal (art. 5º, caput, e XXII), mas comporta restrições, especialmente as decorrentes do indevido uso. E quando qualquer objeto de valor econômico é empregado para o tráfico de drogas, delito contra a saúde pública, o sagrado direito à propriedade sofre mitigação, cedendo ao interesse da comunidade.

Nesse sentido decidiu o STF, em sua composição plena, com repercussão geral. Confira-se (sem grifos na origem):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PENAL – PROCESSUAL PENAL – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL – TRÁFICO DE DROGAS – VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME – DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM – CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE

ACONDICIONAMENTO – DESNECESSIDADE – INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012. 6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRADO DE INSTRUMENTO – EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA – TRÁFICO DE DROGAS – APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco. Artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004). 8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, in casu, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (STF; RE 638.491; Tribunal Pleno; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 23/08/2017).

De tal forma, todo e qualquer bem empregado para a prática do tráfico de drogas, com ou sem habitualidade, modificado ou não em sua estrutura original, deve ser apreendido e ter o perdimento decretado em favor da União, e o produto destinado ao Funad, nos termos do § 1º do artigo 63, da Lei nº 11.343/06.

No caso, o apelante procedia a entrega de drogas com o veículo apreendido, consoante se vê da denúncia e das provas colhidas.

Diante de tais fundamentos, confirma-se o decreto de perdimento, rejeitando-se a pretensão recursal.

Prequestionamento.

No que tange ao prequestionamento, a matéria pertinente aos dispositivos legais invocados foi expressamente abordada.

Conclusão.

São estes os fundamentos pelos quais, de acordo com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de reduzir a pena aplicada para o patamar de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial fechado.

Caso prevaleça este voto, e na hipótese de o apelante encontrar-se preso, de imediato comunique-se ao Juízo da Execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 05 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002812-25.2016.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL – ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II E V, C/C 29, DO CP – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – ARTIGO 386, VII, DO CPP – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA PARA A PRÁTICA DE DELITO DIVERSO – PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO – ART. 383 DO CPP – DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA – PARCIAL PROVIMENTO.

Somente se admite prolação de decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Impositiva a reforma da sentença quando a prova dos autos aponta no sentido de que o agente não participou do crime de roubo, e sim, após sua consumação, foi contratado pelos assaltantes para prestar auxílio no transporte do veículo, garantindo o proveito do crime, sendo impositiva a desclassificação para o delito do artigo 389 do Código Penal, na forma do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Pena base fixada acima do mínimo legal diante de juízo negativo das moduladoras culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime.

Contra o parecer, dá-se parcial provimento a ambos os recursos.

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, 5 de abril de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Douglas da Silva Oliveira e pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 170/180, do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá – MS, que condenou Douglas às penas de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e, ao pagamento de 147 (cento e quarenta e sete) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal, bem como, o absolveu com relação ao crime do artigo 329, *caput*, do Código Penal.

Através das razões de f. 213/222 o Ministério Público Estadual pugna pelo aumento da pena-base, considerando negativa a circunstância judicial da culpabilidade, bem como, para que seja aumentada a pena na segunda fase da dosimetria, considerando a presença da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “c”, do Código Penal (emboscada).

As contrarrazões são lançadas a f. 224/235, e por elas o apelado requer o total improvimento do recurso.

Por sua vez, e mediante as razões acostadas a f. 192/201, Douglas da Silva Oliveira requer sua absolvição sob o argumento da inexistência de provas e, subsidiariamente, pugna pela redução da pena imposta, com o decote das circunstâncias do crime.

Pelas contrarrazões de f. 207/212, o Ministério Público de 1ª instância requer o desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 254/261, opina pelo desprovimento, requerendo manifestação expressa acerca dos artigos 5º, inciso LVII e 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 59, 61, II, alínea “c”, e 157, do Código Penal.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Douglas da Silva Oliveira e pelo Ministério Público Estadual em face da sentença de f. 170/180, do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá – MS, que condenou Douglas às penas de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e, ao pagamento de 147 (cento e quarenta e sete) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal, bem como, o absolveu com relação ao crime do artigo 329, caput, do Código Penal.

Através das razões de f. 213/222 o Ministério Público Estadual pugna pelo aumento da pena-base, considerando negativa a circunstância judicial da culpabilidade, bem como, para que seja aumentada a pena na segunda fase da dosimetria, considerando a presença da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “c”, do Código Penal (emboscada).

As contrarrazões são lançadas a f. 224/235, e por elas o apelado requer o total improvimento do recurso.

Por sua vez, e mediante as razões acostadas a f. 192/201, Douglas da Silva Oliveira requer sua absolvição sob o argumento da inexistência de provas e, subsidiariamente, pugna pela redução da pena imposta, com o decote das circunstâncias do crime.

Pelas contrarrazões de f. 207/212, o Ministério Público de 1ª instância requer o desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 254/261, opina pelo desprovimento, requerendo manifestação expressa acerca dos artigos 5º, inciso LVII e 93, inciso IX, da Constituição Federal, e 59, 61, II, alínea “c”, e 157, do Código Penal.

É o que basta para analisar a pretensão.

Douglas da Silva Oliveira requer sua absolvição sob o argumento da inexistência de provas, esgrimindo, portanto com o princípio *in dubio pro reo*, cuja prevalência torna impositiva a absolvição com base no inciso VII do Código de Processo Penal.

É da denúncia que:

(...) “no dia 06 de Maio de 2016, por volta das 03hs27min, na via urbana denominada Rua Cáceres, Bairro Maria Leite, Corumbá/MS, o denunciado Douglas da Silva Oliveira, prestou auxílio material para 06 (seis) indivíduos não identificados até o momento, mas previamente ajustados, mediante o emprego de arma e a restrição de liberdade da vítima, subtraírem para si coisa alheia móvel consistente em 01 (um) caminhão, com carroceria fechada, marca Mercedes Benz, modelo 915-c, ano/modelo 2010, placas NTM-1733, avaliado indiretamente em R\$ 79.630,00 (setenta e nove mil seiscentos e trinta reais), a importância de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) em moeda corrente nacional e 01 (um) aparelho de telefonia celular marca Nokia, de propriedade da vítima Romeu Both (...)”.

Também segundo a denúncia, o apelante fora contratado pelos autores do roubo para conduzir o veículo até a Bolívia, mediante a recompensa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), prestando auxílio aos demais, sendo esse consistente na condução do veículo até a Bolívia, razões pelas quais foi dado como incurso nas penas dos artigos 157, § 2º, incisos I, II, e V, c/c artigo 29, ambos do Código Penal, nas quais resultou condenado.

Somente se admite prolação de decreto condenatório diante de conjunto probatório robusto, seguro, estreme de dúvida. Caso contrário, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*, impositiva a absolvição com base no inciso VII do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci, na obra Manual de Processo Penal e Execução Penal, 11ª ed, Ed. Forense, p. 62, ensina:

“Por outro lado, quando cuidamos do princípio da presunção de inocência, não podemos olvidar o princípio da prevalência do interesse do réu, que com o primeiro se interliga, afinal, justamente porque o estado natural do indivíduo é de inocência que seu interesse está acima da dúvida; logo, in dubio pro reo, ou seja, na dúvida, é melhor decidir em favor do acusado.”

Com efeito, é requisito indispensável à condenação, a existência de prova robusta e inquestionável, estreme de dúvida, prova esta que, neste caso, quanto à prática do crime de roubo circunstanciado, não vejo presente.

O apelante, em ambas as fases (f. 39/41 e mídia de f. 125), confirmou que fora contratado via telefone por uma pessoa identificada apenas como “Sol” para levar um caminhão até a Bolívia, onde receberia a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) pelo serviço. No trajeto foi abordado por policiais e após perseguição, foi detido.

Após analisar as provas produzidas nos autos, a sentença concluiu que “o que se extrai dos autos é a condição, no mínimo, de partícipe do acusado no crime de roubo majorado. Adotando o Código Penal a teoria monista, conforme artigo 29, caput, do Código Penal, a condenação de Douglas é a providência adequada a ser tomada”.

Ou seja, a sentença acolheu o pedido constante da denúncia no sentido de reconhecer o apelante como partícipe do crime de roubo praticado pelos indivíduos não identificados. E também segundo a denúncia, o apelante fora contratado pelos assaltantes, por R\$ 500,00 (quinhentos reais), para lhes prestar auxílio na condução do veículo até a Bolívia.

Vale dizer, pelos termos da própria denúncia, o apelante não fazia parte do grupo, não havia vínculo subjetivo entre ele e os demais, tanto que precisou ser contratado para ajudá-los a levar o veículo roubado para a Bolívia.

E pelo que se apurou nos autos, o apelante não praticou a conduta típica do delito de roubo (subtrair para si, mediante violência ou grave ameaça, objeto alheio), posto ter ficado claro que não estava presente no momento da abordagem das vítimas, e sim, por telefone, foi contratado para levar o veículo à Bolívia.

Ou seja, segundo a própria denúncia, e também pelo que restou apurado nos autos, o apelante foi contratado após a consumação do roubo, para levar o veículo ao receptador boliviano.

Para Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentad”, 17ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 338, no tópico em que comenta a participação posterior à consumação:

(...) “É certo que o delito está cometido quando ocorre a consumação, e não por ocasião do exaurimento. Concorrer para o crime, como está estipulado no art. 29, caput, é colaborar, auxiliar, dar suporte à sua realização, leia-se consumação. O que vem depois é o esgotamento da infração, não mais pertinente ao concurso de pessoas, havendo figuras típicas específicas para quem dá apoio ao criminoso (arts. 348 e 349, CP). Continuamos a sustentar não haver participação ou coautoria após a consumação”.

Desta forma, não se está diante de uma forma de concurso eventual de agentes, mas sim da prática de uma conduta típica, autônoma, executada após a consumação do crime, com o fito de prestar auxílio aos assaltantes no sentido de entregar o veículo roubado ao receptador boliviano.

Essa conduta, portanto, amolda-se ao tipo do artigo 349, do Código Penal, crime de favorecimento real, que se perfectibiliza quando alguém “*Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime*”.

Aliás, da narrativa constante da denúncia extrai-se que esta foi a conduta atribuída ao apelante, embora a capitulação jurídica tenha conduzido a um delito bem mais grave.

O princípio da correlação, também chamado de princípio da relatividade ou da congruência da condenação com a imputação, é uma das principais garantias do direito de defesa, pois garante ao réu a certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de, previa e pormenorizadamente, conhecer os fatos criminosos a si atribuídos. Daí a necessidade de a denúncia relatar, com todas as características, a conduta em tese praticada pelo acusado, a fim de garantir o pleno direito de defesa.

E o julgador não pode na sentença fugir dos fatos narrados na denúncia, conforme o princípio da livre dicção do direito *jura novit curia*, pelo qual cabe ao juiz conhecer e cuidar do direito *narra mihi factum dabo tibi jus*, o que significa dizer que ao acusado cabe defender-se da descrição fática presente na inicial, dos fatos nela narrados, e não da capitulação dada ao crime pelo Ministério Público ou pelo ofendido. A jurisprudência é pacífica nesse sentido.

Nesse cenário é que adquire especial relevância o artigo 383, do CPP, ao estabelecer que “*O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*”.

Neste caso, como visto, não se tratando de hipótese de coautoria ou participação, e constando da denúncia a descrição de fato que configura crime diverso daquele cuja capitulação jurídica ficou expressa na denúncia, nos termos do artigo 383 do CPP, plenamente possível a desclassificação para o crime de favorecimento real.

Desta forma, desclassifico a conduta do apelante para a prevista pelo artigo 329, do Código Penal.

Da dosimetria da pena.

Através das razões de f. 213/222 o Ministério Público Estadual pugna pelo aumento da pena-base, considerando negativa a circunstância judicial da culpabilidade, bem como, para que seja aumentada a pena na segunda fase da dosimetria, considerando a presença da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea “c”, do Código Penal (emboscada).

Por sua vez, Douglas da Silva Oliveira pugna pela redução da pena imposta, com o decote das circunstâncias do crime.

Considerando a desclassificação acima operada, necessário nova dosimetria da sanção, na forma do artigo 68 do Código Penal, atendendo assim a ambos os pleitos.

A culpabilidade extrapola à normalidade porque recebeu o veículo com a finalidade de levá-lo ao exterior, para a Bolívia, fato de maior reprovabilidade, tanto que constitui agravante do crime de furto (§ 5º do artigo 155).

Antecedentes imaculados porque não registra condenação definitiva, sem elementos seguros para valorar conduta social e personalidade, e os motivos não extrapolam os contidos no próprio tipo, e o comportamento da vítima foi neutro.

As circunstâncias, inobstante a irresignação defensiva, ultrapassaram os limites da normalidade diante do perigo imposto pelo apelante a terceiros, tanto pelo fato de não ser habilitado a conduzir caminhões quanto porque, ao ser flagrado na posse do veículo, empreendeu fuga, jogando o possante contra os agentes públicos, obrigando-os a efetuarem disparos na via pública, com evidente risco à incolumidade alheia.

As consequências também lhe prejudicam, pois o prejuízo causado à vítima com os danos produzidos no veículo foi elevado, cerca de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), como dito a f. 145, devido aos tiros que acertaram o caminhão.

Desta forma, fixa-se a pena-base em 02 (dois) meses de detenção e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Considero presente a atenuante da confissão espontânea, e por ela amenizo a pena em 15 (quinze) dias de detenção e 02 (dois) dias-multa.

Não se estendem ao apelante as condutas praticadas pelos autores do delito de roubo, posto que ele somente atuou após a consumação daquele, de forma que nenhuma causa especial de aumento ou redução da sanção incide na terceira fase.

Assim, a pena resta definitivamente fixada em 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, e 14 (quatorze) dias-multa, à razão diária de 1/30 do valor do salário mínimo da época, corrigido.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar a conduta do apelante para a prevista pelo artigo 329, do Código Penal e fixar a pena em 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, a ser cumprida no regime aberto, e 14 (quatorze) dias-multa, à razão diária de 1/30 do valor do salário mínimo da época, corrigido.

Prevalecendo este, e encontrando-se o apelante preso, de imediato, oficie-se ao Juízo da Execução Criminal para as providências cabíveis.

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. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Jairo Roberto de Quadros e Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 05 de abril de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0008382-84.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO (ARTs. 155, CAPUT, 155 C/C 14, II, 157, § 1º, DO CP) - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE ROUBO IMPRÓPRIO PARA FURTO SIMPLES TENTADO – VIOLÊNCIA PARA GARANTIR A POSSE COMPROVADA – MOMENTO CONSUMATIVO – TEORIA DA *AMOTIO* – PRETENSÃO REJEITADA – PENA-BASE – PERSONALIDADE – NOVE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS – VETOR DESFAVORÁVEL – CONDUTA SOCIAL – VALORAÇÃO COM BASE NOS ANTECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE – DECOTE – COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – RÉU MULTIRREINCENTE – REGISTRO DE NOVE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS – LESÃO AOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – DENEGAÇÃO – RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – AUTÊNTICA REITERAÇÃO DELITIVA – MULTIRREINCENTE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO – PROVIMENTO PARCIAL.

Impossível a desclassificação de roubo impróprio para furto simples tentado quando resta provado que, para garantir a posse do objeto subtraído o agente intimida a vítima com uma faca e arremessa pedras contra o veículo da mesma. Para a consumação do crime de roubo, de acordo com a teoria da *amotio ou apprehensio*, basta a mera inversão da posse, sendo irrelevante o fato do agente ter tido, ou não, a posse mansa e pacífica da res furtiva, nem se descaracteriza na hipótese de a mesma ser retomada e restituída à vítima.

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. Os antecedentes penais permitem formação de juízo negativo acerca da circunstância judicial da personalidade quando o agente registra mais de duas condenações definitivas (no caso são nove), pois além de não empregar ações penais em curso para agravar a pena-base diante da vedação constante da Súmula 444 do STJ, e tampouco caracterizar o *bis in idem*, tal fato demonstra que o crime agora praticado não foi episódio isolado, mas sim a reiteração sistemática de uma conduta criminosas, 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 para indicar o caráter, a forma de pensar e agir, a índole e o temperamento do agente.

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.

Embora possível, observadas as peculiaridades do caso concreto, a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a reincidência, tal não pode ocorrer quando o agente é multirreincidente - no caso, registra 09 (nove) condenações definitivas -, pois assim estar-se-ia lesando os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal) exige-se a presença cumulativa dos requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva (unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo entre os fatos). Inobstante alguma semelhança de tempo e lugar, houve a prática de furtos sucessivos e autônomos e um roubo impróprio, com diferenças no *modus operandi* de cada um, além de se tratar de agente multirreincidente, fatos que configuram autêntica reiteração delitiva, de forma habitual e profissionalizada, e não a continuidade delitiva, situação que deve receber tratamento penal mais rigoroso em razão do elevado grau de reprovação das condutas, pena de se confundir crime continuado com a perseverança no crime.

Recurso a que, contra o parecer, dá-se parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 5 de abril de 2018.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Márcio Luiz Almado, parte qualificada nos autos, inconformada com a sentença de f. 209/217, que a condenou às penas de (09) nove anos e (03) três meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa, por incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal; artigo 155 c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal; e artigo 157, § 1º, do Código Penal, tudo na forma do artigo 69 do mesmo Códex, interpõe o presente recurso de apelação criminal visando a reforma da decisão.

Através das razões de f. 232/248 pleiteia a desclassificação do delito de roubo impróprio para furto simples tentado, reconhecimento da continuidade delitiva entre os três delitos de furto, o decote da pena-base das circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social, compensação da confissão espontânea com reincidência.

Em contrarrazões f. 250/269, o Ministério Público de 1ª instância requer o total improvimento do recurso e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 276/289, opina pelo desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Márcio Luiz Almado, parte qualificada nos autos, inconformada com a sentença de f. 209/217, que a condenou às penas de (09) nove anos e (03) três meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa, por incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal; artigo 155 c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal; e artigo 157, § 1º, do Código Penal, tudo na forma do artigo 69 do mesmo Códex, interpõe o presente recurso de apelação criminal visando a reforma da decisão.

Através das razões de f. 232/248 pleiteia a desclassificação do delito de roubo impróprio para furto simples tentado, reconhecimento da continuidade delitiva entre os três delitos de furto, o decote da pena-base das circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social, compensação da confissão espontânea com reincidência.

Em contrarrazões (f. 250/269), o Ministério Público de 1ª instância requer o total improvimento do recurso e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 276/289, opina pelo desprovimento.

É o que basta para analisar a pretensão.

Desclassificação de roubo impróprio para furto simples tentado.

O apelo pleiteia a desclassificação da conduta de roubo impróprio para crime de furto tentado argumentando ausência do dolo de praticar o delito de roubo e que inexistência de grave ameaça, já que estava de bicicleta, empreendeu fuga e, ao ser cercado pela vítima em seu carro, teria sacado uma faca, que não foi capaz de amedrontar a vítima, eis que continuou a perseguição até que foi preso.

O apelante foi condenado pela prática de três delitos patrimoniais em razão da procedência integral da denúncia que lhe atribuiu a prática dos seguintes fatos: 1 - no dia 13 de dezembro de 2015, em horário incerto, na rua Antonio de Carvalho, nº 54, bairro Santa Terezinha, Três Lagoas, subtraiu, para si, uma bicicleta modelo Mountain Bike, cor vermelha e branca, quadro nº 5A01987, avaliada em R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais), de propriedade de Jhennifer Spielmam Aquino; 2 - no mesmo dia, 13 de dezembro de 2015, por volta das 12:50 horas, na Rua Coronel Lima de Figueiredo, nº 482, Bairro Nossa Senhora Aparecida, tentou subtrair, para si, uma caixa de ferramentas avaliada em R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais), pertencente a Jandira Domingues da Silva, somente não consumando seu intento porque foi surpreendido pelo vizinha da vítima, razão pela qual empreendeu fuga e abandonou a res; 3 - no dia seguinte, 14 de dezembro de 2015, por volta de 01:20 horas, na Rua Sebastião José de Souza, nº 227, Bairro Nossa Senhora Aparecida, subtraiu uma mangueira de cor laranja, avaliada em R\$ 20,00 (vinte reais), pertencente a Hélder Albino dos Santos, empregando, posteriormente, contra a vítima, grave ameaça através de uma faca, a fim de assegurar a impunidade do crime e a detenção do objeto subtraído.

No que toca ao roubo (terceiro fato), o apelante foi flagrado pela vítima Hélder Albino dos Santos, pela madrugada, em frente ao portão de sua casa, com uma mangueira e uma bicicleta. Empreendeu fuga e foi perseguido pela vítima em seu carro. Sendo encurralado ao cair da bicicleta, sacou uma faca e com ela avançou em direção à vítima que, amedrontada, saiu com seu carro e ficou observando à distância, até que percebeu quando o apelante largou a faca e a mangueira e continuou fugindo de bicicleta. A vítima retomou a perseguição, até que o apelante jogou a bicicleta no chão e passou a jogar pedras contra seu veículo.

Portanto, seja pelo emprego da faca, ou mesmo pelo arremesso das pedras contra o veículo da vítima, o apelante empregou violência contra pessoa, provocando temor, conforme afirmado pela vítima.

O auto de apreensão de f. 25 demonstra a apreensão de vários objetos subtraídos, e também de uma faca de cabo azul, localizada nas proximidades do local onde o apelante foi detido.

O delito do artigo 157, § 1º do Código Penal perfectibiliza-se quando o agente subtrai a *res furtiva* e, para assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça.

Todos esses elementos resultaram provados nos autos, como se viu, de maneira que a intenção de praticar o furto, com posterior emprego de instrumentos capazes de intimidar a vítima para garantir a posse dos objetos resultaram amplamente comprovados, não se havendo falar em inexistência de dolo.

Impossível, portanto, acolher o pleito pela desclassificação para furto simples.

Também não se pode falar em tentativa, posto que o apelante deteve a posse do objeto subtraído por considerável período de tempo, o suficiente para que fosse perseguido por pelo menos três quadras, conforme relatos da vítima.

Desta forma, impossível acatar o pleito desclassificatório, que esgrima com a prevalência da clássica teoria da *ablatio*, há muito superada pela da *amotio*, ou *apprehensio*, consagrada pela jurisprudência pátria após o julgamento pelo STF do REsp 102.490-SP, onde ficou consignado pelo Ministro Moreira Alves o seguinte entendimento:

“Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse”.

Essa tese prevaleceu na Terceira Seção do STJ no julgamento do REsp representativo da controvérsia 1.524.450/RJ, como se vê:

“RECURSO ESPECIAL – ROUBO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FURTO. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 7/STJ – PRECEDENTES. MOMENTO CONSUMATIVO – TEORIA DA AMOTIO – INVERSÃO DA POSSE – CONSUMAÇÃO – DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA – TESE ACOLHIDA PELA TERCEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RESP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA 1.524.450/RJ – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA Nº 231/STJ – REGIME DE PENA – ANÁLISE NO JULGAMENTO DO HC 356.755/SP. RECURSO PREJUDICADO NO PONTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO”. (STJ; REsp 1.647.902; Proc. 2017/0009211-5; SP; Sexta Turma; Rel^a. Min. Maria Thereza Assis Moura; DJE 11/04/2017).

De tal forma, para a consumação do crime de roubo, de acordo com a teoria da *amotio* ou *apprehensio*, basta a mera inversão da posse, sendo irrelevante o fato do agente ter tido, ou não, a posse mansa e pacífica da res furtiva.

Pena-base.

Pugna-se pela exclusão do juízo negativo das moduladoras da personalidade e conduta social sob a alegação de terem sido embasados em elementos inidôneos.

A sentença considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes, personalidade e conduta social do apelante em relação aos três delitos, empregando, para tanto, os seguintes fundamentos:

(...) “Antecedentes criminais maculados, personalidade voltada a pratica de crime e conduta social desregrada, conclusão em decorrência do registro de nove (09) condenações penais transitadas em julgado, informadas às f. 78/103, 79, 86, 91, 95, 97, 99 e 105 dos autos. Explico que uma dessas será considerada para a segunda fase da dosimetria, consubstanciando a reincidência do sentenciado”.

De fato, a conduta social não foi convenientemente avaliada, posto que na análise de tal vetor deve-se considerar o comportamento do agente no meio social em que vive, na família e no trabalho, sem empregar atividades caracterizadas como criminosas, pois estas são objeto de outras moduladoras. É o que leciona Ricardo Augusto Schmitt, em “Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática”, 8ª ed. Editora Podivm, p.129, ensinando que a mesma “(...) *difere-se dos antecedentes e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu sanção definitiva do Estado. A conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita.*” (sem grifos na fonte).

Portanto, no caso dos autos, em que a circunstância foi considerada desfavorável exclusivamente com base na folha de antecedentes, a fundamentação é inadequada, obrigando ao decote do acréscimo dela decorrente.

No que toca à personalidade, entretanto, o juízo negativo está bem fundamentado pois essa moduladora pode e deve ser analisada à luz de vários elementos de prova contidos nos autos, e não apenas com base em laudos técnicos ou estudos aprofundados, pena de ignorar-se, por completo, o princípio da persuasão racional acerca dos elementos de prova, que vigora em nosso sistema. E sem dúvida, os registros de vida pregressa constituem elementos concretos, capazes de demonstrar o tipo de personalidade de que o agente é dotado, já que deles é possível extrair aqueles atributos que o STJ entende como passíveis de aferição da personalidade negativa “(...) *a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito (...).*” (STJ – HC 89321/MS – Relª. Min. Laurita Vaz – Dje 06/04/2009).

Mas para isso deve-se atentar, como fez a sentença, para empregar somente registros que ainda não tenham sido utilizados para embasar juízo negativo de outras moduladoras, como a dos antecedentes e também da agravante genérica da reincidência. Atente-se:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT – CRIME DE FURTO QUALIFICADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – CULPABILIDADE – ESPECIAL REPROVABILIDADE EVIDENCIADA – MOTIVAÇÃO VÁLIDA – MAUS ANTECEDENTES – EXASPERAÇÃO DEVIDA APENAS DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA – SÚMULA Nº 444/STJ – PERSONALIDADE – FUNDAMENTO INIDÔNEO – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. (...). 3. Apenas condenações definitivas se prestam a fundamentar validamente o aumento da pena-base como maus antecedentes. Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamento válido para aumentar a pena-base. Inteligência da Súmula nº 444/STJ. 4. Ilegítima a valoração negativa da personalidade sem a indicação de nenhuma condenação diversa das já utilizadas para fins de maus antecedentes e reincidência ou com base em meras conjecturas. 5. (...)”. (STJ; HC 101.744; Proc. 2008/0052683-0; DF; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 29/05/2015).

“APELAÇÃO-CRIME – FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. (...) Personalidade: nada obsta que o magistrado considere as pretéritas incursões do réu no mundo do crime para avaliar a sua personalidade e conclua pelo seu desajuste social. Multa: o reexame das circunstâncias judiciais, com o afastamento da valoração negativa de algumas moduladoras, implica na readequação da pena pecuniária. (...)” (TJRS; ACr 604314-47.2011.8.21.7000; São Leopoldo; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Danúbio Edon Franco; Julg. 12/09/2012; DJERS 11/10/2012).

Ou seja, além de não empregar a mesma condenação, evitando o *bis in idem*, somente se pode empregar decisão condenatória que já tenha transitado em julgado, pois a Súmula 444 do Superior Tribunal

de Justiça dispõe que “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”.

Assim, para o STJ, uma condenação definitiva implica em reincidência e, havendo uma segunda, concomitantemente, no reconhecimento de maus antecedentes.

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 mesmo 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.

Neste caso, além das condenações empregadas para configuração da reincidência e dos maus antecedentes, o apelante conta com mais 07 (sete) condenações definitivas, enquadrando-se, portanto, no rol das pessoas dotadas de personalidade voltada para a prática criminosa, conforme concluiu a sentença. Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO IMPRÓPRIO CIRCUNSTANCIADO – CONCURSO DE AGENTES – (...) DOSIMETRIA – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – PERSONALIDADE – VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO – POSSIBILIDADE – MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA. (...) 7. Desnecessária a existência de laudo ou exame realizado por profissional habilitado para se valorar negativamente a personalidade dos acusados, quando resta evidente, pela extensa folha de antecedentes, que eles demonstram persistência na prática de ilícitos contra o patrimônio. 8. (...)” (TJDF; Rec 2014.03.1.001748-7; Ac. 858.019; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 31/03/2015; Pág. 124). (Grifei).

“APELAÇÃO CRIMINAL – USO DE DOCUMENTO FALSO – DOSIMETRIA – MANUTENÇÃO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DOS MAUS ANTECEDENTES EM DECORRÊNCIA DE REGISTROS NA FAP. (...). II. É legítima a fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da correta valoração negativa da personalidade e dos maus antecedentes, tendo o réu diversos registros em sua FAP. O quantum a ser fixado é exercício da discricionariedade do juízo sentenciante, devendo respeitar certo grau de proporcionalidade, observado no caso em questão. III. Havendo três anotações distintas na folha de antecedentes do Réu, duas delas podem ser utilizadas, na primeira fase, para aumentar a pena-base como circunstâncias judiciais da personalidade e dos antecedentes e a outra, na segunda fase, para agravá-la pela reincidência, não havendo que se falar em bis in idem. (...)”. (TJDF; Rec 2014.03.1.021059-5; Ac. 853.506; Terceira Turma Criminal; Rel. Des. José Guilherme; DJDFTE 12/03/2015; Pág. 265). (Destaquei).

O STJ, como se vê pelo exemplo abaixo, é firme no sentido de que a multirreincidência implica em juízo negativo da personalidade. Atente-se:

“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 COMO 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. 2. Na hipótese, houve o aumento da pena na fração de 1/8, por ter sido a agravante de reincidência considerada preponderante, por trata-se de reincidente de múltiplas condenações. 2. Ordem de Habeas Corpus denegada". (STJ; HC 385.735; Proc. 2017/0009829-0; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 05/05/2017). (Destaquei).

Sem nenhuma dúvida, quem registra 09 (nove) condenações definitivas, como o apelante, é multirreincidente, não havendo dúvidas de que a moduladora da personalidade deve ser considerada desfavorável.

Desta forma, excluído o juízo negativo de uma das três circunstâncias judiciais, abate-se da pena-base de cada crime o equivalente a 04 (quatro) meses de reclusão e 03 (três) dias-multa, quantidade considerada pela sentença para cada moduladora desfavorável, que atende ao princípio da proporcionalidade.

Assim, redimensionando as penas, tem-se que, na primeira fase, a relativa ao crime de furto consumado (artigo 155, *caput*) resta fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, a relativa ao roubo tentado (artigo 155, c/c com 14, II) resta estabelecida em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, e a do roubo impróprio (§ 1º do artigo 157) importa em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria a sentença reconheceu presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, negando a compensação em razão de o apelante ser multirreincidente, gerando assim outra desconformidade defensiva, que passa a ser analisada.

Embora possível a compensação, para que se efetive deve-se observar as peculiaridades do caso, conforme decidiu o STJ quando passou a adotar esse entendimento, a partir do julgamento do EREsp. 1.154.752/RS, ocorrido em 23.05.12 (DJe 04.09.12), a fim de atender aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Como visto acima, o recorrente registra 09 (nove) condenações transitadas em julgado, tratando-se, pois, de multirreincidente, fato que indica muito maior reprovabilidade da conduta. Assim, possibilitar a compensação seria desconsiderar completamente os princípios acima referidos.

O próprio STJ, que inaugurou o entendimento acerca da possibilidade de compensação, é firme ao negá-la em casos como o dos autos. Confira-se:

"REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA – COMPENSAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MULTIRREINCIDÊNCIA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1 - É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, deve a atenuante da confissão espontânea ser compensada com a reincidência (EResp 1.154.752/RS). 2 - No caso, o agravante registra duas condenações definitivas anteriores, motivo pelo qual não é possível proceder à compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, porque evidenciado, por meio da recidiva, maior reprovabilidade da conduta do agente. Agravo Regimental não provido." (STJ; AgRg-AgRg-REsp 1.488.307; Proc. 2014/0271282-0; DF; 6ª T.; Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; DJE 01/07/2015).

Como se vê, impossível a compensação quando se trata de réu multirreincidente, como é o caso destes autos, de forma que, em atenção aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, rejeito a pretensão de compensação entre as circunstâncias da confissão espontânea e da reincidência.

Com isso, na segunda fase da dosimetria aplica-se a cada delito apenas a agravante da reincidência, e para não prejudicar o apelante, aplica-se a cada delito apenas o acréscimo imposto pela sentença, que é inferior ao patamar normalmente aplicado, no equivalente a 1/6 (um sexto).

Desta forma, a pena relativa ao crime de furto consumado (artigo 155, *caput*) passa para 01 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, a relativa ao roubo tentado (artigo 155, c/c com 14, II) progride para 01 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa, e a do roubo impróprio (§ 1º do artigo 157) atinge 04 (quatro) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

Reconhecimento da continuidade delitiva entre os três delitos.

O último pleito defensivo refere-se à terceira fase da dosimetria, e atine ao reconhecimento da continuidade delitiva, já que a sentença reconheceu o concurso material de crimes.

O concurso material de infrações, previsto pelo artigo 69, do Código Penal, determina a soma das penas quando o agente, “*mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não*”. A continuidade delitiva é a ficção legal prevista pelo artigo 71, do Código Penal, para cuja configuração, segundo a teoria objetivo-subjetiva ou mista, exige-se a presença concomitante dos requisitos objetivos e subjetivos, quais sejam: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes; IV) unidade de desígnios.

No caso dos autos há dois elementos a serem considerados: a multirreincidência e a forma de execução dos crimes.

Como visto acima, o apelante é contumaz na prática de crimes contra o patrimônio, registrando nove condenações definitivas.

Além disso, a forma de execução dos três delitos apurados não atende aos requisitos exigidos pela continuidade delitiva, pois inobstante alguma semelhança de tempo e lugar, houve a prática de dois furtos sucessivos e autônomos, na mesma data, e de um roubo impróprio, mas com diferenças no *modus operandi* de cada um.

Aliando-se esses dois elementos tem-se como certo que se trata de autêntica reiteração delitiva, de forma habitual e profissionalizada, e não da continuidade delitiva. Situações como a dos autos devem receber tratamento penal mais rigoroso em razão do elevado grau de reprovação das condutas, pena de se confundir crime continuado com a perseverança no crime. Exatamente nesse sentido (grifos meus):

“PENAL – RECURSO ESPECIAL – ROUBO – CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA – AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS E DE SEMELHANÇA ENTRE AS CONDIÇÕES DE LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva. Mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito, quanto o de ordem subjetiva. A denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior. 2. Incontroversos os fatos, não há continuação delitiva entre roubos sucessivos e autônomos, com diferenças tanto na maneira de execução do delito quanto nas condições de lugar. 3. Segundo entendimento desta Corte, a simples reiteração de condutas delituosas. Mormente com diferentes co-autores e *modus operandi* diferenciado. Não configura, de pronto, a continuidade delitiva.

As exigências legais devem restar preenchidas sob pena de se tornar mero ornato o concurso material e de se confundir o crime continuado com a perseveratio in crimine (REsp 508.725/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 16/02/2004). 4. Ademais, verificada a diversidade da maneira de execução dos diversos delitos, agindo o recorrido ora sozinho, ora em companhia de comparsas, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa (REsp 421.246/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010). 5. Recurso especial provido para, afastada a continuidade delitiva, reconhecer o concurso material dos delitos perpetrados, determinando o retorno dos autos ao juízo das execuções para somatória e readequação das penas”. (STJ; REsp 1.465.136; Proc. 2014/0164239-8; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 13/06/2017).

“APELAÇÃO – RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL – CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – ROUBO MAJORADO (1º FATO) – EMPREGO DE ARMA – ROUBO SIMPLES TENTADO (2º FATO) – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA – CONCURSO MATERIAL – DOSIMETRIA DA PENA – MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. (...). Continuidade delitiva afastada. Concurso material reconhecido. Para a configuração da continuidade delitiva, na esteira da orientação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e por este órgão colegiado, imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (similitude de tempo, lugar e modo de execução do crime) e subjetiva (unidade de desígnios). Contudo, tais condições não restaram sobejamente demonstradas na hipótese. Além disso, não havendo qualquer indício de que as circunstâncias de um dos crimes tenha sido aproveitada para o cometimento dos demais, a hipótese é de mera reiteração delituosa. E a habitualidade ou profissionalismo na prática de delitos merece um tratamento penal mais rigoroso em virtude do maior grau de reprovação, impedindo o reconhecimento da continuidade delitiva. - Dosimetria da pena. (...)” (TJRS; ACr 0006925-12.2017.8.21.7000; Santa Maria; Oitava Câmara Criminal; Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira; Julg. 26/07/2017; DJERS 18/08/2017). Reduzi ao necessário.

Com tais fundamentos, rejeita-se a pretensão, confirmando-se a configuração do concurso material, previsto pelo artigo 69, do Código Penal.

Portanto, na terceira fase da dosimetria resta aplicar a causa especial de redução relativa à tentativa, atinente a um dos delitos de furto, a qual foi estabelecida pela sentença em 1/3 (um terço) que, em razão do *iter criminis* percorrido, afigura-se adequada.

Assim, a pena relativa ao furto tentado resta definitivamente fixada em 01(um) ano, 03 (três) meses e 08 (oito) dias de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa. As demais não sofrem alterações em razão da inexistência de causas modificadoras.

Aplicando-se o concurso material, as penas atingem 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 08 (oito) dias de reclusão, além do pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Considerando a quantidade da pena, a reincidência e a existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, a privativa de liberdade inicia no regime fechado e a multa será calculada à razão de 1/30 do valor do salário mínimo da época, corrigido.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além do pagamento de 51 (cinquenta e um) dias-multa em razão do afastamento do juízo negativo da conduta social.

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 Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 05 de abril de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004184-04.2010.8.12.0013 - Jardim
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE – ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS CONTRA CRIANÇA – PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR TESTEMUNHAS E LAUDOS PSICOLÓGICOS – RECURSO DESPROVIDO.

Se o conjunto probatório não deixa dúvidas de que o apelante praticou atos libidinosos contra a vítima, dos 04 aos 09 anos de idade, deve ser mantida a condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de abril de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Adair Ramos, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 11 anos e 08 meses de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 217-A c/c art. 71, do Código Penal (f. 187-193).

Pede a absolvição do delito por insuficiência de provas, pois a simples menção da vítima de que foi constrangida a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal sem se comprovar que tais fatos tenham ocorrido e, se ocorridos, que tenha sido ele o verdadeiro autor, não pode ensejar uma condenação tão grave (f. 208-221).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 225-239).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 247-256).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia o seguinte:

“(...) Consta nos autos que, entre os anos de 2001 e 2006, em períodos não especificados, o denunciado Adair Ramos, constrangeu, de forma continuada, a menor E.

R. F., a praticar ou permitir que se pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal, sendo que os atos foram cometidos quando a vítima possuía entre quatro e nove anos de idade.

Consta do incluso inquérito, que o denunciado era vizinho da vítima e que esta frequentava sua casa para brincar com a filha dele, sendo que o mesmo se aproveitava destas ocasiões para molestá-la sexualmente, ameaçando-a matar sua avó caso ela contasse a alguém o ocorrido.

A vítima relata que era chamada para um quarto pelo acusado, ficando a sós com este, quando era obrigada a pegar nos genitais de seu abusador, sendo que, por vezes, era despida e tocada lascivamente em sua genitália, recebendo, ainda, beijos na boca, atos estes, sempre realizados sob a ameaça de que avó seria morta caso não cedesse às vontades mórbidas de Adair.

Consta que tais fatos só foram descobertos porque a vítima confidenciou os abusos sexuais sofridos à diretora da escola onde estudava, tendo sido acionado o Conselho Tutelar para melhor apuração dos fatos, vindo à tona toda a ação criminosa cometida por Adair.

(...).”

Adair Ramos, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 11 (onze) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, por infração ao art. 217-A c/c art. 71, do Código Penal (f. 187-193).

Em seu recurso, o apelante pede somente a absolvição do delito por alegação de insuficiência de provas, afirmando que a simples menção da vítima de que foi constrangida a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal sem se comprovar que tais fatos tenham ocorrido e, se ocorridos, que tenha sido ele o verdadeiro autor, não pode ensejar uma condenação tão grave (f. 208-221)

Pois bem.

A autoria e a materialidade do fato delituoso restaram amplamente comprovadas pelo boletim de ocorrência (f. 07), certidão de nascimento da vítima E.R.F demonstrando que possuía entre 04 anos e 09 anos de idade na época dos fatos (f. 12), laudo de exame de corpo de delito - negativo para conjunção carnal (f. 10-11), laudo psicológico (f. 50-51), relatório psicossocial (f. 118-122), declarações da vítima e das testemunhas.

A negativa de autoria restou isolada (f. 157 – audiovisual), pois apesar de o apelante negar ter praticado atos libidinosos com a vítima, confirmou que ela brincava com sua filha quando criança, em sua residência, alegando, contudo, que não permanecia em casa, pois trabalhava de pedreiro, construindo igrejas em outras cidades.

A vítima E.R.F narrou com firmeza, clareza e coerência, em todas as oportunidades em que foi ouvida, que o apelante era o pastor da igreja Assembleia de Deus, a qual sua família frequentava, bem como vizinho de sua avó, residência esta em que permanecia enquanto sua genitora trabalhava. Quando era criança, entre os 04 e 09 anos de idade, ia para a residência do apelante, brincar com a filha dele, momentos em que ele a levava para um quarto e ali praticava atos libidinosos nela, bem como a constrangia a praticar tais atos nele, consistentes em retirar as roupas dela, deixando-a nua, beijá-la na boca, passar a mão em seu corpo (inclusive nas partes íntimas), fazê-la pegar na genitália dele, sempre sob ameaças de matar sua genitora ou sua avó caso não obedecesse ou relatasse os fatos a alguém. Os abusos cessaram quando mudaram de residência e somente quando já estava com 13 anos de idade, após assistir uma palestra na

escola sobre abuso sexual que resolveu narrar os fatos para a professora e diretora. Após isso, precisou fazer tratamento psicológico durante muito tempo (f. 19 e 157 – audiovisual).

A genitora da vítima, E., confirmou integralmente a ocorrência dos fatos, ou seja, de que somente soube dos fatos pela diretora da escola, a qual a chamou para conversar após a vítima tê-los relatado. A vítima foi encaminhada para o Conselho Tutelar e depois para a psicóloga, realizando tratamento psicológico. Conversou com sua filha que confirmou os fatos, ou seja, que o réu a beijava na boca, passava a mão em suas partes íntimas e fazia ela pegar nas partes íntimas dele também. Ela falou que não contou antes, porque o réu ameaçava de matar sua avó e sua mãe (Eliene), assim, ela ficou com medo. Conversou com a psicóloga, a qual lhe disse que a filha chorava muito ao falar do assunto, ficava sentimental e que houve o abuso. Quando veio a intimação, apareceram duas moças em sua casa dizendo que o réu tinha feito a mesma coisa com elas, no mesmo período de sua filha. A vítima tinha convulsão, os problemas citados no relatório de f. 120, dor de cabeça forte, desmaiava, ia ao médico e não tinha nada. Ela acordava no hospital, lentamente, depois que ia voltando ao normal. Ela fez bastante tratamento. Ela ia brincar na casa do réu com a filha dele. Esclareceu que trabalhava em uma chácara e a filha ficava com a avó que era vizinha do réu, morava ao lado da igreja. O réu era pastor da igreja que frequentavam, era conhecido, fazia cultos nas casas dos irmãos da igreja. Atualmente o réu abriu uma igreja na casa dele, acredita que ele foi afastado; mora na mesma vila, só que mais distante e atualmente não possui mais contato com ele, nem foi mais à igreja (f. 157 – audiovisual).

A testemunha Eneida, que era diretora da escola em que a vítima estudava na época em que fatos vieram à tona, em juízo, também confirmou integralmente suas declarações prestadas na fase extrajudicial, no sentido de que a vítima queria contar algo para a professora, que a levou para a direção, e juntamente com a coordenadora, as três ouviram os relatos da vítima, que muito chorava, dizendo que, quando era criança, havia sido abusada sexualmente pelo pastor de sua igreja, que residia ao lado da casa da avó dela. A vítima declarou que passava os dias na casa da avó, enquanto a mãe ia trabalhar; assim, ia na residência do réu brincar com a filha dele e ele a pegava no colo e passava a mão em seu corpo, com conotação sexual. Declarou, ainda, que ele ameaçava a genitora dela, os pais dela de morte e que os fatos ocorreram por várias vezes quando ela era pequena, nem estudava ainda. Soube que a família da vítima frequentava a igreja do réu, que era pastor na época dos fatos (f. 22 e 157- audiovisual).

A testemunha Janaína, psicóloga que atendeu a vítima, também confirmou que a vítima E.R.F foi abusada sexualmente, inclusive, porque estava psicossomatizando na época do atendimento. Declarou que a vítima apresentou dados convincentes na época, detalhes, foi ouvida por várias vezes e como ela não tinha elaborado a questão do abuso, isso mexia muito com ela, recomendou-lhe terapia e ela fez. Afirmou que: *“ficou bem evidente para mim que isso aconteceu, de forma que traumatizou a vida dela, há plausibilidade de que o réu cometeu o abuso contra Evelin; não teve o ato em si, mas a questão de ele passar a mão, pegar, ameaçar, isso repetidamente ela contava, repetia da mesma forma, com mesmos detalhes”*.

Relatou, ainda, que *“a mãe dela frequentava a igreja, era uma situação boa, relação boa deles, não tinha algo que de repente ela quisesse prejudicá-lo de alguma forma, família bem humilde, ela tinha essa relação muito forte com a escola, com a diretora, ela se sentia bem, contava, dividia com a professora; a mãe ainda frequentava a igreja; eles tinham boa relação com o pastor, frequentava a casa dele, era muita confiança.”* Por fim, esclareceu que o tratamento é a longo prazo, pois a vítima era muito emotiva quando tocava no assunto, era muito ruim, tenso para ela, tanto que começou a somatizar, inclusive teve dores muito fortes no corpo, na perna, necessitando encaminhá-la para a terapia (f. 157 – audiovisual).

Tudo indica, ainda, que o réu também praticou abusos contra outras meninas do distrito de Boqueirão, conforme se extrai do relatório psicossocial de f. 117-122.

Desta feita, os argumentos defensivos de ausência de provas para a condenação, que se baseou em elementos frágeis, não encontram amparo no conjunto probatório.

Como bem asseverou a d. Magistrada *a quo* na sentença (f. 190):

“Por sua vez, o laudo psicológico de f. 50/51, confirma o abuso sexual sofrido pela vítima.

‘Segundo informações da mãe de E.R.F, desde seus cinco anos de idade já apresentava problemas na escola como: choro frequente e dificuldade de frequentar a escola. Ao realizar avaliação psicológica de E.R.F foi observado timidez, angústia, dificuldade de comunicação, porém fala clara e coerente. E.R.F explanou convincentemente em detalhes que quando tinha de 4 a 9 anos foi molestada pelo Pastor da Assembléia de Deus deste período. Assim como na maioria das crianças vítimas de abuso sexual, tinha medo de contar para seus pais e foi ter coragem para contar somente na escola para uma amiga e posteriormente para a professora após alguns anos. Foi realizado um trabalho de elaboração desta frustração com E.R.F e posteriormente dado alta.’

(...).”

É sabido que nos crimes contra os costumes a palavra da vítima tem sempre preponderante relevância, eis que na maioria das vezes eles são praticados às escuras, escondidos, em locais de pouco ou nenhum movimento, em horas mortas, o que impede que seja presenciado por outras pessoas.

Neste sentido a jurisprudência:

“Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.” (TJSP RT 671/305-6).

“Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente da palavra da vítima – menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato – e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes. II-I. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.” (STJ – Resp 700800/RS, Recurso Especial 2004/0147242-2 – Rel. Min. Gilson Dipp – Quinta Turma – J. 22/03/2005).

O conjunto probatório não deixa dúvidas, portanto, que o apelante praticou atos libidinosos na E.R.F, por diversas vezes, quando possuía entre 04 a 09 anos de idade, consistentes em retirar as roupas dela, beijá-la na boca, passar a mão em seu corpo e obrigá-la a pegar na genitália dele, devendo ser mantida a condenação por infração ao art. 217-A c/c art. 71 do Código Penal.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RECURSO DA DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE – PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ – NOVA OITIVA DA VÍTIMA AMPARADA PELA REDAÇÃO DO ARTIGO 156 DO CPP – PREFACIAL AFASTADA – ABSOLVIÇÃO – PROVAS SEGURAS

DO FATO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA ANÁLISE DA CRICUNSTÂNCIA DA PERSONALIDADE – PENA REDUZIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) Mantém-se a condenação se as provas colhidas são seguras a apontar a autoria do crime, fundada nas declarações da vítima e, ainda, em outros depoimentos colhidos durante a instrução processual.” (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.007094-6 – Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia - J. 25.4.2011).

“APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA – DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – PARECER PSICOLÓGICO – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA E ABSTRATA – REDUÇÃO OPERADA – REGIME PRISIONAL – CRIME HEDIONDO – INVIÁVEL FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 44, I, DO CÓDIGO PENAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não há que se falar em absolvição por ausência de provas, quando as declarações da vítima, aliadas aos demais depoimentos testemunhais e corroboradas pelo Parecer Psicológico, formam um conjunto probatório forte o suficiente para dar sustentação a um seguro decreto condenatório.” (Segunda Turma Criminal - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.015883-1 – Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. J. 11.7.2011).

“APELAÇÃO CRIMINAL – PROCESSUAL PENAL E PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – RECURSO DA DEFESA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO – PALAVRA DAS VÍTIMAS – DOSIMETRIA – COMBINAÇÃO DE DISPOSITIVOS DIVERSOS – INCABÍVEL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ANTERIORIDADE DA LEI PENAL – APLICAÇÃO DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL – CONTINUIDADE DELITIVA – ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL – MÁXIMO LEGAL – QUANTIDADE DE INFRAÇÕES – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Não há se falar em absolvição quando o arcabouço probatório coligido aos autos mostra-se uníssono, encontrando-se a palavra das vítimas em total harmonia com as demais provas colhidas no bojo da instrução, formando um conjunto probatório suficientemente hábil a fundamentar o decreto condenatório.

Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra das vítimas tem especial relevância, pois se trata de delito praticado às escondidas, sem a presença de testemunhas.

Inviável a aplicação da pena prevista no artigo 213 do Código Penal, devendo ser fixada nos moldes do artigo 217-A do mesmo estatuto repressor, em razão de violação do princípio da legalidade e anterioridade penal.” (Segunda Turma Criminal - Apelação Criminal - Reclusão - N. 2010.015882-1 – Rel. Des. Manoel Mendes Carli. J. 13.12.2010).

Em conclusão, da análise de todos os elementos que constituem o conjunto probatório, como acima exposto, entendo que a sentença bem examinou e interpretou corretamente tais elementos, pelo que a sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 02 de abril de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004385-65.2011.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, LEI 9.605/98 – PESCA MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE PETRECHO NÃO PERMITIDO – REDE DE PESCA– PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELAS DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS E AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO – PRETENDIDA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INCABÍVEL – RECURSO DESPROVIDO.

Restando devidamente comprovado por todo o conjunto probatório que o apelante foi flagrado pescando mediante a utilização de petrecho proibido, ou seja, rede de pesca, o qual foi apreendido em sua posse, no interior do barco, juntamente com dois peixes com marca de emalhar, não há falar em absolvição.

Em regra, não se aplica o princípio da insignificância em matéria ambiental, dado o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela do meio ambiente, ainda mais se o agente é reincidente específico em crimes contra o meio ambiente.

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, 23 de abril de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Lourisvaldo Miranda de Almeida, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 01 ano de detenção, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, por infração ao art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/98 (f. 168-174).

Pede a absolvição, alegando ausência de provas suficientes de autoria, pois negou a prática delitiva e afirmou que o material apreendido não lhe pertencia.

Alternativamente, pede a aplicação do princípio da insignificância, por ausência de dano ao meio ambiente, pois a pesca não ocorreu em período de defeso e não houve captura de peixes em tamanhos inferiores ao autorizado por lei (f. 186-197).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 201-212).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 219-232).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Consta na denúncia que:

“ Consta do incluso procedimento que no dia 17 de setembro de 2011, por volta das 03h15min, no Coxim, próximo à Cachoeira do Campo, neste município, o denunciado praticou pesca mediante a utilização de petrecho não permitido pela legislação ambiental.

Segundo consta, a Polícia Militar Ambiental, durante fiscalização no Rio Coxim, avistou dois pescadores capturando peixes com a utilização de rede de pesca, cujo material é proibido.

O denunciado e outra pessoa não identificada empreenderam fuga ao avistar os policiais, sendo realizado a abordagem apenas do ora denunciado.

Conforme consta, foram apreendidos motor de popa 15HP, marca Yamaha nº 65 DS 1063855 e um tanque de plástico com capacidade para 24 litros com mangotim; um barco Mogimirim nº 06001 de 5,8 metros; uma rede de pesca de 70 metros de comprimento de malha 18cm; uma bateria da marca Cras de 45 amperes; uma lanterna Sealed Beam marca Jacaré e dois peixes na medida permitida por lei.”

(...).”

Lourivaldo Miranda de Almeida, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 01 ano de detenção, no regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, por infração ao art. 34, parágrafo único, II, da Lei n. 9.605/98 (f. 168-174).

Em seu recurso, pede a absolvição, alegando ausência de provas suficientes de autoria, pois negou a prática delitiva e afirmou que o material apreendido não lhe pertencia. Alternativamente, pede a aplicação do princípio da insignificância, por ausência de dano ao meio ambiente, pois a pesca não ocorreu em período de defeso e não houve captura de peixes em tamanhos inferiores ao autorizado por lei (f. 186-197).

Pois bem.

A autoria e a materialidade do fato delituoso restaram comprovadas pelo auto de prisão em flagrante (f. 05-18), auto de exibição e apreensão de um motor de popa 15HP, marca Yamaha nº 65 DS 1063855, um tanque de plástico com capacidade para 24 litros com mangotim, um barco Mogimirim nº 06001 de 5,8 metros, uma rede de pesca de 70 metros de comprimento de malha 18cm; uma bateria da marca Cras de 45 amperes, uma lanterna Sealed Beam marca Jacaré e dois peixes na medida permitida por lei, mas com marca de malha (f. 14), auto de infração da Polícia Militar Ambiental (f. 16-18), boletim de ocorrência (f. 31-34), laudo pericial (f. 46-52), confissão extrajudicial do apelante (f. 10) e declarações das testemunhas.

Analisando o conjunto probatório verifica-se que no dia 17/09/11, por volta das 03:15 horas, na Comarca de Coxim, durante fiscalização de rotina no Rio Coxim, policiais militares ambientais avistaram um barco com dois ocupantes, nas proximidades da Cachoeira do Campo, utilizando uma rede de pesca, material proibido por lei.

Os pescadores tentaram empreender fuga, tendo um deles obtido sucesso, sendo preso em flagrante somente o ora apelante Lourisvaldo, pescador profissional. No interior do barco, foram apreendidos dentre outros objetos, uma rede de pesca, malha 18 cm, medindo aproximadamente 70 metros de comprimento, bem como dois peixes da espécie pintado, com marcas de emalhar.

O apelante foi multado e instaurado o inquérito policial, originando a presente ação penal.

Na fase policial, o apelante Lourisvaldo confessou a prática delituosa, senão vejamos (f. 10):

“(...) que, o interrogando é Pescador Profissional há vinte anos; que, na data de ontem armou 20 anzóis de espera, permitido por ser pescador profissional, sendo que por volta das 04:00 horas da data de hoje, retornou ao rio para verificar os mesmos; que, estava acompanhado de outra pessoa, ao qual não quer determinar o nome; que, em razão de não ter fsgado nenhum peixe, decidiram fazer o uso de uma rede de emalhar de 70 metros, com malha de 18 cm, pertencente ao interrogando; que, conseguiu capturar dois pintados acima da medida, porém, estava utilizando apetrecho proibido; que, em certo momento notou a presença de Policiais Militares Ambientais, decidindo empreender fuga, mas, não conseguiu, sendo preso; que, o seu companheiro conseguiu fugir; que, exceto a rede e a bateria, os outros materiais pertencem ao seu amigo GEAN (...).”

Já no seu interrogatório judicial (f. 144), o apelante negou a prática do crime, alegando que, no dia dos fatos, ao amanhecer, foi “correr anzóis de galho” que havia armado, quando, ao passar por uma fazenda, forneceu carona para um peão, que trazia consigo um saco. Aduziu que, ao descer pela cachoeira do campo, avistou a Polícia Militar Ambiental e, ao parar à margem do rio, o caroneiro pulou do barco e empreendeu fuga, deixando sua bagagem. A polícia, então, ao vistoriar referida bagagem, encontrou uma rede de pesca e alguns pescados. Sustentou que o material encontrado no barco não era de sua propriedade, mas sim do caroneiro.

No entanto, a retratação do apelante em juízo encontra-se isolada nos autos.

O policial Valfrido Pereira Assis, ouvido na fase extrajudicial (f. 09), narrou que durante fiscalização de rotina no Rio Coxim, avistou um barco com dois ocupantes nas proximidades da Cachoeira do Campo, tendo observado que os pescadores estavam utilizando uma rede para pesca, material proibido por lei. Afirmou que os referidos pescadores, ao notarem a presença dos policiais, empreenderam fuga pela mata, contudo o acusado Lourisvaldo Miranda acabou detido. Relatou que foram apreendidos um motor de popa 15HP, marca Yamaha; um tanque de plástico com capacidade de 24 litros; um barco Mogimirim n. 06001 de 5,8 metros; uma rede de pesca de 70 metros de comprimento de malha 18 cm; uma bateria, marca Cras, 45 amperes; uma lanterna Sealed Bean, marca Jacaré; além de dois peixes com marca de malha.

Em juízo, o Policial Militar Ambiental Otoniel Alencar, manteve a versão apresentada na fase policial e corroborou as declarações do colega Valfrido, aduzindo ter visto o apelante juntamente com um outro indivíduo não identificado praticando a pesca, mediante a utilização de petrecho não permitido pela legislação ambiental (f. 144):

“(...) eu estava de folga nesse dia, a guarnição que estava de serviço estava para o pantanal, sendo que o Comandante da época Major Oliveira recebeu denúncia de que esse cidadão juntamente com outro estava passando rede nas proximidades da Cachoeira do Campo, aí fui solicitado pelo Comandante juntamente com o companheiro Valfrido, para tentar coibir essa pesca predatória. Fizemos patrulhamento a noite toda, quando foi no amanhecer conseguimos visualizar dois cidadãos num motor 15HP, arrastando rede e estava praticando a pesca; ao avistar a guarnição eles funcionaram o motor, foram para a margem e um dos ocupantes conseguiu fugir sem ser identificado, mas o Lourisvaldo foi abordado. Ele não conseguiu fugir. Apreendemos uma rede de pesca, tamanho não lembro,

mas sei que era material proibido; apreendido barco, motor, 'sealed beanm' e peixe, só não recorde a quantidade, só tava com sinais de malha, mas tava na medida, mas só que tava com sinais de malha que é proibido; a utilização de rede é proibido por Lei, qualquer tipo de rede; não teve versão nenhuma, ele simplesmente tentou fugir e foi capturado pelo meu companheiro (...)."

Desta feita, não há falar em ausência de provas de autoria, restando devidamente comprovado por todo o conjunto probatório que o apelante foi flagrado pescando mediante a utilização de petrecho proibido, o qual foi apreendido em sua posse, no interior do barco, juntamente com dois peixes com marca de emalhar.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – PESCA PREDATÓRIA – UTILIZAÇÃO DE REDE E MALHA – CARACTERIZADO CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – CONDENAÇÃO COM FULCRO NO ART. 34, II, DA LEI N. 9.605/98 – APLICAÇÃO DA LEI NOVA MAIS BENÉFICA – RECURSO IMPROVIDO. (TJMS. Apelação n. 0000010-09.1980.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. João Carlos Brandes Garcia, j: 12/06/2002, p: 11/07/2002).

APELAÇÃO – ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI Nº 9.605/98 – UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS – LAUDO PERICIAL – DESNECESSIDADE – MATERIALIDADE COMPROVADA. O conjunto probatório, consistente em documentos e prova oral, é suficiente para comprovar o uso de petrechos proibidos em pesca, sendo desnecessária a perícia nas redes apreendidas. Apelação da defesa improvida. (TJRS; ACr 97847-41.2013.8.21.7000; Osório; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Gaspar Marques Batista; Julg. 05/09/2013; DJERS 17/09/2013).

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA EM PERÍODO PROIBIDO – USO DE PETRECHOS VEDADO – COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO CONFIGURADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não há que se falar em falta de provas da autoria, ao argumento de que não foi realizada perícia nos peixes encontrados para comprovar que estavam com medida inferior a autorizada, bem como se eram espécies que deveriam ser preservadas e que também não houve perícia no petrecho utilizado na pesca, pois são de fácil verificação. A materialidade da conduta ilícita está atestada por meio do Laudo de Constatação e Auto de Infração que descrevem a apreensão em poder do réu de 04 (quatro) pintados medindo 77, 75, 70 e 63 cm respectivamente; 10 (dez) quilos de pescados diversos, sendo curvina, piranha, piau e filé de cascudo e dois mil metros de redes de emalhar de 80 mm. O auto é assinado por policiais e a questão de fácil solução. Não está configurada a inexigibilidade de conduta diversa, pois não juntou aos autos qualquer prova no sentido de que a pesca era o único meio de garantir o seu sustento e de sua família ou da impossibilidade de exercer outra atividade no período em que é proibida a pesca predatória. Ressalta-se que pescadores profissionais, devidamente cadastrados, recebem seguro no período da piracema. Evidenciada a prática da pesca predatória. (TJMS – Apelação Nº 0001853-66.2008.8.12.0030 – Bataguassu. Rel. Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos – 1ª Câmara Criminal. Julg. 29/04/2013).

A tese subsidiária de aplicação do princípio da insignificância também não se sustenta.

Como bem asseverou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, *in verbis* (f. 226-233):

"Inicialmente, é imperioso transcrever o que dispõe o art. 34, da Lei nº 9.605/98, in verbis:

'Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas'.

Trata-se de crime formal, de mera conduta, dispensando, para a sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico. O bem jurídico tutelado pelo tipo penal é o ecossistema aquático, garantindo a reprodução e a preservação das espécies.

Com efeito, em matéria de delito ambiental, em regra é inaplicável o princípio da insignificância, tendo em vista que o bem jurídico tutelado - a higidez do meio ambiente - é de titularidade difusa, e o dano, cuja relevância não pode ser mensurada, atinge o ecossistema pertencente à coletividade, sendo insuscetível de avaliação econômica.

Dessa maneira, a tutela penal conferida ao meio ambiente não se mostra compatível com a incidência do referido princípio, uma vez norteadas pelos princípios da precaução e prevenção, devendo prevalecer, portanto, a proteção à coletividade.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais tem prevalecido a tese da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais. Senão, vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL – ARTIGO 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI Nº 9.605/98 – REDE COM MALHA IRREGULAR – PESCA COM PETRECHO PROIBIDO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE. 1. Em regra não se aplica o princípio da insignificância em matéria ambiental, dado o interesse coletivo envolvido e o cunho preventivo conferido à tutela do meio ambiente. 2. Prática o crime previsto no art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/1998, o agente que realiza atividade de pesca mediante a utilização de petrecho de uso não permitido. (TRF 4ª R.; ACR 5009726-82.2015.4.04.7001; PR; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Márcio Antônio Rocha; Julg. 12/12/2017; DEJF 15/12/2017). (Grifou-se).

PENAL E PROCESSUAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA IRREGULAR – ART 34 DA LEI 9.605/98 – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE. 1. Tratando-se de crime formal e perigo abstrato, no qual o risco de lesão ao equilíbrio e à harmonia do meio ambiente, em especial à fauna aquática, presume-se pela própria conduta descrita no tipo penal, não há se falar em aplicação do princípio da insignificância. 2. Provimento do apelo para determinar o afastamento do preceito destipificante e o regular prosseguimento do feito. (TRF4, ACR 5001731-65.2013.404.7202, Sétima Turma, Relatora p/ Acórdão Cláudia Cristina Cristofani, juntado aos autos em 08/10/2014). (Grifou-se).

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE PEDIDODEHABEASCORPUS–TRANCAMENTODEAÇÃO PENAL–PESCA EM LOCAL PROIBIDO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA – INAPLICABILIDADE – PRETENSÃO QUE CONFRONTA JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NAS TURMAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL. [...]. 3. Esta Corte tem decidido que, em princípio, as infrações penais ambientais não admitem a aplicação da teoria destipificante, pois o bem jurídico agredido é o ecossistema, constitucionalmente tutelado pelo artigo 225 da CF/88, cuja relevância não pode ser mensurada. Assim, são muitas as razões apontadas pelos especialistas e pela doutrina a não permitirem a aplicação da bagatela jurídica, seja porque o meio ambiente é bem jurídico de titularidade difusa, seja porque as condutas

que revelam referidos crimes assumem uma potencialidade lesiva que se protrai no tempo e pode afetar as gerações futuras. Não olvidando também que as violações ao meio ambiente, por menores que sejam, revelam-se demais preocupantes, na medida em que o aumento da destruição é proporcionalmente maior de acordo com o crescimento da população, tornando-se cada vez mais difícil o controle, motivo pelo qual é inadmissível a transigência, devendo-se cobrar de todos a máxima preservação. 4. *A conduta delituosa de pescar em período de defeso ou em local interdito por órgão competente, como uma intervenção humana indevida e inapropriada, caracteriza pesca predatória, acarretando sérios danos à reprodução das espécies e culminando por lesionar, em cadeia, todo o ecossistema. Se há regras emitidas proibindo a pesca em determinado período e local, ou mediante a utilização de petrechos específicos, ou em determinado número, é porque tais condutas são capazes de gerar sérios danos à fauna e flora aquáticas, de modo que relevantes ao direito penal, inaplicando-se-lhes o princípio da insignificância jurídica.* 5. *Precedentes pacíficos de ambas as Turmas Criminais deste Tribunal Regional Federal.* 6. (...). (TRF4, Processo 50121874420164040000, rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, julgamento em 20.04.2016).

PENAL – PROCESSO PENAL – CRIME AMBIENTAL – PESCA PREDATÓRIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – ARTIGO 34, CAPUT, DA LEI Nº 9.605/98 – MATERIALIDADE – AUTORIA – DOLO – COMPROVAÇÃO – PENA DE MULTA – APELAÇÃO PROVIDA. 1. **Em sentido estrito, o bem jurídico tutelado pela norma é a fauna aquática, pois a prática da pesca predatória prejudica a possibilidade de reprodução e crescimento das espécies, de modo a provocar a extinção de espécies e colocar em risco o ecossistema com o um todo.** 2. *Caracterizada a pesca predatória, não se cogita de mínima ofensividade da conduta e consequente exclusão da tipicidade por aplicação do princípio da insignificância.* 3. *Materialidade, autoria e dolo com provados.* 4. *A fixação da pena de multa deve observar dois critérios, o sistema trifásico para a quantidade de dias e a situação econômica do réu quanto ao valor.* 5. *Apelação provida. Sentença reformada.* (TRF 3ª R.; Acr 0009952-22.2011.4.03.6103; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Mauricio Kato; DEJF 16/02/2017). (Grifou-se).

PENAL – PROCESSO PENAL – PESCA COM PETRECHO PROIBIDO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – MEIO AMBIENTE – APLICAÇÃO RESTRITIVA. 1. **Os crimes ambientais são, em princípio, de natureza formal: tutelam o meio ambiente enquanto tal, ainda que uma conduta isoladamente não o venha a prejudicar. Busca-se a preservação da natureza, coibindo-se, na medida do possível, ações humanas que a degenerem. Por isso que o princípio da insignificância deve ser aplicado com cautela a esses crimes. Ao se considerar indiferente uma conduta isolada, proibida em si mesma por sua gravidade, encoraja-se a perpetração de outras em igual escala, como se daí não resultasse a degeneração ambiental, que muitas vezes não pode ser revertida pela ação humana. A jurisprudência tende a restringir a aplicação do princípio da insignificância quanto aos delitos contra o meio ambiente** (STJ, HC n. 386.682 - SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.02.05; TRF da 3ª Região, RSE n. 200561240008053 - SP, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, j. 17.06.08; RSE n. 200461240010018 - SP, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 18.03.08; RSE n. 200561240003882 - SP, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 19.11.07). 2. *Acompanho o entendimento de que se deve restringir a aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais. A legislação ambiental tem por objetivo preservar a natureza e coibir ações humanas que a degradem. Afirmer-se que a conduta do réu não seria potencialmente lesiva ao meio ambiente seria encorajar a perpetração de outras em igual escala. A circunstância de o réu pescar na companhia de outras pessoas e ter sofrido sanção administrativa não permite afastar a tipicidade material de sua conduta.* 3. *Apelação criminal provida para determinar o prosseguimento do feito.* (TRF 3ª R.; Acr 0000422-52.2016.4.03.6124; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. André Custódio Nekatschalow; Julg. 20/09/2017; DEJF 27/09/2017). (Grifou-se).

Lecionando sobre o tema, Frederico Amado, pondera que, *in verbis*:

‘(...) não é possível admitir a incidência do Princípio da Bagatela aos delitos contra o meio ambiente, pois o bem protegido pela norma penal é imaterial e objetiva realizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, em regra, o dano ambiental é irreparável in natura, devendo ser aplicada uma pena proporcional ao ilícito penal, mesmo que mínima, sendo que o manejo desse princípio poderá retirar a função de prevenção geral da lei penal, pois as pessoas poderão praticar pequenos crimes ambientais sabedoras da irrelevância penal da sua conduta.

Outrossim, o que aparentemente pode parecer bagatela individualmente considerado, em conjunto toma uma dimensão significativa, a exemplo da pesca de dois quilos de peixe em período de reprodução das espécies por dezenas ou centenas de pescadores. (...)’. (Amado, Frederico. Direito ambiental. 9.^a ed.- Salvador, Juspodivm, 2018. Pág. 663).

Por outro lado, para o Superior Tribunal de Justiça ‘não obstante seja possível a aplicação do princípio da insignificância aos tipos penais que tutelam a proteção do meio ambiente, a depender do grau de reprovabilidade, relevância da periculosidade social e ofensividade da conduta cometida pelo agente, tal aferição deve ser realizada com cautela, dada a fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inerente às presentes e futuras gerações (princípio da equidade intergeracional)’.

Especificamente quanto ao delito do art. 34 da Lei nº 9.605/98, a colenda Corte Superior já decidiu pela inaplicabilidade do referido postulado, dada a relevância penal da conduta. Nesse sentido: HC nº 192.696/SC, 5.^a Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 04-04-2011; HC nº 192.486/MS, 5.^a Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 26- 9-2012; RHC nº 41.172/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., j. 17-03-2015, DJ 10-04-2015.

No caso dos autos, o apelante Lourisvaldo Miranda de Almeida foi flagrado no Rio Coxim, próximo à Cachoeira do Campo, praticando pesca, mediante a utilização de uma rede de 70 metros de comprimento de malha de 18cm, cujo material é proibido, conduta que gera lesividade ao bem jurídico tutelado, causando risco de lesão ao equilíbrio e à harmonia do meio ambiente.

Embora tenham sido apreendidos apenas dois peixes, na medida permitida por lei, se não fosse a ação dos policiais, poderia o apelante ter capturado muito mais espécimes de peixe, em face do potencial ofensivo do instrumento de pesca que com ele foi apreendido.

Ademais, o apelante declarou ser pescador profissional, tendo, portanto, total conhecimento da proibição de utilização de rede de emalhar, tanto que empreendeu fuga ao avistar a Polícia Militar Ambiental, tornando-se ainda mais reprovável sua conduta, conforme já decidiu a jurisprudência pátria, inclusive o STJ:

PENAL – PROCESSO PENAL – APELAÇÕES CRIMINAIS – PESCA DE LAGOSTA COM USO DE APETRECHOS PROIBIDOS – ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, II, LEI Nº 9.605/98 – ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES A COMPROVAR AUTORIA E MATERIALIDADE – VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS – NÃO CABIMENTO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – APELAÇÕES ÀS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. 1. (...). 4. O fato do crime ter sido cometido contra o meio ambiente não implica valoração negativa na penabase quanto ao comportamento da vítima sob o argumento de um grau máximo de proteção por parte do poder público, pois tal proteção já decorre do próprio tipo penal, ao capitular como crime tal conduta, sendo a tutela do meio ambiente a própria finalidade da Lei nº 9.605/98. 5. A alegada ausência de lesividade ao meio ambiente não é capaz, por si só, de fazer incidir o princípio da bagatela. O próprio contexto fático-probatório demonstra ter o réu ciência

da ilegalidade da conduta praticada, uma vez que é pescador profissional, além de já ter sido autuado pelo estado em virtude de conduta semelhante. Nesse sentido, torna-se mais reprovável a conduta do acusado, impedindo a aplicação da benesse. 6. Apelações às quais se nega provimento. (TRF 5ª R.; ACR 0000116-50.2014.4.05.8403; RN; Quarta Turma; Rel. Des. Fed. Edilson Pereira Nobre Júnior; DEJF 01/07/2016; Pág. 200). (Grifou-se).

HABEAS CORPUS – CRIME AMBIENTAL – PESCA EM PERÍODO PROIBIDO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA NO CASO CONCRETO – HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental. 2. Não se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta do Paciente, pescador profissional, que foi surpreendido pescando com petrecho proibido em época onde a atividade é terminantemente vedada. Há de se concluir, como decidiram as instâncias ordinárias, pela ofensividade da conduta do réu, a quem se impõe maior respeito à legislação ambiental, voltada para preservação da matéria prima de seu ofício. 3. E, apesar de terem sido apreendidos apenas 05 kg (cinco quilos) de peixe, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior: ‘A quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei 9.605/98, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida, exatamente a hipótese dos autos, isto é, em época de reprodução da espécie, e com utilização de petrechos não permitidos.’ (HC 192696/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 04/04/2011.) 4. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 192486, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 26/9/12). (Grifou-se).

Nesse diapasão, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, inexpressividade da lesão jurídica provocada, tampouco em insignificância da conduta, devendo ser mantida a r. sentença condenatória.”

Ressalto, por fim, que o apelante é reincidente específico (f. 89-90 e 95), evidenciando conduta tendente à habitual prática criminoso e que não teria condições de ressocializar-se através de medidas extrapenais.

Desta forma, deve ser mantida a condenação.

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. Carlos Eduardo Contar e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 23 de abril de 2018.

2ª Câmara Criminal**Apelação nº 0002087-22.2016.8.12.0045 - Sidrolândia**
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS – CONTEXTO PROBATÓRIO RESPALDA A CONDENAÇÃO – NEGADO – PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA CONDUTA DE USO – PRETENSÃO REFUTADA – NEGADO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME INDEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – ACOLHIDO – PLEITO DE AUMENTO DO *QUANTUM* DECORRENTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – PREJUDICADO – PLEITO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE PRISÃO E CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS – PRETENSÕES REJEITADAS – INDEFERIDO O PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há falar em absolvição quando os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual se mostram suficientes no tocante à confirmação da materialidade e da autoria do fato delituoso, impondo-se, nessa hipótese, a manutenção da condenação.

Os elementos colhidos na instrução processual não autorizam a desclassificação do delito de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, especialmente quando fica demonstrado nos autos que a droga era destinada à mercancia.

No âmbito dos delitos de tráfico de drogas, para a fixação da pena-base, deve haver análise das circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal e, sobretudo, das previstas na redação do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. A circunstância judicial relativa às circunstâncias do crime não se encontra respaldada por elementos concretos, conforme entendimento jurisprudencial, razão pela qual a valoração desabonadora deve ser afastada.

Resta prejudicado o pedido de elevação do patamar de aplicação da causa de diminuição constante no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (11.343/2006).

Considerando a pena fixada, nos termos do art. 33, § 2.º, b, do CP, a manutenção do regime semiaberto é medida que se impõe.

Diante da inobservância dos requisitos do art. 44 do CP, é incabível a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Em atenção às jurisprudências do STJ e do STF, inclusive em recentes julgados – HC 443.941/STJ, HC 434.766/STJ, HC 126.292/STF, HC 126.292/STF e HC) 152.752/STF, deve ser rejeitado o pleito sobrestamento do cumprimento da pena até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – CRIME TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO CONDENATÓRIO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA COMPROVA O ENVOLVIMENTO DE MENOR PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – APLICADA A CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO ART. 40, VI DA LEI

DE DROGAS – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS ACERCA DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PLEITOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL PERTINENTE A NÃO DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA - ACOLHIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Segundo orientação dos Tribunais Pátrios, a condenação pelo crime de associação deve ser lastreada em provas que indiquem de forma isenta de dúvida que o apelado seja efetivamente integrante de um grupo coeso e permanente, criado com o fim específico de fomentar o tráfico de entorpecentes. *In casu*, não demonstrada a associação de caráter duradouro e estável, com o propósito de disseminar drogas, não havendo, pois, elementos suficientes aptos que demonstrem a associação delitiva.

Os elementos de provas comprovam, de forma indene de dúvidas, que apelado envolveu menor na empreitada delituosa, configurando, em tese, a prática da conduta típica descrita no crime capitulado do art. 244-B do ECA. Todavia, comprovado o envolvimento de um adolescente no tráfico, em observância ao princípio da especialidade, deve incidir a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06 e não a tipificação da conduta como corrupção de menores.

Não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (11.343/2006), torna-se inviável a redução de pena com base a alegação de tráfico privilegiado. No caso, há indícios concretos de que o apelante é dedicado à atividades de caráter criminoso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, quanto ao recurso ministerial: prover parcialmente por maioria, nos termos do voto do Revisor, vencido, em parte o Relator. Quanto ao recurso defensivo: proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do Revisor, vencido, em parte, o Relator.

Campo Grande, 11 de junho de 2018.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual e R. A. S. interpuseram Apelações Criminais com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia (f. 245-254), que condenou o segundo à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 500 dias-multa, à razão unitária mínima, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Pede o *parquet* (f. 266-274), em suma, a condenação do réu pelos crimes tipificados no art. 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico de entorpecentes) e no art. 244-B da Lei 8.069/1990 – ECA (corrupção de menores), bem como o afastamento da minorante da eventualidade do tráfico.

A defesa (f. 295-330), de sua vez, busca: 1) a absolvição, por insuficiência de provas; 2) a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 (porte/posse de droga para uso pessoal); 3) a redução da pena-base ao mínimo legal; 4) o aumento para 2/3 da fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico; 5) o abrandamento do regime prisional; 6) o direito de recorrer em liberdade.

As contrarrazões defensivas (f. 279-294) e ministeriais (f. 332-342) vertem-se pelo não provimento dos recursos adversos.

Em parecer lançado às f. 364-382, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do apelo ministerial, para condenar o réu pelo crime do art. 244-B do ECA e provimento parcial do recurso defensivo, este para reduzir a pena-base ao mínimo legal, fixar a minorante da eventualidade do tráfico em 2/3, abrandar o regime prisional e concessão do direito de recorrer em liberdade.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual e R. A. S. interpuseram Apelações Criminais com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia (f. 245-254), que condenou o segundo à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 500 dias-multa, à razão unitária mínima, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Narrou a acusação que:

“(...) No dia 03 de agosto de 2016, por volta das 19h e 30min, na residência localizada na Afonso Pena, nº 1155, Bairro São Bento, nesta cidade e Comarca de Sidrolândia/MS, o denunciado R. A. S., vulgo ‘Deputado’ ou ‘Paulista’, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, tinha em depósito drogas, entre elas ‘cocaína’, as quais seriam comercializadas.

Ainda, nas mesmas condições de tempo e lugar, o denunciado corrompeu o menor (G. S. M.), induzindo-o a praticar infração penal, bem como se associou a ele2 para o fim de comercializarem drogas.

Conforme restou apurado, na data e local dos fatos, policiais militares, em patrulhamento de rotina, abordaram o ônibus intermunicipal da empresa Viação Cruzeiro do Sul, ocasião em que encontraram em baixo da poltrona de nº 13, onde estava o menor (G. S. M.), 32,4 g (trinta e duas gramas e quatro decigramas) de cocaína.

Ao ser indagado sobre o entorpecente, o adolescente declarou que o entregaria na Rua Afonso Pena, nº 1155, Bairro São Bento, para Marcos Sanches Echeverria, vulgo ‘Caminhoneiro’ ou a quem lá estivesse, sendo que pelo ‘serviço’ receberia a quantia de R\$ 100,00 (cem reais). Destaca-se que o menor apreendido (G. S. M.) ainda relatou que já realizou cerca de três ou quatro viagens até Campo Grande para buscar drogas para o denunciado e Marcos.

Ato contínuo, os policiais se deslocaram até a citada residência e lá flagraram R. A. S. comercializando drogas, tendo ele acabado de vender uma porção de ‘pasta base de cocaína’ para a pessoa de (J. O.) que, ao ser ouvida perante a autoridade policial, confirmou a aquisição da droga, bem como afirmou ter ido ao local outras vezes para tal fim, sendo que as drogas são vendidas por ‘Paulista’ e ‘Echeverria’.

Em seguida, os policiais vistoriaram o imóvel, momento em que encontraram em cima de uma mesa de sinuca vários objetos que confirmam a comercialização das drogas, tais como invólucros plásticos, balança de precisão e cerca de R\$ 391,40 (trezentos e noventa e um reais e quarenta centavos) em notas de valor baixo.

Insta salientar que as testemunhas (J. O.) e (D. L. S.), ao serem ouvidas perante a autoridade policial (f. 09/10 e 11/12), informaram que aquele local é conhecido por 'Boca de fumo do Caminhoneiro' e que o responsável pela venda é a pessoa de R. A.S., vulgo 'Paulista'.

Outrossim, o denunciado, ao ser interrogado perante a autoridade policial, confessou o exercício da traficância (f. 15).

Por fim, insta salientar que conforme narrado, o denunciado atuava como 'vendedor direto' da droga, sendo a 'boca de fumo' pertencente a Marcos Henrique Sanches Echeverria, vulgo 'Caminhoneiro', o qual também 'contratava' os serviços do menor de idade (G. S. M.) para o transporte da droga de Campo Grande/MS até aqui.

Logo, a associação restou evidenciada ante o depoimento das testemunhas, bem como diante da harmonia, divisão de tarefas e integração que se verificou entre o denunciado e seus comparsas, sendo que estes, juntos, lucravam com a prática de tráfico de drogas.

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia R. A. S. como incurso nas sanções do artigo 33, caput, c/c art. 35, ambos da Lei 11.343/06; c/c art. 244-B, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente (...)"

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando o acusado nos moldes alhures mencionados.

Discordando do resultado do julgamento, a acusação e a defesa apelaram.

Pede o *parquet* (f. 266-274), em suma, a condenação do réu pelos crimes tipificados no art. 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico de entorpecentes) e no art. 244-B da Lei 8.069/1990 – ECA (corrupção de menores), bem como o afastamento da minorante da eventualidade do tráfico.

A defesa (f. 295-330), de sua vez, busca: 1) a absolvição, por insuficiência de provas; 2) a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 (porte/posse de droga para uso pessoal); 3) a redução da pena-base ao mínimo legal; 4) o aumento para 2/3 da fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico; 5) o abrandamento do regime prisional; 6) o direito de recorrer em liberdade.

As contrarrazões defensivas (f. 279-294) e ministeriais (f. 332-342) vertem-se pelo não provimento dos recursos adversos.

Em parecer lançado às f. 364-382, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial do apelo ministerial, para condenar o réu pelo crime do art. 244-B do ECA e provimento parcial do recurso defensivo, este para reduzir a pena-base ao mínimo legal, fixar a minorante da eventualidade do tráfico em 2/3, abrandar o regime prisional e concessão do direito de recorrer em liberdade.

Passo a analisar as insurgências em razão de sua ordem de prejudicialidade.

Sustenta a defesa que não haveria provas suficientes para a condenação do acusado R. A. S. pelo delito de tráfico de entorpecentes, de modo que pede a sua absolvição ou a desclassificação da conduta para uso (art. 28 da Lei 11.343/06).

A insurgência é improcedente.

Em apertada síntese, após policiais apreenderem o menor (G. S. M.) dentro de ônibus intermunicipal com 32,4 g de cocaína e obterem dele a informação de que havia sido contratado para fazer a entrega em um imóvel para a pessoa de Marcos Echeverria ou a quem lá estivesse, os agentes se dirigiram ao local e encontraram o acusado, mais duas usuárias, além de uma porção de maconha, outra de cocaína e petrechos para a preparação da droga para a venda (balança de precisão), além de uma quantia de dinheiro em pequenas notas e moedas, estando parte com R. A. S. e outra em cima de uma mesa de sinuca.

Interrogado na fase inquisitiva (f. 19-20), o réu confessou a propriedade dos entorpecentes encontrados no local e que aqueles se destinavam à comercialização. Afirmou que só vendia as drogas que ele próprio buscava em Campo Grande/MS.

Em juízo (mídia de audiência, f. 107-108), o increpado retratou-se da sua confissão. Negou morar no local e disse que lá estava apenas para comprar drogas. Afirmou desconhecer as usuárias (J. O.) e (D. L. S.).

Contudo, certo é que a nova versão que apresentou para os fatos não convence e tampouco encontra respaldo no restante do conjunto probatório.

A testemunha (J. O.), ouvida em juízo (mídia de audiência, f. 107-108), confirmou que estava no local no momento do flagrante e que o imóvel era a residência de R. A. S., o qual, por vezes, fornecia-lhe droga e em outras a declarante era quem levava para consumirem juntos.

De sua vez, a testemunha (D. L. S.), que prestou depoimento apenas na fase inquisitiva (f. 15-16), afirmou que o local é conhecido como “boca do caminhoneiro” e que há dois meses compra drogas ali, tendo, no dia dos fatos, adquirido de R. A. S. certa quantia de pasta-base de cocaína.

Noutro giro, ao contrário do sustentado pela defesa, tem-se que o Policial Militar Rafael Leguiça Flores, em juízo (mídia de audiência, f. 107-108), deixou bem claro que o réu assumiu a propriedade das drogas encontradas no imóvel e que estava responsável, naquele momento, por aquele ponto de comercialização pertencente a Marco Echeverria. Asseverou que, segundo as usuárias (J. O.) e (D. L.S.), os vendedores do local nem sempre eram os mesmos.

O Policial Militar Lucas de Oliveira Leguizamon, em juízo (mídia de audiência, f. 107-108), disse que não recordava muito bem dos fatos, descrevendo apenas que, depois de apreenderem o menor e terem informações de uma boca-de-fumo, para lá se dirigiram e encontraram o réu e mais duas mulheres, além de drogas, balança de precisão e uma quantia em dinheiro.

Por oportuno, cumpre obtemperar que o fato da testemunha ter dito que não poderia afirmar com certeza se o réu havia ou não confessado durante a abordagem, deveras, não implica em qualquer contradição com o depoimento de seu companheiro de farda, até porque esclareceu que estava mais afastado, cuidando da segurança, e que, exclusivamente pela impressão do que ouviu e entendeu, acredita que realmente houve a confissão.

Vale lembrar que o STF, por várias vezes proclamou que “*seria incorreto credenciar-se agentes para exercer serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípuas.*”¹. Ademais,

1 Des. Marcel Esquivel Hoppe, TJRGS, 198/159

a referida Corte já decidiu que “*é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.*”².

Nesse cenário, não há ensejo para a absolvição ou para a desclassificação, uma vez que a confissão extrajudicial do acusado, assumindo a propriedade da droga e a respectiva destinação comercial, além de ter ressoado em outras provas nos autos, mostrou-se a mais plausível.

Afinal, estava no imóvel com as drogas, com os petrechos destinados à preparação para venda e, dentro das próprias vestes, com parte do dinheiro apreendido, denotando que, de fato, praticou o crime de tráfico de entorpecentes.

Ao seu turno, não prospera o pedido ministerial de condenação do réu pelo delito de associação para o tráfico de entorpecentes.

Como se sabe, o elemento subjetivo do tipo penal do art. 35 da Lei 11.343/06 é o dolo específico, com especial fim de agir, manter uma meta comum que, segundo a doutrina deve ser a associação duradoura e permanente entre os envolvidos.

Segundo a jurisprudência:

“Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006. Doutrina. Precedentes.(...)” (HC 208.886/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 01/12/2011).

Na hipótese, muito embora ressalte evidente que o acusado ficou episodicamente responsável pela “boca de fumo” de propriedade terceiro, na qual o adolescente iria efetuar a entrega da droga, não há elementos nos autos para se concluir pela associação estável.

Ora, apesar de (G. S. M.) ter afirmado, na fase inquisitiva, que fora contratado para levar droga ao local pelo menos por três vezes, somente mencionou o nome de Marcos Echeverria e negou conhecer o acusado R. A. S., tudo a indicar que aquela seria a primeira vez que este último receberia a droga do menor.

Também as usuárias (J. O.) e (D. L. S.), na fase inquisitiva, esclareceram que compraram drogas especificamente de R. A. S. apenas no dia dos fatos, nada havendo sido produzido em juízo para contrariar, de forma segura, essa asserção.

Conforme leciona Aury Lopes Júnior, “*ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal*”.

O doutrinador continua o escólio destacando a importância do princípio da presunção de inocência em processo penal pautado em garantias constitucionais:

“No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).

2 RTJ 68/64, referida por Aluizio Bezerra Filho in “Lei de Tóxicos Anotada e interpretada pelos Tribunais”, f. 61

Tal é a sua relevância que Amilton B. De Carvalho afirma que ‘o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana’

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica Ferrajoli, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue Ferrajoli, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.

(...)

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição ‘negativa’ (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)

Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)” (in Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

Não por outro motivo a jurisprudência pátria já assentou que *“o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal, a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência”*. (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

No Brasil, estas exigências são fruto do dever de respeito ao que preceitua o art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos *“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”* e no art. 5º, LVII, da Constituição Federal *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, consagrando o princípio da presunção de inocência, que deve ser levado a efeito também em razão da manifestada opção democrática pela liberdade decorrente de um Direito Penal mínimo, como explica Alexandre Morais da Rosa:

“Essa certeza/racionalidade buscada pelos Sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo -, na seguinte opção segundo Ferrajoli: enquanto para o modelo máximo a certeza deve impedir que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”, no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”. Para o modelo penal mínimo, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é poderá se impor uma sanção, levando a sério a ‘presunção de inocência.’ De outra face, o modelo penal máximo golpeia essa garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados.” (Guia Compacto do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 40 p).

É a inocência o estado natural, e portanto presumido, do ser humano, devendo assim ser considerado até que prova válida e robusta seja produzida em seu desfavor. Essa é a compreensão que se extrai das claras lições de Guilherme Nucci:

“O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, por ventura, for acusado da prática de outros delitos. O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode dar-se, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas.(...)”

Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável”. (Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2 ed. São Paulo: RT, 2012. 264-266 f.).

Arremata asseverando que “*gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver absolvição*” (Ibidem, 267 f.).

Sobre ônus da acusação em produzir prova *beyond all reasonable doubt*, ou seja, que sobreponha qualquer dúvida razoável, são percucientes os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto foi transcrito no Informativo do Supremo Tribunal de n. 768 (17 a 21 de novembro de 2014), a fim de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada do pensamento daquele Sodalício:

“(...) É preciso sempre lembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.

Cumprir ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por Rui Barbosa (‘Novos Discursos e Conferências’, f. 75, 1933, Saraiva), no sentido de que_‘Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)’.

Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se ‘beyond all reasonable doubt’ (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

O entendimento que venho de referir encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (Eduardo Espínola Filho, ‘Código de Processo Penal Brasileiro Anotado’, vol. IV/126-127, item n. 765, 3ª ed., 1955, Borsoi; Julio Fabbrini Mirabete, ‘Código de Processo Penal Interpretado’ f. 1.004, item n. 386.3, 11ª ed., 2003, Atlas; Guilherme de Souza Nucci, ‘Código de Processo Penal Comentado’, f. 679, item n. 48, 5ª ed., 2006, RT), valendo referir; no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (‘Código de Processo Penal Comentado’, vol. I/655, item n. VI, 5ª ed., 1999, Saraiva):

‘(...) Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. (...)’ (grifei)

Em suma: a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova penal convincente e necessária que permita, de modo seguro, a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do ora acusado, no que concerne ao teor da imputação penal contra ele deduzida.

Sendo assim, consideradas as razões por mim expostas e tendo em vista, ainda, os votos dos eminentes Ministro Relator e Ministra Revisora, também julgo improcedente a presente ação penal, para, em consequência, absolver o réu da imputação penal contra ele deduzida (...)” (AP 858/DF, DJe 7.11.2014, destaques posteriores).”

Destarte, logrando a acusação em comprovar somente o concurso eventual no tráfico de entorpecentes, cumpre manter exclusivamente a condenação do réu pelo art. 33 da Lei 11.343/06.

Lado outro, saliento que seria o caso de se condenar o acusado também pelo crime de Corrupção de Menores, previsto no art. 244-B do ECA.

Sucedee, entretanto, que paralelamente ao disposto no sobredito dispositivo legal, a Lei 11.343/06 aponta que as penas previstas nos artigos 33 a 37 daquela lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente (artigo 40, inciso VI).

Existe, portanto, conflito aparente de normas entre o art. 40, VI, da Lei 11.343/06 e o artigo 244-B da Lei 8.069/90, de modo que o primeiro dispositivo deve prevalecer, pois configura norma especial em relação ao segundo.

Assim, comprovado o envolvimento de um adolescente no tráfico, deve incidir a causa de aumento prevista no artigo 40, inciso VI, da Lei 11.343/06 e não a tipificação da conduta como corrupção de menores.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já decidiu que “*se a prática do crime envolveu adolescente, há de incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, afastando-se, por conseguinte, o crime de corrupção de menores*” (1ª Turma Criminal - Apelação Criminal 20110110255170APR – Relator: Desembargador Esdras Neves, j. 08.03.2012).

A adoção da exegese acima exposta redundaria em solução menos gravosa e encontra amparo no artigo 617 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*), segundo o qual “*o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença*”.

Logo, é de se aplicar, em 1/6, a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 no lugar da condenação perquirida pelo *parquet*.

Relativamente à minorante da eventualidade do tráfico (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), não pode ela ser afastada como pretendia a acusação, uma vez que, na esteira do bem lançado parecer ministerial:

“(...) muito embora as provas carreadas ao feito evidenciem um provável envolvimento entre o réu R. A. S., o codetentor da referida boca de fumo Marcos Echeverria e, ainda, do adolescente Genilson, não há efetiva demonstração de que integravam, de forma estável e permanente, uma organização criminosa. Também não há nos autos qualquer outro elemento capaz de repelir os demais pressupostos atinentes ao benefício”.

Quanto à fração redutora da referida benesse, assiste razão à defesa em postular que seja aplicada no máximo legal de 2/3, pois a limitação na origem não veio acompanhada de qualquer fundamentação justificando-a, o que fere o dever da motivação das decisões judiciais, entabulado no art. 93, IX, da CRFB/88.

Da mesma forma, afigura-se de rigor a fixação da pena-base ao mínimo legal, pois a exasperação na sentença foi fundamentada nas consequências ordinárias que o tráfico de entorpecentes causa à sociedade, em manifesto *bis in idem*.

Finalmente, postergo a análise dos pedidos defensivos remanescentes para logo após a nova dosimetria penal, que passo a efetuar.

Tráfico eventual de entorpecentes majorado pelo envolvimento de menor de idade – R. A. S.

Primeira fase: Com o expurgo das consequências do crime, reduz-se a pena-base ao mínimo legal de 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Segunda fase: Não há agravantes. *Mister* reconhecer, de ofício, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) em favor do acusado, pois suas declarações extrajudiciais subsidiaram a formação e manutenção do juízo condenatório nesta instância. Todavia, mantém-se a intermediária no piso abstrato, pois é suficiente e necessário para a reprovação e prevenção do delito no caso concreto, e também porque a redução aquém apenas serviria para criar expectativas efêmeras de reforma, ponderada a franca jurisprudência contrária consolidada sobre o assunto (En. Sum. 231 do STJ).

Terceira fase: Mantida a minorante da eventualidade do tráfico, com majoração a 2/3 da respectiva fração redutora, assim como reconhecida a majorante do envolvimento de adolescente no delito em 1/6, queda-se a pena definitiva, à míngua de outras moduladoras a serem sopesadas, em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 193 dias-multa.

Valor dias-multa: Justos à razão unitária mínima.

Regime prisional: O réu é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a final não ultrapassou 4 anos de privação de liberdade, caso em que deve ser adotado o regime legal correspondente, qual seja, o aberto, previsto no art. 33, § 2º, c, do CP

Benefícios art. 44 e 77 do CP: Pelos mesmos motivos, considero preenchidos os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas no Juízo da Execução Penal.

Frente às reformas efetuadas, exsurge impositiva a concessão de liberdade ao acusado.

Prequestionamento

No que tange ao questionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Dispositivo:

Diante do exposto, em parte com o parecer, encaminho voto no sentido de:

Dar parcial provimento ao apelo ministerial para condenar o acusado e, mediante *mutatio libelli*, aplicar a majorante do envolvimento de menor no delito de tráfico de entorpecentes;

Dar parcial provimento ao apelo de R. A. S., a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, aumentar para 2/3 a fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico, abrandar o regime prisional e, de ofício, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, o que, após nova dosimetria, resulta na pena definitiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais 193 dias-multa, à razão unitária mínima, com a conversão da corporal por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas no Juízo da Execução Penal.

Prevalecendo o posicionamento, expeça-se alvará de soltura e cumpra-se pondo R. A. S. em liberdade se por outro motivo não estiver preso.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.(Revisor)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual e R. A. S., qualificado nos autos, com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sidrolândia (f. 245-254), que condenou o segundo à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 500 (quinhentos) dias-multa, à razão unitária mínima, pela prática do crime tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico eventual de entorpecentes).

Nas razões recursais, o Ministério Público postula (f. 266-274), em suma, a condenação do réu pelos crimes tipificados no art. 35 da Lei nº 11.343/06 (associação para o tráfico de entorpecentes) e no art. 244-B da Lei 8.069/1990 – ECA (corrupção de menores), bem como o afastamento da minorante da eventualidade do tráfico.

A defesa (f. 295-330), de sua vez, busca: a absolvição, por insuficiência de provas; a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (porte/posse de droga para uso pessoal); a redução da pena-base ao mínimo legal; o aumento para 2/3 da fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico; o abrandamento do regime prisional; o direito de recorrer em liberdade.

O Relator, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, votou no sentido de: dar parcial provimento ao apelo ministerial para condenar o acusado e, mediante *mutatio libelli*, aplicar a majorante do envolvimento de menor no delito de tráfico de entorpecentes e dar parcial provimento ao apelo de R. A. S., a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, aumentar para 2/3 a fração redutora da minorante da eventualidade do tráfico, abrandar o regime prisional, permitir o direito de recorrer em liberdade e, de ofício, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, o que, após nova dosimetria, resultou na pena definitiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, mais 193 dias-multa, à razão unitária mínima, com a conversão da corporal por duas restritivas de direitos.

No que se refere ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, divirjo do Relator para afastar aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, pelos fundamentos que serão postos na sequência.

Com relação ao recurso defensivo, divirjo para não aplicar atenuante da confissão espontânea e a negar a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pelas razões que a seguir serão expostas.

Do reconhecimento, de ofício, da confissão espontânea.

Divirjo do Relator para não reconhecer a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) em favor do apelante. Isto porque, a despeito de o apelante ter assumido a prática de traficância, ele negou a prática delituosa em juízo, tendo alterado consideravelmente a versão dita em fase extrajudicial.

Do pedido de afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado formulado no recurso do M.F.

Consoante se extrai do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, para fazer jus à causa de diminuição do tráfico privilegiado, devem estar comprovados, de forma cumulativa, os seguintes requisitos: agente primário + de bons antecedentes + não se dedique às atividades criminosas + não integre organização criminosa.

In casu, após a análise do contexto fático em que ocorrera o crime, pelo *modus operandi* aplicado na prática delituosa, verifica-se que a apelante não atende a todos os requisitos legais. É que, pelas circunstâncias

concretas, pode-se verificar que não está presente um dos requisitos necessários à concessão desse benefício, equivalente a não dedicação a atividades de caráter criminoso. Isto porque, no presente caso, considerando que no local do crime, além do entorpecente, foram encontrados uma balança de precisão, embalagens plásticas destinadas ao preparo e embalagem do entorpecente, relógios e celulares sem a confirmação da procedência (f. 46-47), denotando que o apelante exercia traficância ostensivamente, na modalidade boca de fumo, é incabível a manutenção da causa de diminuição do tráfico privilegiado.

Dessa forma, considerando a existência de elementos de provas concretos de que o apelante é dedicado a atividades de caráter criminoso, não estando presentes, de forma cumulativa, os requisitos legais enumerados em âmbito do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, torna-se inviável a redução de pena com base a alegação de tráfico privilegiado.

Resta prejudicado, portanto o pedido defensivo de elevação do patamar de aplicação da causa de diminuição constante no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Do crime de corrupção de menores.

Quanto ao pedido condenatório pelo crime descrito no art. 244-B da Lei 8.069/1990 – ECA, formulado pelo Ministério Público Estadual, além das ponderações constantes no voto do Relator, acrescento que, segundo precedentes jurisprudenciais, na órbita jurídica da infração penal de tráfico de drogas,

“(...) se a prática do crime envolveu adolescente, há de incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, afastando-se, por conseguinte, o crime de corrupção de menores”. (1ª Turma Criminal - Apelação Criminal 20110110255170APR – Relator: Desembargador Esdras Neves, j. 08.03.2012).

Dessa forma, conforme bem salientado pelo Promotor de Justiça nas razões de apelação (f. 270-271), é de rigor a punição da conduta perpetrada pelo apelado, consistente no envolvimento do menor Genilson na prática do crime de tráfico de drogas.

Entretanto, essa conduta enquadra-se na majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, descabendo, portanto, que se falar em condenação pelo crime de corrupção de menores.

Acolho portanto, parcialmente, a pretensão acusatória neste particular, para reconhecer em desabono do apelado, a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, o que faço com respaldo no princípio da especialidade, aplicando-a no mínimo legal (1/6).

Assim, diante do que foi acima exposto, procedo ao redimensionamento da pena, nos seguintes termos:

Na primeira fase, considerando o afastamento das circunstâncias judiciais pertinentes aos consequências do crime, reduzo a pena-base da apelante ao mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem valoradas.

Na terceira fase, reconhecida em desfavor do réu a causa de aumento constante no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 1/6, a reprimenda definitiva fica estabelecida definitivamente em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, na fração mínima.

Quanto ao recurso defensivo, considerando a pena fixada, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, a manutenção do regime semiaberto é medida que se impõe.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito por inobservância dos requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Em atenção à jurisprudência do STJ e do STF, inclusive em recentes julgados – HC 443.941/STJ, HC 434.766/STJ, HC 126.292/STF, HC 126.292/STF e HC) 152.752/STF, indefiro o pedido defensivo de sobrestamento do cumprimento da pena até o trânsito em julgado da sentença condenatória, devendo o cumprimento da pena ter início, após o esgotamento dos recursos na segunda instância, no regime semiaberto.

Ante o exposto, em parte com o parecer, divirjo parcialmente do Relator para:

Dar parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual para afastar a incidência da causa de diminuição do tráfico privilegiado e reconhecer em desfavor do apelante, diante do comprovado envolvimento de menor no crime de tráfico de drogas, a causa de aumento estabelecida no inciso VI, do art. 40, da Lei nº 11.343/06, aplicando-a no patamar mínimo.

Dar parcial provimento ao recurso defensivo apenas para reduzir a pena-base ao mínimo legal, mediante o afastamento da valoração negativa da circunstância judicial consequências do crime, estabelecendo a pena final em 5 (cinco) anos de reclusão no regime semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, na fração mínima.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.(Vogal)

Acompanho o voto do Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Quanto ao recurso ministerial: proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte o relator. Quanto ao recurso defensivo: proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o relator.

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, 11 de junho de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0079154-45.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – ESTELIONATO PRATICADO POR ADVOGADOS – ALEGAÇÕES FALSAS EM PROCESSO – CONDUTA ATÍPICA – ILÍCITO CÍVEL – CONDUTA A SER APURADA PELA ENTIDADE DE CLASSE – ABSOLVIÇÃO– RECURSO PROVIDO.

“O estelionato judicial consiste no uso do processo judicial para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, artil ou engodo, ludibriando a Justiça, com ciência da inidoneidade da demanda. Percebe-se que a leitura das elementares do art. 171, caput, do Código Penal deve estar em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), do que decorre o entendimento segundo o qual o direito de ação é subjetivo e público e abstrato, em relação ao direito material. Desse modo, verifica-se atipicidade penal da conduta de invocar causa de pedir remota inexistente para alcançar consequências jurídicas pretendidas, mesmo que a parte ou seu procurador tenham ciência da ilegitimidade da demanda. Em verdade, a conduta constitui infração civil aos deveres processuais das partes, nos termos do art. 77, II, do Código de Processo Civil, e pode sujeitar a parte ao pagamento de multa e indenizar a parte contrária pelos danos processuais, consoante arts. 79, 80 e 81 do Código de Processo Civil ilícito processual. Outrossim, conforme art. 34, XIV, da Lei n. 8.906/1994, verifica-se infração profissional do advogado deturpar a situação fática com o objetivo de iludir o juízo. Conclui-se, pois, que a conduta descrita não configura infração penal, mas meramente civil e administrativa, sujeita à punição correlata. Em princípio, os meios de induzir a erro o julgador podem ensejar a subordinação típica a crimes autônomos. Cite-se, exemplificativamente, a hipótese do advogado valer-se de testemunha ou de qualquer auxiliar da justiça para falsear a verdade processual, na forma dos arts. 343 ou 344; produzir ou oferecer documento falso, material ou ideologicamente (CP, arts. 297 e 304 do CP). No processo, há produção de provas e condução pelo juiz, de forma que, se prejuízo houver, advirá da sentença e não da atitude de qualquer das partes. Pode-se até falar em erro judiciário, porém não em estelionato judiciário, o que enseja, inclusive a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no art. 966, VI e VII, do Código de Processo Civil.” (STJ.HC 419.242/MA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de Apelação Criminal (f. 1.1158-1.187) interposta por Francisco das Chagas de Siqueira Júnior e Wellington Barbero Biava, condenados pela prática de estelionato, cada um, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 20 dias-multa, à razão de 1/2 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade/prestação pecuniária no valor de 10 salários mínimos).

Para tanto, afirmam que ausente o dolo específico do delito, qual seja, enganar, sendo que *“a conduta dos Apelantes foi somente de levar a Ré Ivanir até o Poder Judiciário, aduzindo a sua versão de esposa e companheira legitimada a receber o prêmio do Seguro DPVAT, e ainda, a condição de estar separada de fato e da ciência dos acusados, como levantada pela r. sentença não restou cabalmente demonstrada nos autos”*.

Aduzem que a condição de companheira da corré foi comprovada no juízo de origem e que:

“(...) não tinham plena ciência de que a Ré Ivanir Pereira de Souza, já não mais convivia maritalmente com Idelfonso de Souza Pereira na época do acidente, não fazendo essa jus ao recebimento do prêmio. [...] Assim, sustentam a tese condenatória de que os Réus utilizaram-se de artifício induzindo a crer que a Sra. Ivanir ainda era cônjuge de Idelfonso, no momento do óbito, a qual recebeu vantagem ilícita, restando demonstrada a autoria e materialidade do delito de estelionato, entretanto, este fundamento não prospera, pois a própria Ré Ivanir sustenta a condição de companheira e esposa do Sr. Idelfonso, conforme se constatou do seu depoimento na fase de inquérito policial (f. 513). [...] Como narrado, os Apelantes não enganaram ninguém, pois estes ingressaram com a ação em juízo e fizeram prova do argumentado conforme lhes foi afirmado pela sua cliente (Ivanir), mas necessário dizer que, a condição levantada pela r. sentença, de que estes peticionários tinham conhecimento da separação do casal a mais de 05 (cinco) anos sequer foi demonstrada nos autos, ou seja, apenas deduz, mas sem nada demonstrar, o que não elide as provas e o direito sustentado pela Sra. Ivanir às f. 513, como afirmado pelos Apelantes. Ora, não há prova do conhecimento da referida condição constante da denúncia, pois repito a Sra. Ivanir sempre foi consistente na condição de companheira do Sr. Idelfonso, cabendo prova do contrário a Seguradora, a qual não desincumbiu de seu ônus. E mais, os Réus não sabiam da suposta separação, visto que sequer há provas reais que ateste tal condição, aliado que, não há como se constatar a veracidade dos argumentos do cliente, sem que realmente se produza as provas necessárias para o deslinde do feito. Esclarece-se, os Réus atuaram mediante outorga de procuração da Sra. Ivanir, entretanto, não praticaram nenhum ato com dolo ou culpa. [...] Ora, nenhuma das testemunhas de acusação sustentou que os Réus tinham conhecimento da suposta condição da separação do casal a mais de 05 (cinco) anos, o que, frisa-se, sequer foi demonstrada nos autos”.

Sustentam que:

“(...) é a própria Ivanir confessa ser a companheira do Sr. Idelfonso (f. 513), atestando que no momento do seu óbito convivia com o mesmo, assim, não houve intento de ludibriar ninguém por parte dos Apelantes, mas repito, somente em aplicar o melhor direito a quem se julgava titular do benefício, ou seja, a Sra. Ivanir, pois em razão da alegação de ser esposa, era a titular ao recebimento do valor do prêmio do Seguro

DPVAT, vez que alegava ser realmente a companheira do Sr. Idelfonso à época de seu falecimento. Em outras palavras, a Ré Ivanir ao procurar o escritório dos Réus apresentou uma situação, qual seja o falecimento do seu companheiro e esposo (f. 513), decorrente do acidente de trânsito, assim, os Réus, na condição de advogados apenas apresentaram a solução jurídica para tal fato ingressando com a Ação de Cobrança de Seguro DPVAT, pois havia possibilidade jurídica do pedido. Sobretudo, no decorrer da demanda cível não houve nenhuma suspeita de que a Ré Ivanir não era companheira do de cujus. Ora, se alguém foi induzido a erro, não foi por dolo ou culpa destes peticionários, o qual fizeram prova da condição de companheira da Sra. Ivanir, e ainda, não se tem como presumir se o cliente in casu (Ivanir) estava falando a verdade inicialmente, mas esta sempre afirmou que era a companheira do Sr. Idelfonso. Tanto é que tinham prole em comum!”.

Argumentam que:

“Ambos os Apelantes foram denunciados pelo caput do art. 171, do CPB, ou seja, em coautoria, entretanto, o Apelante Francisco das Chagas De Siqueira Júnior, somente assinou as peças de desistência e ingresso das ações de seguro DPVAT, conforme constam do seu depoimento no Inquérito Policial (f. 530), o que fora feito a pedido do seu sócio Wellington Barbero Biava. Na instrução processual tal fato foi ratificado, o Apelante Wellington Barbero Biava comprova as alegações em seu depoimento ao dizer que: o acusado Francisco das Chagas de Siqueira Júnior, assinou as peças de desistência e de ingresso do benefício DPVAT, por serem sócios, e que era de costume assinarem em conjunto as petições, entretanto, confirmou também que o acusado Francisco não sabia do que se tratava, o que fez totalmente na confiança depositada em seu sócio. No depoimento prestado, o Apelante Wellington afirma também que: foi ele quem angariou a cliente Ivanir; ora Ré, a qual veio por intermédio de sua esposa, a qual laborava na comarca de Nioaque/MS, sendo o mesmo (Wellington) responsável pela confecção das ações de seguro DPVAT patrocinado pelos Apelantes. Verificado, que o Apelante Francisco das Chagas de Siqueira Júnior, desconhecia totalmente o objeto, o que só tomou ciência, após ser instado a comparecer posteriormente a Delegacia de Polícia pela Autoridade Policial e apresentar manifestação em representação dirigida à Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Mato Grosso do SuL.

Caso mantida a condenação, entendem que a dosimetria da pena deve ser revista.

Ao final, requerem:

“a) Requer seja reformada a r. sentença, para o fim de absolver Wellington Barbero Biava e Francisco das Chagas de Siqueira Júnior, com fundamento no art. 386 e incisos do CPP, visto que não demonstrada cabalmente a autoria e materialidade do delito estampado na denúncia, e pelas provas constantes dos autos, não existe prova suficiente para a manutenção da condenação dos Apelantes; b) requer ainda, que se digne a Colenda Câmara, em reformar a r. sentença, concordando com os termos aqui apresentados, determinando a absolvição dos Apelantes, por faltar o tipo subjetivo na conduta destes (ausência de dolo específico); c) requer que essa egrégia câmara criminal aprecie a participação do apelante Francisco das Chagas de Siqueira Júnior aplicando a tese da ausência de ciência delitiva erro de tipo (proibição), e, desta forma, sem ciência de suposto intuito delitivo, não havendo dolo na conduta do Apelante Francisco das Chagas de Siqueira Júnior, o que de plano comprova a sua inocência, deve consequentemente, ser decretado a sua absolvição; d) requer em homenagem ao princípio da eventualidade, em caso de manter a punição do apelante Francisco das Chagas de Siqueira Júnior que essa egrégia câmara aprecie a participação na medida da sua culpabilidade observando o princípio constitucional da

individualização da pena, o que se argumenta na eventualidade, devendo ser admitida a causa de diminuição da pena, de um sexto a um terço, o que significa romper o mínimo legal da pena prevista; e) na eventualidade, deve ser reformada a r. sentença para diminuir a fixação da pena base, considerando a personalidade e a primariedade dos acusados, e na individualização da pena, no caso do Apelante Francisco, mais especificamente na 3ª fase, deve ser lhe concedida a causa de diminuição da pena, de um sexto a um terço da pena, pois não se revelou o dolo na sua conduta, obedecendo o princípio constitucional da individualidade das penas; f) e ainda, na eventualidade, deve ser reformada a r. sentença para excluir da fixação da pena a causa de aumento da pena base, como fundamentado pelo MM. Juízo na 1ª fase; ou, alternativamente que seja decretada a nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa, pois não foi garantido o contraditório e a ampla defesa aos apelantes, posto que referida circunstância não foi descrita na denúncia; g) requer que essa egrégia Câmara Criminal, prequestione a matéria, e, se verificada, pronuncie a prescrição da pretensão punitiva retroativa, com base na pena aplicada neste grau de jurisdição, arrimado nos arts. 107, inciso IV, 109, inciso V e VI, do CP, extinguindo-se a punibilidade dos apelantes”.

Contrarrazões (f. 1.193-1.205) pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 1.210-1.2178) no mesmo sentido.

Por este relator, às f. 1.220, determinada a regularização do feito com intimação da assistente da acusação sobre o teor da sentença e para apresentar contrarrazões ao recurso defensivo, bem como, expedição de ofício à OAB/MS a fim de requisitar informações, no prazo de 15 dias, acerca de procedimento administrativo envolvendo os advogados apelantes e os fatos narrados na denúncia.

Ofício expedido às f. 1.221, com registro de recebimento às f. 1.223.

Intimação às f. 1.222.

Decorreu *in albis* o prazo sem resposta da OAB/MS (f. 1.224).

Determinação de expedição de novo ofício à OAB/MS (f. 1.226).

Informação da OAB/MS às f. 1.228.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal (f. 1.1158-1.187) interposta por Francisco das Chagas de Siqueira Júnior e Wellington Barbero Biava, condenados pela prática de estelionato, cada um, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 20 dias-multa, à razão de 1/2 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade/prestação pecuniária no valor de 10 salários mínimos).

Os apelantes foram condenados pelo seguinte fato, de acordo com a denúncia:

“Conforme consta no incluso Inquérito Policial, na data de 16 de dezembro de 2008, nesta Capital, os denunciados Ivanir Pereira De Souza, Wellington Barbero Biava

e Francisco das Chagas de Siqueira Júnior obtiveram para eles, mediante artifício, vantagem ilícita, em prejuízo da empresa Real Seguros S/A.

Infere-se dos autos, que os denunciados Wellington Barbero Biava e Francisco das Chagas de Siqueira Júnior distribuíram duas ações de cobrança de seguro DPVAT em desfavor de Real Seguros S/A, uma em favor dos filhos e outra em favor da ex-convivente do falecido, ora denunciada, tendo pleno conhecimento de que esta não possuía direito à importância do seguro, conquanto não convivia com o de cujus quando do falecimento deste.

As ações foram intentadas em virtude do falecimento de Idelfonso de Souza Pereira, que ocorreu na data de 08 de fevereiro de 2005, sendo uma ação distribuída na comarca de Nioaque/MS, no dia 15/10/2007, e outra na de Campo Grande/MS, no dia 23/10/2007.

Observa-se que a ação distribuída na comarca de Nioaque sob o nº 038.07.000777-0 era patrocinada pelos denunciados Wellington e Francisco tendo como parte requerente Edevandro de Souza Pereira e Romário Pereira de Souza, a fim de perceberem o valor do seguro em razão do óbito de seu genitor.

Todavia, a ação supracitada foi extinta sem o julgamento do mérito, vez que ausente o interesse processual, pois já havia outra ação ajuizada pelos menos requerentes tramitando na referida comarca com a mesma causa de pedir, entretanto, os advogados e a seguradora eram distintos.

Ressalta-se que, os filhos do de cujus receberam o valor pleiteado em juízo, em ação patrocinada por outros advogados que não os denunciados.

Ademais, no que concerne a ação distribuída na comarca de Campo Grande sob o nº 001.07.065588-0, que teve como requerente a denunciada Ivanir Pereira de Souza, esta alegou que convivia maritalmente com o falecido Idelfonso, tanto que possuía dois filhos com o mesmo, justificando assim ser parte legítima para receber o seguro DPVAT, nos termos do §1º, do art. 4º, da Lei n. 6.197/74, com a redação que era vigente à época da morte de Idelfonso.

Em seu pleito, a denunciada Ivanir obteve o pedido parcialmente procedente na sentença proferida em 28/03/2008 (f. 9398), e findou por receber a quantia de R\$ 16.666,00 (dezesseis mil seiscentos e sessenta e seis reais) na data e local dos fatos, conforme recibo de f. 151.

Denota-se, que os denunciados Wellington Barbero Biava e Francisco das Chagas de Siqueira Júnior, ajuizaram as referidas ações em curto espaço de tempo, sendo assim notória a intenção de obter vantagem ilícita, visto que ambas as demandas tinham as mesmas causas de pedir.

Outrossim, constata-se que na petição exordial dos autos nº 038.07.000777-0 (f. 181/186), que seus patronos, ora denunciados demonstraram que os herdeiros do de cujus, eram de fato a parte legítima para perceber o pagamento do seguro, conforme descrito na referida peça.

Portanto, verifica-se que os denunciados Wellington Barbero Biava e Francisco das Chagas de Siqueira Júnior tinham a plena ciência de que a denunciada Ivanir Pereira de Souza já não mais convivia maritalmente com Idelfonso de Souza Pereira, na época do acidente de trânsito que ocasionou o óbito deste, não tendo por óbvio direito à percepção do seguro.

Outrossim, em declarações (f. 524), a denunciada Ivanir Pereira de Souza confessou ter recebido a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), concernente ao seguro DPVAT de Idelfonso, e que foi pela via judicial.

Compulsando o feito, verifica-se que os denunciados obtiveram vantagem ilícita em prejuízo da empresa Real Seguros S/A, induzindo através de artifício, a crer que IVANIR ainda era cônjuge de Idelfonso, no momento do óbito”.

A denúncia foi julgada procedente e Francisco das Chagas de Siqueira Júnior e Wellington Barbero Biava, condenados pela prática de estelionato, cada um, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 20 dias-multa, à razão de 1/2 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade/prestação pecuniária no valor de 10 salários mínimos).

Adianto desde já que os apelantes devem ser absolvidos.

Prevê o artigo 171, *caput*, do Código Penal: “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Esclarece Luiz Regis Prado que

“O atual artigo 171 do Código Penal, que define o crime de estelionato, representa um sensível aperfeiçoamento do tipo legal em relação à legislação anterior. Nos termos da próprio Exposição de Motivos, corrige-se em três pontos a fórmula genérica do artigo 388 do Código de 1890: ao contemplar a captação de vantagem para terceiro, frisar que a vantagem deve ser lícita e ‘que a fraude elementar do estelionato não é somente empregada para induzir alguém em erro, mas também a que serve para manter (fazer subsistir, entreter) um erro preexistente’”¹.

Leciona Cezar Roberto Bitencourt² que “a configuração do crime de estelionato exige a presença dos seguintes requisitos fundamentais: 1) emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; 2) induzimento ou manutenção da vítima erro; 3) obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro)”.

A questão é que advogado que faz alegações, falsas ou mentirosas em processo cível, não comete estelionato, uma vez que o artigo 171, do Código Penal não contempla o chamado estelionato processual.

De fato, os apelantes são advogados em Campo Grande-MS tinham plena ciência que sua cliente Ivanir Pereira de Souza, residente em Nioque-MS, não tinha direito ao recebimento do seguro DPVAT em decorrência da morte de seu ex-convivente Idelfonso de Souza Pereira.

Contudo, no dia 25 de outubro de 2007 ingressaram com ação de Cobrança contra a Real Seguros S/A, na Comarca de Campo Grande-MS, alegando que Ivanir era companheira de Idelfonso e fazia jus ao recebimento do seguro DPVAT (f. 14-34 -Processo 0065588-97.2007.8.12.0001), alegação esta que pode ser classificada como falsa.

1 PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2014, p.225, v.5.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal- Parte Especial*. 3ed. São Paulo: Saraiva, p.282, 2007, v. 3.

O pedido formulado na referida ação foi julgado procedente e Ivanir recebeu R\$15.166,00 e os apelantes R\$1.500,00 de honorários de sucumbência da Real Seguros S/A em 16/12/2008 (f. 445-447).

Extraí-se que referida alegação feita pelos apelantes no Processo 0065588-97.2007.8.12.0001 pode ser classificada como falsa porque Idelfonso de Souza Pereira, à época de sua morte, não convivia mais com Ivanir, sendo esta apenas ex-companheira.

Se tal não bastasse, seus filhos menores R. P. de S. e E. de S. P. haviam ingressado com ação de cobrança do seguro DPVAT em face da Mafre Vera Cruz Seguradora S/A, na comarca de Nioaque, Processo 0000320-82.2007.8.12.0038, distribuído em 13 de abril de 2007.

Tal fato era de plena ciência dos apelantes porque tentaram receber o seguro DPVAT uma vez que *-atente-se para a data-* em 15 de outubro de 2007 ingressaram com ação de cobrança contra a Real Seguros S/A na Comarca de Nioaque-MS, sendo que os requerentes eram E. de S. P. e R. P. de S., representados por seus avós (f. 457-462).

Referido processo foi extinto por falta de interesse processual em 17 de outubro de 2007 (f. 471-472), sendo que após a intimação os apelantes requereram o desentranhamento de todos os documentos (f. 473-479), sendo facilmente perceptível que distribuíram nova ação na Comarca de Campo Grande-MS, já cientes do fato de Ivanir não ter direito ao recebimento do seguro DPVAT, uma vez que cientes que já julgada ação nesse sentido em favor dos menores.

Ficou claro no conteúdo da sentença do Processo 0000777-17.2007.8.12.0038:

“Entendo serem os autores inteiramente carentes de interesse processual para a propositura da presente ação. Isso se deve ao fato de que encontra-se tramitando por esta vara única da comarca de Nioaque MS, ação de cobrança de seguro obrigatório de DPVAT, feito que recebeu o nº Autos 038.07.000320-0, contando como partes, Autor(es): E. de S. P., R. P. de S. e Réu(s) Mafre Vera Cruz Seguradora, que, inclusive foi recentemente sentenciado, cujo dispositivo é o seguinte: ‘Pelo exposto, julgo procedente o pedido para o fim de condenar a ré a pagar à autora indenização decorrente de seguro obrigatório DPVAT, fixada no valor equivalente a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo vigente na época do evento, corrigida monetariamente pelos índices oficiais desde então e acrescida de juros moratórios a partir da citação. Condene a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro, com fulcro no artigo 20, § 3º, do CPC, em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, devidamente atualizado. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado a fase cognitiva, intime-se o devedor para efetuar o pagamento da quantia a que foi condenado no prazo de 15 dias, sob pena de incidência da multa de 10% (dez por cento), nos termos do disposto no artigo 475 J, do CPC.’ [...]”.

Ocorre que noticiado tal fato no Cumprimento de Sentença em Procedimento Comum 0065588-97.2007.8.12.0001/01 caberia ao juízo cível, além de não homologar o acordo, aplicar as sanções do Código de Processo Civil/1973 atinentes à litigância de má-fé.

Caberia à Real Seguros S/A, que já havia pago seguro DPVAT, ingressar com ação rescisória ou outras que entender cabíveis visando ter de volta quantia recebida por Ivanir, representada por seus advogados, ora apelantes, de forma indevida.

Outrossim, compete à OAB/MS a apuração do referido fato com o intuito de apurar a reprovabilidade da conduta dos advogados, o que já está sendo feito, conforme f. 1.228.

Sobre o tema aqui posto em julgamento, esclarece o Ministro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça:

“O estelionato judicial consiste no uso do processo judicial para auferir lucros ou vantagens indevidas, mediante fraude, ardil ou engodo, ludibriando a Justiça, com ciência da inidoneidade da demanda. Percebe-se que a leitura das elementares do art. 171, caput, do Código Penal deve estar em consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV), do que decorre o entendimento segundo o qual o direito de ação é subjetivo e público e abstrato, em relação ao direito material. Desse modo, verifica-se atipicidade penal da conduta de invocar causa de pedir remota inexistente para alcançar consequências jurídicas pretendidas, mesmo que a parte ou seu procurador tenham ciência da ilegitimidade da demanda.

Em verdade, a conduta constitui infração civil aos deveres processuais das partes, nos termos do art. 77, II, do Código de Processo Civil, e pode sujeitar a parte ao pagamento de multa e indenizar à parte contrária pelos danos processuais, consoante arts. 79, 80 e 81 do Código de Processo Civil ilícito processual. Outrossim, conforme art. 34, XIV, da Lei 8906/94, verifica-se infração profissional do advogado deturpar a situação fática com o objetivo de iludir o juízo. Conclui-se, pois, que a conduta descrita não configura infração penal, mas meramente civil e administrativa, sujeita à punição correlata.

Por outro lado, ressalte-se, em princípio, os meios de induzir a erro o julgador podem ensejar a subordinação típica a crimes autônomos. Cite-se, exemplificativamente, a hipótese do advogado valer-se de testemunha ou qualquer auxiliar da justiça para falsear a verdade processual, na forma dos arts. 343 ou 344; produzir ou oferecer documento falso, material ou ideologicamente (CP, arts. 297 e 304 do CP). No processo, há produção de provas e condução pelo juiz, de forma que, se prejuízo houver, advirá da sentença e não da atitude de qualquer das partes. Pode-se até falar em erro judiciário, porém não em estelionato judiciário, o que enseja, inclusive a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, com fundamento no art. 966, VI e VII, do Código de Processo Civil. (STJ. HC 419.242/MA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017)”

Por oportuno:

PROCESSUAL PENAL – ADVOGADO – ESTELIONATO EM JUÍZO – AÇÃO PENAL – FALTA DE JUSTA CAUSA – ATIPICIDADE – TRANCAMENTO – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO.

1. Não configura ‘estelionato judicial’ a conduta de fazer afirmações possivelmente falsas, com base em documentos também tidos por adulterados, em ação judicial, porque a Constituição da República assegura à parte o acesso ao Poder Judiciário. O processo tem natureza dialética, possibilitando o exercício do contraditório e a interposição dos recursos cabíveis, não se podendo falar, no caso, em ‘indução em erro’ do magistrado. Eventual ilicitude de documentos que embasaram o pedido judicial são crimes autônomos, que não se confundem com a imputação de ‘estelionato judicial’. 2. A deslealdade processual é combatida por meio do Código de Processo Civil, que prevê a condenação do litigante de má-fé ao pagamento de multa, e ainda passível de punição disciplinar no âmbito do Estatuto da Advocacia. 3. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade do delito de estelionato, trancando, por conseguinte, a ação penal, por falta de justa causa, somente neste particular, devendo a persecução prosseguir em relação à falsidade. (STJ. HC 404.255/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 26/9/2017, DJe 4/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ESTELIONATO JUDICIAL – ATIPICIDADE RECONHECIDA – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A conduta intitulada por estelionato judiciário é atípica, por ausência de previsão legal e diante do direito de ação previsto na Constituição Federal, desde que o Magistrado, durante o curso do processo tenha condições de acesso às informações que caracterizam a fraude, como no caso dos autos. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a atipicidade da conduta de estelionato judicial, absolver a paciente nos autos da Ação Penal n. 5006974-96.2013.4.04.7102. (STJ. HC 393.890/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 20/6/2017)

Se tal não bastasse, fica claro que o caso discutido é ilícito cível quando nos deparamos com análise do DPVAT que é o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não que tem como objetivo amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, não sendo, para tal, apurada a culpa pelo sinistro.

Desta forma, é um seguro social, de pagamento obrigatório, sendo, atualmente, administrado pela Seguradora Líder-DPVAT.

Extraí-se do site da referida seguradora:

“Os recursos do Seguro DPVAT são financiados pelos proprietários de veículos, por meio de pagamento anual. Do total arrecadado, 45% são repassados ao Ministério da Saúde (SUS), para custeio do atendimento médico-hospitalar às vítimas de acidentes de trânsito em todo país. 5% são repassados ao Ministério das Cidades (DENATRAN), para aplicação exclusiva em programas destinados à prevenção de acidentes de trânsito. Os demais 50% são voltados para o pagamento das indenizações e reservas³”

Ainda do site da Susep⁴ se extrai o seguinte:

“Desempenho da Seguradora Líder-DPVAT: [...] O lucro líquido da Seguradora, depois dos impostos e contribuições, totalizou no 1º semestre de 2016 o valor de R\$ 1,4 milhão, gerado pela sua participação média de 0,7372% no Consórcio do Seguro DPVAT e pelos rendimentos das aplicações financeiras do capital social integralizado, representando um retomo de 5,31% sobre o Patrimônio Líquido médio no ano (R\$ 27,2 milhões)”.

Portanto, para uma empresa com referido grau de organização há previsão de perdas originadas por fraude, sendo que o prejuízo R\$ 15.166,00 não é relevante para o fundo que administra o Seguro DPVAT e, ainda, pode ser cobrado na esfera cível, não merecendo atenção do Direito Penal.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao apelo de Francisco das Chagas de Siqueira Júnior e Wellington Barbero Biava para absolvê-los da imputação contida na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

³ <https://www.seguradoralider.com.br/Seguro-DPVAT/Sobre-o-Seguro-DPVAT>. Acesso em 7/2/2018, às 18h08.

⁴ <http://www.susep.gov.br/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=eYUB7HVctRn0GhiFn8IhRa8R8CpwVZ--j7hZzHTxmVY&dl>. Acesso em 7/2/2018, às 18h15.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram provimento ao recurso.

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, Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003292-19.2006.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator designado Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – ART. 302, § 1º DA LEI Nº 9.503/97 – PLEITO ABSOLUTÓRIO – INTEMPESTIVIDADE – NÃO CONHECIMENTO – *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA DE SUSPENSÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR.

Não se conhece de recurso de apelação interposto fora do quinquídio legal, nos termos do preconizado no art. 593 do CPP.

A pena de suspensão para dirigir veículo automotor deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade e em conjunto com a análise das circunstâncias judiciais, devendo ser reduzida quando fixada de forma exacerbada.

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, em parte com o parecer, não conhecer do recurso. De ofício, reduziram a suspensão para dirigir nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

Campo Grande, 22 de maio de 2018.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Paulino Vicente Neto recorre da sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-o à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, bem como 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, a qual fora substituída por duas penas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e na pena pecuniária, pela prática do crime descrito no art. 302, § 1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta, em apertada síntese, pela sua absolvição, ao argumento de inexistem provas suficientes nos autos de que tenha agido com culpa. Alternativamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mesmo que importe redução da pena aquém do mínimo legal. Aduz, ainda, pela correção da natureza da sanção penal importa na sentença para que conste detenção ao invés de reclusão. Prequestiona os artigos 5º, XLVI e LVII, e 93, IX, da Constituição Federal.

Nas contrarrazões (f. 383-389), o Ministério Público Estadual arguiu, em preliminar, pelo não conhecimento do recuso, ante a sua intempestividade. No mérito, pugnou pelo improvimento do recurso, apenas retificando a parte final da fixação da pena onde consta o termo reclusão, para que passe a constar detenção.

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 397-411), manifestou pelo acolhimento da preliminar de intempestividade e, no mérito, opinou pelo desprovisionamento do apelo, retificando apenas o erro material da sentença quanto à natureza da sanção, para que onde conste reclusão, passe a constar detenção.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Paulino Vicente Neto contra a sentença que o condenou à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, bem como 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, a qual fora substituída por duas penas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e na pena pecuniária, pela prática do crime descrito no art. 302, § 1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta, em síntese, pela sua absolvição, ao argumento de que inexistem provas suficientes nos autos de que tenha agido com culpa. Alternativamente, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mesmo que importe redução da pena aquém do mínimo legal. Aduz, ainda, pela correção da natureza da sanção penal importa na sentença para que conste detenção ao invés de reclusão. Prequestiona os artigos 5º, XLVI e LVII, e 93, IX, da Constituição Federal.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões, suscitou preliminar de não conhecimento do recurso, por ser intempestivo.

Da preliminar de intempestividade

Inferre-se do processo que o patrono do apelante foi regularmente intimado na data de 06 de março de 2017, conforme certidão de publicação à f. 334.

Outrossim, o apelante Paulino Vicente Neto foi intimado pessoalmente da sentença na data de 27 de julho de 2017, sendo que nessa ocasião, não manifestou a intenção de apelar (f. 346).

Com efeito, preceitua o art. 593 do Código de Processo Penal que o prazo para interposição o recurso de apelação é de 05 (cinco) dias, o qual terá o *dies a quo* a data da intimação do defensor ou do acusado, o que ocorrer por último.

Dessa forma, na presente hipótese, como o acusado, ora apelante, foi intimado por último, ou seja, na data de 27/07/2017, conforme se verifica na certidão de publicação de f. 346, o prazo começou a correr a partir da data da última intimação, iniciando-se no dia 28/07/2017 e o prazo para a interposição da apelação (05 dias) consumou-se em 01/08/2017.

Entretanto, consoante depreende-se dos autos, às f. 339-340, a interposição somente foi protocolada no dia 02/08/2017, conforme se visualiza pelo sistema SAJ, o que se evidencia a intempestividade do apelo, porquanto o prazo quinquenal (que se findara em 01/08/2017), restou extrapolado.

A respeito do assunto, trago à colação os seguintes julgados:

“APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DE UM DOS RECURSOS – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – INTEMPESTIVIDADE – TESE ACOLHIDA – MÉRITO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL – PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – SENTENÇA REFORMADA – PROVIMENTO. I – A interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão impossibilita o conhecimento daquele interposto por último, diante da

preclusão consumativa e da observância ao princípio da unirecorribilidade das decisões, especialmente quando o mesmo foi interposto fora do prazo legal. II – Ausentes provas sólidas e robustas para a formação do convencimento do julgador, a absolvição é medida que se impõe, a teor do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, em consonância com o princípio in dubio pro reo. III – Com o parecer, não se conhece do segundo recurso. Contra o parecer, dá-se provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública. (Apelação n. 0049799-77.2015.8.12.0001 – Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva – J. 25/01/2018)

“APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA PGJ – ACOLHIDA – RECURSO INTEMPESTIVO. A data da última intimação foi em 22.03.2017 e a data da interposição do apelo se deu somente 10.04.2017, excedendo o prazo estabelecido pelo art. 593 do CPP. A interposição do apelo criminal fora do quinquídio legal caracteriza a intempestividade do recurso e acarreta o seu não conhecimento. Com o parecer, acolho a preliminar suscitada pela PGJ e não conheço do apelo em razão da intempestividade. (Apelação n. 0001023-02.2014.8.12.0027 – Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos – J. 14/12/2017)

Logo, acolho a preliminar aventada pelo Ministério Público Estadual e deixo de conhecer do presente recurso.

Do erro material

Verifica-se que a sentença recorrida ao mencionar a natureza da sanção do acusado, transcreveu que a pena seria de reclusão.

Todavia, trata-se de evidente erro material, pois a natureza da pena do homicídio culposo prevista no Código de Trânsito Brasileiro (art. 302) é de detenção.

Assim, deve ser retificado a sentença para que onde conste reclusão, passe a constar detenção.

Do prequestionamento

Quanto ao prequestionamento aventado pelo acusado, verifica-se que todas as matérias porventura alegadas foram amplamente debatidas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Da conclusão

Pelo exposto, com o parecer, acolho a preliminar suscitada pelo órgão ministerial e não conheço do apelo em razão da intempestividade, além ratificar a sentença para que onde conste reclusão, passe a constar detenção.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Revisor)

De uma análise detalhada dos autos, acompanho integralmente o relator, para não conhecer o recurso, face a sua intempestividade, bem como para corrigir erro material na sentença, fazendo constar detenção ao invés de reclusão.

Entretanto, concedo *habeas corpus* de ofício ao réu, para reduzir a pena de suspensão para dirigir veículo automotor, conforme segue.

Fixou o julgador singular a pena acessória de suspensão/proibição da habilitação para dirigir do réu em 1 ano e 4 meses, tendo a pena privativa de liberdade sido fixada em 2 anos e 8 meses de detenção, ou seja, em metade da pena privativa de liberdade.

Prevê o artigo 293, do Código de Trânsito Brasileiro que “*A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.*”

Acerca de tal artigo, leciona Guilherme de Souza Nucci¹ que “*parece-nos razoável que o magistrado leve em consideração o padrão estabelecido para a pena privativa de liberdade. Não haveria sentido em fixar a pena privativa de liberdade no mínimo legal e suspender a carteira de habilitação por período muito superior ao mínimo.*”

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

O art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece a duração mínima e máxima da pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. 4. Tendo em vista que a pena privativa de liberdade fora estipulada no seu patamar mínimo e observando-se o princípio da proporcionalidade, deve o prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor ser reduzido para 02 (dois) meses, mínimo legal. 5. Apelo Conhecido e parcialmente Provido. Unanimidade. (TJMA; Rec 0027542-30.2006.8.10.0001; Ac. 115046/2012; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. José de Ribamar Froz Sobrinho; Julg. 12/09/2011; DJEMA 23/05/2012)

No caso concreto, tenho que *quantum* fixado pelo julgador singular em relação à pena acessória é desproporcional à pena privativa de liberdade e tendo em vista que a apelante possui todas circunstâncias judiciais favoráveis, reduzo a suspensão para dirigir pelo período de dois meses e vinte dias, restando esta proporcional à privativa de liberdade.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do recurso, em razão da intempestividade e concedo *habeas corpus* de ofício para reduzir a suspensão para dirigir para 2 meses e 20 dias.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Vogal)

Acompanho o voto do Revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, em parte com o parecer, não conheceram do recurso. De ofício, reduziram a suspensão para dirigir nos termos do voto do revisor, vencido o relator.

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 Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 22 de maio de 2018.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1235.

1ª Câmara Criminal
Agravo Interno nº 1403333-38.2018.8.12.0000/50000 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO INTERNO – REJEIÇÃO DE PLANO EM *HABEAS CORPUS* – PRELIMINARES DE NÃO CONHECIMENTO – ACOLHIDAS – INTEMPESTIVIDADE – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO.

A possibilidade de aplicação analógica da legislação processual civil ao processo penal, embora autorizada pelo artigo 3º do próprio CPP, depende, no entanto, da existência de omissão na legislação processual penal, sendo que o prazo para a interposição do agravo interno no âmbito criminal não foi alterado pelo Novo Código de Processo Civil.

No presente agravo interno, a defesa fez uma síntese do histórico processual e reiterou as questões aduzidas no *habeas corpus*, não trazendo nada que pudesse ensejar a reconsideração deste relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, não conhecer do agravo.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Trata-se de agravo interno interposto por Fábio Kanomata contra a decisão de f. 2.851-2.854, que não conheceu o *Habeas Corpus* nº 1403333-38.2018.8.12.0000, impetrado contra a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pleito defensivo pela rejeição da denúncia.

Narra que nos autos da Ação Penal nº 0010805-53.2010 .8.12.0001, o paciente foi denunciado pelo crime de homicídio culposo, porém, a exordial acusatória é manifestamente desprovida de justa causa, e ainda, após a realização de perícia técnica, quando foi renovado o pedido de rejeição da denúncia, tal pleito foi novamente inferido pelo magistrado *a quo*, em razão da preclusão *pro judicato*.

Assim, pugna pela concessão da ordem vindicada no *Habeas Corpus*, no sentido de determinar o trancamento da Ação Penal nº 0010805-53.2010.8.12.0001, por ausência de justa causa.

Por este Relator, levantadas duas preliminares de não conhecimento, quais sejam, intempestividade recursal, e violação ao princípio da dialeticidade, ante a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 29-32, manifesta-se pelo não conhecimento do agravo interno, acolhendo a preliminar de ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, suscitada por este Relator.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de Agravo Interno interposto por Fábio Kanomata contra a decisão de f. 2.851-2.854, que não conheceu o *Habeas Corpus* nº 1403333-38.2018.8.12.0000, impetrado contra a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que indeferiu o pleito defensivo pela rejeição da denúncia.

Narra que nos autos da Ação Penal nº 0010805-53.2010.8.12.0001, o paciente foi denunciado pelo crime de homicídio culposo, porém, a exordial acusatória é manifestamente desprovida de justa causa, e ainda, após a realização de perícia técnica, quando foi renovado o pedido de rejeição da denúncia, tal pleito foi novamente inferido pelo magistrado *a quo*, em razão da preclusão *pro judicato*.

Assim, pugna pela concessão da ordem vindicada no *Habeas Corpus*, no sentido de determinar o trancamento da Ação Penal nº 0010805-53.2010.8.12.0001, por ausência de justa causa.

Por este relator levantada duas preliminares que impedem o conhecimento do presente agravo interno.

Primeiramente, o recurso é intempestivo.

No presente caso, a decisão que não conheceu do *habeas corpus* foi publicada no dia 17/04/2018 (terça-feira), conforme certidão de f. 2.859, o prazo legal de 05 dias iniciou-se no dia 18/04/2018 (quarta-feira) e encerrou-se no dia 23/04/2018 (segunda-feira), todavia, o agravo interno foi protocolado em 02/05/2018, sendo portanto, intempestivo.

Frisa-se que trata-se de prazo processual penal, sendo o modo de contagem disciplinado pelo artigo 798, *caput*, do CPP, segundo o qual todos os prazos serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

A Súmula n. 699 do STF, dispõe: “O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/90, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/94 ao Código de Processo Civil.”

Mesmo após a entrada em vigor da Lei n. 12.322/2010, o prazo para a interposição de agravo em recurso especial continuou sendo regido pela Lei n. 8.038/1990.

Ademais, a possibilidade de aplicação analógica da legislação processual civil ao processo penal, conforme pretende o Agravante, embora autorizada pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal, depende, no entanto, da existência de omissão na legislação processual penal, e neste ponto, não inexistente tal omissão no referido diploma legal.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

“REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INTERPOSIÇÃO SOB A
ÉGIDE DO NOVO CPC – PRAZO LEGAL DE 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS – ARTIGOS

798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 39 DA LEI Nº 8.038/90 E 258 DO RISTJ – INOBSERVÂNCIA – INTEMPESTIVIDADE – INSURGÊNCIA NÃO CONHECIDA. 1. Após a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, a Terceira Seção desta Corte Superior assentou entendimento, por unanimidade, no sentido de que “O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não obedece às regras no novo CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, Lei 13.105/2015)” (AgRg na Rcl 30.714/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 04/05/2016). 2. Destarte, a teor dos artigos 798 DO Código de Processo Penal, 39 da Lei nº 8.038/90 e 258 do RISTJ, o prazo para interposição de agravo regimental é de 5 (cinco) dias corridos. 3. No caso, a decisão agravada foi considerada publicada em 7.3.2018 e o regimental foi interposto apenas em 13.3.2018, portanto, fora do prazo legal. 4. Agravo regimental não conhecido”. (STJ, AgRg no AREsp 1250939/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 09/05/2018)

HABEAS CORPUS – EXTINÇÃO DO PROCESSO (SÚMULA 691/STF) – AGRAVO INTERNO – ADMISSIBILIDADE – PRAZO DE INTERPOSIÇÃO: CINCO (05) DIAS (LEI Nº 8.038/90, ART. 39) – INAPLICABILIDADE DO ART. 1.070 DO CPC/2015 – MODO DE CONTAGEM DESSE PRAZO RECURSAL EM SEDE PROCESSUAL PENAL: “DIAS CORRIDOS” – EXISTÊNCIA, NESSA MATÉRIA, DE REGRA LEGAL ESPECÍFICA INERENTE AO PROCESSO PENAL (CPP, ART. 798, caput) – NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 219, caput, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PRECEDENTES ESPECÍFICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DESSAS DUAS (2) QUESTÕES (PRAZO RECURSAL E MODO DE SUA CONTAGEM) – FORMULAÇÃO, NO CASO, SOMENTE DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – PLEITO QUE NÃO SE REVESTE DE EFICÁCIA INTERRUPTIVA OU SUSPENSIVA DOS PRAZOS RECURSAIS, QUE SÃO PEREMPTÓRIOS E PRECLUSIVOS – PRECEDENTES – DECURSO, IN ALBIS, DO QUINQUÍDIO RECURSAL PREVISTO NA LEI Nº 8.038/90 (ART. 39) – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DA COISA JULGADA MERAMENTE FORMAL OU EM SENTIDO INTERNO – DECISÃO QUE, POR HAVER-SE TORNADO IRRECORRÍVEL, MOSTRA-SE INSUSCETÍVEL DE SER ALTERADA – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DE QUE NÃO SE CONHECE. (STF, HC 134.554/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Destarte, verificada a ausência de requisito extrínseco de admissibilidade, qual seja, a tempestividade.

Segundo, parte do recurso padece de regularidade procedimental e viola o princípio da dialeticidade.

Pelo princípio da dialeticidade, o agravante deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, o que não se observa no presente agravo interno.

Depreende-se do presente feito que excluindo-se o histórico fático e frases que funcionam como elo de ligação, o recurso é cópia quase que literal da inicial de *habeas corpus*, não apontando o *error in procedendo* ou *error in judicando* que padece a decisão atacada.

De acordo com Gustavo Badaró²,

“(...) por princípio da dialeticidade deve se entender que o recurso deve ser discursivo, argumentativo, dialético. Não basta que a parte prejudicada manifeste o desejo de atacar a decisão. Além da manifestação de vontade de impugnar o ato, o recorrente deverá expor as razões pelas quais recorre e a parte contrária terá o direito de apresentar

2 BADARÓ, Gustavo. *Manual dos Recursos Penais*. 2ed. São Paulo, RT, 2017, f. 100

contrarrazões. Razões e contrarrazões são indispensáveis. É o que Frederico Marques qualifica como pressuposto recursal da 'motivação': o recorrente precisa motivar o pedido de novo exame da questão decidida, não podendo recorrer sem motivar a impugnação, posto que 'o recurso interposto sem motivação equivale a pedido inepto'".

Sobre o tema:

PENAL E PROCESSO PENAL – ACLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RAZÕES RECURSAIS DOS EMBARGOS DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO EXISTENTE NO ACÓRDÃO EMBARGADO – EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. As razões constantes dos embargos de declaração encontram-se divorciadas da totalidade dos fundamentos existentes no acórdão embargado, os quais justificaram o não conhecimento do agravo interno, fato este que, à luz da jurisprudência deste Tribunal Superior, importa também em não conhecimento do recurso aclaratório por infringência ao princípio basilar da dialeticidade.

PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E PECULATO – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL QUE NÃO REFUTA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO CONHECIMENTO – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Ausência de impugnação dos fundamentos empregados pela Corte de origem para impedir o trânsito do apelo nobre impede o conhecimento do agravo, cujo único propósito é demonstrar a inaplicabilidade dos motivos indicados na decisão de inadmissibilidade do recurso por meio de impugnação específica de cada um deles, incidindo o teor do art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil/2015. II - Em respeito ao princípio da dialeticidade, não é suficiente a simples dedução da inaplicabilidade dos óbices sumulares, fazendo-se necessário ser esclarecido o rechaço aos pontos esteares do acórdão recorrido para conhecimento do agravo em Recurso Especial. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg-AREsp 1.192.899; Proc. 2017/0266146-6; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 13/03/2018; DJE 21/03/2018; Pág. 2641)

Diante do exposto, com o parecer, não conheço do presente Agravo Interno interposto por Fábio Kanomata.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, não conheceram do agravo.

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, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 29 de maio de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004185-92.2015.8.12.0019 - Ponta Porã
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR EQUIPARAÇÃO – VÍTIMA SOB EFEITO DE ANALGÉSICO – AUTOR TÉCNICO-RADIOLOGISTA NO HOSPITAL ONDE A VÍTIMA FORA LEVADA EM VIRTUDE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DO CRIME DE ESTUPRO OU DESCLASSIFICAÇÃO DESTE PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 61 DO LCP – IMPOSSIBILIDADE – PLEITO PARA RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO CRIME – INDEFERIDO – ATOS LIBIDINOSOS QUE CONFIGURAM O TIPO PENAL CONSUMADO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA – IMPROCEDENTE – PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO – PROCEDENTE – *QUANTUM* DA PENA IMPOSTA E AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESABONADORAS QUE PERMITEM REGIME INICIAL SEMIABERTO – EM PARTE CONTRA O PARECER – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

Não há falar em absolvição do crime de estupro de vulnerável, tampouco em sua desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 da LCP se restou comprovado que o apelante, sendo técnico-radiologista no hospital para onde a vítima havia sido levada em razão de um acidente de trânsito, aproveitou-se que a vítima estava imobilizada em uma maca e sonolenta em razão das medicações ministradas, para abusar sexualmente desta, passando a mão em seus seios e beijando-lhe a vagina, subsumindo-se perfeitamente a conduta ao que dispõe o art. 217-A, § 1º do CP.

Não há que se reconhecer forma tentada do delito, se os atos praticados configuram atos libidinosos que se enquadram perfeitamente na descrição legal do estupro.

Não se reduz a pena imposta já fixada no mínimo legal.

Considerando a pena fixada e a ausência de circunstâncias desabonadoras, abrandando-se o regime para o semiaberto, nos termos do art. 33 do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, prover parcialmente o recurso.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Bertoni Zabelino Franco de Oliveira foi condenado a 08 anos de reclusão, no regime fechado, pela prática do crime de estupro de incapaz, previsto no art. 217-A, § 1º do CP.

Inconformado, requereu a reforma da r. sentença, para absolvê-lo alegando insuficiência de provas; ou seja a conduta desclassificada para a figura prevista no art. 65 da lei de contravenções penais, ou subsidiariamente, caso mantida a condenação, seja reconhecida a tentativa, reduzindo-se a pena de forma a impor a fixação de regime inicial semiaberto.

O *Parquet*, às f. 310-323, contra-arrazoa para se manter a decisão lançada.

O Parecer Ministerial, às f. 333-341, opina pelo improvimento recursal.

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Consta na denúncia que o apelante exercia a função de técnico-radiologista no hospital para onde a vítima havia sido levada em razão de um acidente de trânsito, e, aproveitando-se que esta estava parcialmente inconsciente e sonolenta sob efeito de analgésico, praticou com ela atos libidinosos, acariciando seus seios e beijando sua vagina.

Do pedido de absolvição por falta de provas ou sua desclassificação para a contravenção de importunação prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

O recorrente, na fase inquisitiva, às f. 16, confessa que cedeu *“(...) Por um impulso masculino dado um selinho em cima da calcinha da paciente (...)”*, entretanto, em juízo, às f. 222, nega a prática delitiva.

Em juízo, na estenotipia às f. 222, as testemunhas assim relatam:

A testemunha Paulo Henrique Brites de Barros disse que a vítima estava sonolenta, pois havia sido medicada, e totalmente imobilizada na maca em razão de um acidente e solicitou um exame de raio x, e que, quando foi falar com a vítima encontrou-a chorando e lhe relatou que o examinador, ora apelante, abaixou a calça dela e a beijou. Disse ter ouvido boatos informais de pacientes de que o recorrente assediava as pacientes.

A vítima Natiele em juízo relata que sofreu um acidente e foi levada ao hospital. Disse que o réu entrou na sala com tom de brincadeira junto à enfermeira dizendo: *“você me ama mesmo eu estando de plantão”* ao que a enfermeira respondeu: *“claro, você sabe que eu sempre vou chamar você”*. Então o réu chegou perto da vítima, apalpou os seios e pediu para a enfermeira cortar seu sutiã.

Então, a vítima foi novamente medicada e quase desmaiou de novo e quando acordou estava na sala de raio x, e sentiu o apelante mexendo em sua perna e erguendo sua blusa. Na sala de raio x a vítima estava acordada e enxergando, mas não conseguia se movimentar nem falar. A partir daí Bertoni cortou seu sutiã, cortou o zíper da calça da vítima, ergueu a calcinha, e beijou sua vagina. Quando o recorrente ia abaixar mais a calça da vítima, ela conseguiu se mexer, o réu se assustou, colocou a luz no rosto da vítima e perguntou se ela se lembrava de alguma coisa que estava acontecendo. A vítima, com medo respondeu que não se lembrava, mas quando saiu da sala comunicou o ocorrido aos seus parentes, inclusive ao diretor do hospital, que disse que aquela não era a primeira vez que o réu se envolvia nesse tipo de problema.

Esclarece que o raio x não era para o tórax, e sim apenas do joelho.

A testemunha Cezar, diretor do hospital, disse que foi chamado por Lucas, enfermeiro chefe. Saiu de sua casa e foi até o hospital. Conversou com o enfermeiro que lhe reportou o relato da vítima. Foi até a vítima e ouviu seus relatos que eram dirigidos a um senhor que a acompanhava. Enquanto ela relatava, ela chorava bastante. A vítima dizia que Bertoni teria tentado ou colocado a mão nos seios dela, e tentado beijar as partes íntimas dela. Ouviu boatos, de pessoas de fora do quadro de funcionários do hospital, no sentido de que o réu já havia se envolvido em atos dessa natureza.

Geisa é técnica de enfermagem e relata que a vítima lhe reportou que o réu beijou seus seios e tentou passar a língua nas partes íntimas da vítima. A vítima, após receber o medicamento, foi encaminhada para a sala de raio-x e, quando saiu, estava chorando e dizendo que havia sido abusada.

Lucas, ouvido em juízo, declarou que a vítima estava no raio-x e quando a testemunha a retirou do raio-x e a encaminhou para a sala de observação, a vítima relatou, chorando, à testemunha que Bertoni havia passado a mão nela e a beijado no rosto e no pescoço. Não disse que o réu beijou a vagina dela. Disse que o réu tentava beijá-la e ela tentava se esquivar, e que *“ele foi passando a mão nela, foi beijando...”*. A testemunha ficou assustada e comunicou seu superior. Indagado sobre o teor de seu depoimento na polícia confirmou que a vítima lhe relatou que o apelante tocou sua vagina.

Walter, namorado da vítima, declarou que ao chegar no hospital a vítima estava chorando e lhe contou que sofreu um abuso e detalhou o ocorrido, ao lado do médico. O diretor do hospital disse ao depoente que em outra administração do hospital já havia ocorrido esse fato com o réu e outra vítima, e que o réu permanecia trabalhando no hospital por uma questão política. A vítima lhe reportou que o réu cortou seu sutiã e o zíper da calça dela e a beijou “embaixo”, na parte íntima.

Angela declarou que o procedimento estava muito demorado, tanto que a enfermeira bateu na porta duas vezes para apressar o recorrente, bem como, que a vítima saiu da sala chorando e relatou que foi abusada por Bertoni, o qual beijou sua vagina.

Portanto, restou suficientemente comprovado nos autos que o apelante, se aproveitando de que a vítima estava entorpecida pelo analgésico ministrado, e deitada imobilizada numa maca de hospital, abusou sexualmente desta, não havendo falar em absolvição, tampouco em desclassificação para a contravenção penal, por se subsumir perfeitamente ao que dispõe o art. 217, § 1º do CP.

Do pedido de redução de pena pela tentativa

Não há como reconhecer o crime na forma tentada, já que pela tipificação atual, os atos libidinosos descritos, com carícias íntimas feitas pelo agente na vagina da vítima, além de toques lascivos em seus seios, como amplamente provados no caso, já por si só tipificam o estupro consumado, pois o tipo legal define o crime do artigo 217 A § 1º como *“ Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso ”*, *“com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ”*.

Então, o tipo penal não exige outros atos diversos, como a conjunção carnal ou cópula anal, por exemplo, bastando os atos relatados e provados para se configurar o crime.

Do pedido de redução da pena-base imposta:

A reprimenda foi assim lançada:

“(...) Passo à dosimetria da pena em estrita observância ao artigo 68 do CP.

A culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, é elevada, mas já é punida pelo próprio tipo penal, nada havendo a valorar nessa fase.

Não registra antecedentes e não há elementos outros que compliquem sua conduta social.

Não há elementos técnicos para aferir sua personalidade. O motivo do crime foi a satisfação da lascívia e já é punido pelo tipo penal.

As circunstâncias foram normais para a espécie.

As consequências dos crimes foram muito graves pois maculou a história de vida da vítima mas também são punidas pelo próprio tipo penal.

O comportamento da vítima em nada contribuiu para o fato.

Analizadas tais circunstâncias, fixo sua pena- base em 08 anos de reclusão,

Na segunda fase reconheço a confissão, mas deixo de valorar pois a pena já foi fixada no mínimo legal.

Ante a ausência de causas modificativas, torno a pena-base em pena definitiva.

Fixo o regime fechado para iniciar o cumprimento da pena em razão da quantidade de pena imposta e da natureza e gravidade do delito. (...)”

Ora, a pena já foi fixada no mínimo legal, não havendo como deferir pedido para redução, pois já fixada em seu patamar mínimo previsto para a situação.

Sobre o regime da pena

Considerando a pena imposta, a ausência de circunstâncias, agravantes, e causas de aumento, não há óbice à fixação do regime semiaberto para cumprimento da reprimenda, já que as razões de decidir do Juiz singular, acima expostas, não estão lastreadas em elementos concretos que justifiquem o recrudesimento do regime de cumprimento, até mesmo porque o sentenciante não julgou desfavorável nenhuma circunstância judicial.

Ante o exposto, em parte contra o Parecer, dou parcial provimento ao apelo para fixar o regime semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, proveram parcialmente o recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 24 de abril de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000548-70.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA DAS PRELIMINARES SUSCITADAS PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA:

PRELIMINAR DE APLICAÇÃO DA EXTRATERRITORIALIDADE CONDICIONADA AO DELITO DE EXTORSÃO – CRIME TRANSNACIONAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRELIMINAR ACOLHIDA – REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL.

Se o cidadão estrangeiro comete crime em região de fronteira, com etapas realizadas nos dois territórios, e o caso é de extraterritorialidade condicionada ao delito de extorsão, pois o Brasil obrigou-se a reprimir tal crime por força de tratado ou convenção, atendendo as condições previstas no art. 7, II, § 2º e § 3º, do Código Penal, então, é de rigor reconhecer-se a aplicação da lei brasileira.

Tratando-se de crime que não é de competência da Justiça Estadual, determina-se a remessa do feito à Justiça Federal.

Acolhimento da preliminar de incompetência da Justiça Estadual quanto ao crime previsto no art. 158, § 1, do Código Penal.

PRELIMINAR SUSCITADA DA NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL QUANTO AO CRIME TRANSNACIONAL DE EXTORSÃO – JULGAMENTO DO DELITO PREVISTO NO ART. 158, § 1º, DO CP – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – NULIDADE DA SENTENÇA QUANTO A ESSE CRIME – REMESSA DO FEITO À JUSTIÇA FEDERAL.

Se reconhecido que o julgamento do delito previsto no art. 158, § 1º, do CP, com caráter de transnacionalidade, não é da competência da justiça estadual, cabe anular a parte da sentença relativa a este crime.

Se o crime é reconhecido como transnacional e aqueles de competência da Justiça Federal, devem os autos ser remetidos à Justiça Federal, para ali ser analisado.

Acolhida preliminar para declarar a nulidade parcial da sentença, prolatada por juiz incompetente e remessa dos autos à Justiça Federal, com o parecer.

EMENTA DO RECURSO MINISTERIAL:

CRIME DO ARTIGO 158 § 1º DO CP – EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA – PLEITO DE CONDENAÇÃO – SENTENÇA QUE RECONHECEU INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA PARA PROCESSAR – APELADO PARA GUARARAPETI – ALEGAÇÃO DE QUE O CRIME É DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA BRASILEIRA – ALEGAÇÃO DE QUE A CONSUMAÇÃO DO CRIME OCORREU NO BRASIL – CONHECIMENTO PREJUDICADO POR FORÇA DO ACOLHIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL BRASILEIRA – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Se acolhida a matéria preliminar para reconhecimento da incompetência da justiça estadual brasileira para analisar o processo, o recurso ministerial visando a condenação do réu paraguaio não pode ser conhecido, em razão da prejudicialidade da matéria arguida na preliminar acolhida.

Recurso ministerial não conhecido, com o parecer.

EMENTA DO RECURSO DA DEFESA:

CRIME PREVISTO NO ARTIGO 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03, COMBINADO COM ARTIGO 70 DO CP – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA, NOS TERMOS DO ARTIGO 386, INCISO III DO CPP – ALEGADA EXTRATERRITORIALIDADE CONDICIONADA – PORTE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO PRATICADO NO BRASIL – APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA – ART. 5.º DO CÓDIGO PENAL (PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE) – ATIPICIDADE AFASTADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PLEITO DE ISENÇÃO DE PENA OU DIMINUIÇÃO DA PENA, POR ERRO DE PROIBIÇÃO – ESTRANGEIRO QUE ALEGA DESCONHECIMENTO QUE O PORTE DE MUNIÇÕES É CRIME NO BRASIL – IMPOSSIBILIDADE – ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO RECONHECIDO – ALEGADA ATIPICIDADE EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA DAS MUNIÇÕES SEM A PRESENÇA DA RESPECTIVA ARMA DE FOGO – REJEITADA – CRIMES PREVISTOS NO ARTIGO 16 DA LEI 10.826/03 – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA SOBRE A POTENCIALIDADE LESIVA DAS MUNIÇÕES – CRIME DE MERA CONDUTA, DE PERIGO ABSTRATO – CONSUMAÇÃO COM A SIMPLES POSSE – ADEMAIS, PERÍCIA REALIZADA NAS MUNIÇÕES, ATESTADO SUA FUNCIONALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PLEITO DE REDUÇÃO DE PENA COM REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – INVIÁVEL – CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS – PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INVIABILIDADE – MODULADORAS DESFAVORÁVEIS QUE IMPEDEM OS BENEFÍCIOS – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 33 E 44 DO CÓDIGO PENAL.

Se o porte de munições de uso restrito praticado pelo apelante ocorreu no Brasil, isso autoriza a aplicação da lei brasileira, nos termos do art. 5.º do Código Penal (Princípio da Territorialidade), o que afasta a alegação de atipicidade da conduta.

Não age em erro de proibição o estrangeiro que alega desconhecimento que o porte de munições é crime no Brasil, se ele sabia ou tinha condições de compreender o caráter ilícito do fato, pois exercia a função de Suboficial Superior na polícia paraguaia, em região de fronteira, relatando que tinha conhecimento do porte ilegal de armas de fogo ser crime no Brasil, então por certo sabia também que o porte das munições seria proibido no Brasil.

O crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 não demanda para sua caracterização perícia sobre a potencialidade lesiva das munições, pois se trata de crime de mera conduta, de perigo abstrato, que se consuma com a simples posse ou guarda da munição, sem licença da autoridade competente, independentemente se o acessório ou munição está em funcionamento ou não; Ademais, no caso presente o laudo pericial atestou a funcionalidade das munições apreendidas, devendo ser afastada a tese da atipicidade.

Não se reduz pena base, nem se abranda regime, nem se substitui pena corporal por restritivas de direitos, se o condenado teve reconhecidas circunstâncias desfavoráveis na prática do crime, nos termos dos artigos 59, 33 e 44 do Código Penal.

Recurso da defesa improvido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, acolher as preliminares arguidas, quanto ao delito previsto no art. 158, § 1º, do CP, remetendo-se os autos à Justiça Federal. E, julgar prejudicado o recurso Ministerial e, negar provimento ao recurso de Pedro Virgílio.

Campo Grande, 5 de junho de 2018.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público denunciou Pedro Virgílio Ferreira, estrangeiro, policial, porque em 09/01/2014, juntamente com terceiras pessoas, constrangeu a vítima Jeferson Maicon, mediante ameaça. A vítima Jeferson, acompanhado da testemunha Michael, conduzia um veículo na cidade de Pedro Juan, Paraguai, quando foi abordada por indivíduos desconhecidos em um veículo, os indivíduos desceram armados e, embora não trajassem uniforme de identificação, exigiram da vítima e seu amigo que os acompanhassem até a delegacia de polícia do Paraguai.

A vítima disse que não possuía carteira de habilitação, ao que foi informada que ficaria 02 anos presa no país vizinho, e, então, chegou ao local o réu, se dizendo “Promotor” e disse que se a vítima pagasse R\$ 7.000,00 ele “fingiria que nada aconteceu”. O valor foi diminuído para R\$ 2.000,00.

O constrangimento foi praticado por mais de um policial e com o emprego de arma de fogo, então o réu então levou a vítima para o hotel onde estava hospedada e acordaram que o réu voltaria no dia seguinte para que o dinheiro lhe fosse entregue.

A vítima procurou a polícia federal que orientou que a vítima desse seguimento ao acordo, sendo que a polícia federal orientou a vítima a sacar dinheiro e entregar ao réu, e, no momento da entrega do dinheiro, o réu foi preso em flagrante, e com armas e munições de uso restrito.

Assim agindo, segundo o MP, ele incidiu nas penas dos artigos 158, § 1º do Código Penal e artigo 16 da Lei 10.826/03.

O juiz sentenciante decidiu:

Condenando Pedro Virgílio Ferreira pela prática dos crimes previsto nos artigos 16, *caput*, da Lei 10.826/03, combinados com artigo 70 do CP.

Declarando a incompetência da Justiça brasileira para processar crime o crime cometido por cidadão paraguaio em solo paraguaio.

Foram interpostas apelações criminais pelo Ministério Público Estadual e por Pedro Virgílio Ferreira, em razão de suas irresignações com a sentença de mérito proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS, nos autos da Ação Penal n. 0000548-70.2014.8.12.0019.

O parecer da Procuradoria de Justiça foi pelo conhecimento e acolhimento da preliminar de incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o delito previsto no art. 158, § 1, do Código Penal, remetendo-se os autos à Justiça Federal;

No mérito, pelo desprovimento do recurso interposto pelo *Parquet*, em razão da prejudicialidade da matéria arguida na preliminar suscitada;

Pelo desprovimento do recurso interposto por Pedro Virgílio Ferreira, devendo ser mantida incólume a sentença condenatória nos pontos guerreados.

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O apelante/apelado foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, *caput*, da Lei nº 10826/03, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto, e ao pagamento de 1000 (mil) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em relação ao delito previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal, o Julgador *a quo* declarou a incompetência da justiça brasileira para processar o crime cometido por cidadão paraguaio consumado em solo brasileiro.

Irresignado, o apelante ofertou suas razões recursais pugnando por sua absolvição ou que seja reconhecido o erro de proibição, nos termos do art. 21, do CP.

Subsidiariamente, requereu a redução da pena-base ao mínimo e o abrandamento do regime prisional.

Em razões de apelação, à f. 483-495, o *Parquet* requereu a condenação do apelante como incurso no delito previsto na art. 158, § 1º, do CP, sustentando que deve ser condenado Pedro Virgílio Ferreira porque uma das fases do *iter criminis*, qual seja, a consumação, se deu em território nacional, atraindo a nossa competência para processamento e julgamento do feito, nos termos do que dispõe o artigo 6º do Código Penal.

Sustentou que o crime de extorsão circunstanciada apurada nestes autos foi praticado por estrangeiro e teve início em País vizinho, no entanto, parte do *iter criminis* se deu em território brasileiro, o que torna plenamente possível seu processamento e julgamento no Brasil.

Sustentou, que, não se trata de caso de competência da justiça federal, pois o delito em apreço não incide em nenhuma das hipóteses do artigo 109 da Carta Magna.

Em contrarrazões de apelação (*Parquet*: f. 496-510; Pedro: f. 516-524), os apelados pleiteiam o improvimento dos recursos interpostos, devendo permanecer incólume à sentença atacada.

O parecer da Procuradoria de Justiça foi pelo conhecimento e acolhimento da preliminar de incompetência da justiça estadual para processar e julgar o delito previsto no art. 158, § 1, do Código Penal, remetendo-se os autos à Justiça Federal;

No mérito, pelo desprovimento do recurso interposto pelo *Parquet*, em razão da prejudicialidade da matéria arguida na preliminar suscitada; pelo desprovimento do recurso interposto por Pedro Virgílio Ferreira, devendo ser mantida incólume a sentença condenatória nos pontos guerreados.

Vale neste momento citar integralmente a sentença, para maior clareza:

“O Ministério Público denunciou Pedro Virgílio Ferreira, estrangeiro, policial, porque em 09/01/2014, juntamente com terceiras pessoas, constrangeu a vítima Jeferson Maicon, mediante ameaça. A vítima Jeferson, acompanhado da testemunha Michael, conduzia um veículo na cidade de Pedro Juan, Paraguai, quando foi abordada por indivíduos desconhecidos em um veículo modelo toyota, corola. Esses indivíduos desceram armados e, embora não trajassem uniforme de identificação, exigiram da vítima e seu amigo que os acompanhassem até a delegacia de polícia do Paraguai.

Questionada, a vítima disse que não possuía carteira de habilitação, ao que foi informada que ficaria 02 anos presa no país vizinho. Iniciados os procedimentos de identificação, chegou ao local o réu, se dizendo “Promotor” e disse que se a vítima pagasse R\$ 7.000,00 ele “fingiria que nada aconteceu”. O valor foi diminuído para R\$ 2.000,00. O constrangimento foi praticado por mais de um policial e com o emprego de arma de fogo. O réu então levou a vítima para o hotel onde estava hospedada e acordaram que o réu voltaria no dia seguinte para que o dinheiro lhe fosse entregue. A vítima procurou a polícia federal que orientou que a vítima desse seguimento ao acordo, sendo que a polícia federal orientou a vítima a sacar dinheiro e entregar ao réu, o que foi feito. No momento da entrega do dinheiro, o réu foi preso em flagrante, e com armas e munições de uso restrito. Assim agindo incidiu nas penas dos artigos 158, § 1º do Código Penal e artigo 16 da Lei 10.826/03.

Recebimento da denúncia f. 68. Antecedentes f. 110, 158. Defesa prévia f. 119. Saneador f. 132. Laudo f. 188.

Oitiva de testemunhas f. 183, 319, 361.

Interrogatório f. 233.

Em alegações finais o Ministério Público abordou os aspectos fáticos e jurídicos do caso, analisando materialidade e autoria, assim como os depoimentos testemunhais, e requereu a condenação nos termos da denúncia. Entendeu que se trata de crime que se consumou no momento em que a vítima cedeu ao constrangimento imposto e passou a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Destaca o medo sentido pela vítima em relação à sua integridade física, e sua conduta para providenciar o dinheiro exigido, sendo que só procurou a polícia porque não havia possibilidade de obter o dinheiro exigido.

A Defesa reiterou seu entendimento pela incompetência do juízo, pois o fato teria ocorrido no país vizinho. No mérito sustenta que a extorsão se consuma no momento da exigência da vantagem indevida, o que ocorreu em solo paraguaio. Afirma que o réu não estava de plantão quando foi preso. Afirma que se crime houve, tratar-se-ia de crime de concussão e não de extorsão. Quanto à posse de arma de uso restrito, sustenta que o fato não é crime no país vizinho. Afirma também que munição sem a respectiva arma não configura fato potencialmente lesivo. Aduz que teria havido erro de proibição. Pede a revogação da prisão preventiva e a absolvição, ou ainda que sejam sopesadas as circunstâncias pessoais positivas.

Feito o relatório, decidido.

Com relação ao crime de extorsão

Michael foi ouvido à f. 361 e disse que ele e Jeferson foram levados para a delegacia de polícia no Paraguai e lá houve a exigência segundo a qual, para que o carro fosse liberado, teriam que pagar R\$ 2.000,00. Foram liberados para voltar para o hotel no lado brasileiro, sendo que o carro continuou na delegacia no Paraguai. Jeferson foi até a polícia federal brasileira noticiar o fato. Michael disse que vários policiais fizeram

a exigência do dinheiro, mas foi apenas o réu quem veio pegar o dinheiro em frente ao banco do lado brasileiro. O réu era um policial paraguaio que veio receber o dinheiro do lado brasileiro. A polícia federal prendeu o réu o qual também portava munição de uso restrito. Informou também que no Paraguai foram ameaçados de morte. Michael confirma a denúncia também na parte em que se assevera que Jeferson foi orientado pelos policiais brasileiros a pegar ao menos R\$ 50,00 no caixa do banco para entregar ao réu. Quando o réu pegou o dinheiro, foi preso. Informa que Jeferson, ainda no Paraguai, telefonou para sua mãe para obter dinheiro para poder liberar o carro. Disse que quando o réu chegou na delegacia, percebeu-se que o réu tinha uma ascendência hierárquica sobre os demais policiais, ele era uma major. Segundo a testemunha: “a hora que esse cara chegou todo mundo respeitou”. Disse que a vítima Jeferson ficou com muito medo.

Foram ouvidos 03 policiais federais em juízo, um policial à f. 183 e dois policiais à f. 319. Informaram com segurança que dois brasileiros estavam sendo vítimas de extorsão em razão da documentação do carro deles que estava apreendido no Paraguai. Naquela manhã o réu estaria em frente a uma agência bancária para receber o valor de R\$ 2.000,00. A vítima entrou na agência bancária sem nada nas mãos e saiu com um envelope. O réu estava com um carro com placa do Paraguai acenando para a vítima. Os policiais abordaram o réu, sendo que no envelope trazido pela vítima havia dinheiro. O réu estava com dois carregadores na cintura e foi preso.

Segundo essas testemunhas policiais, assim que a vítima entregou o envelope para o réu, a polícia entrou em ação e prendeu o réu. O réu veio para o Brasil com seu carro particular. A vítima foi orientada a retirar qualquer valor que tivesse em sua conta, e para que não entrasse no veículo do réu e que, ao sair do banco com o dinheiro, coçasse a cabeça com a mão direita, o que seria um sinal para as equipes policiais, indicando que estava saindo com o dinheiro. A munição era de calibre de uso restrito das forças armadas.

Quanto a participação de outras pessoas, indicam que a testemunha que estava no carro dos policiais, Michael, desconfiou que havia uma terceira pessoa dentro da agência, colaborando com o réu, o que não restou suficientemente comprovado.

As testemunhas de defesa ouvidas em juízo prestaram boas informações pessoais em relação ao réu, destacando condições pessoais favoráveis.

O réu, em juízo, disse que os jovens estavam sem a documentação necessária e foram apreendidos em um local suspeito. O réu estava em uma parte investigativa e não participou da abordagem dos brasileiros. Afirma que não se apresentou como Promotor. Disse que não veio exigir dinheiro no Brasil e que não precisaria de R\$ 2.000,00. Afirma que levou a vítima para o lado brasileiro no dia em que o carro foi apreendido por falta de documentação. Disse que levou Jeferson e Michael de volta ao Brasil e os orientou que precisavam apresentar a documentação necessária para liberar o veículo. Perguntado pelo juiz sobre o que a vítima e o réu estavam fazendo na agência bancária, respondeu que a vítima lhe disse que ia buscar a documentação que ia chegar no dia seguinte, não sabia se era por cd ou por algum outro meio de comunicação. Disse que acompanhou a vítima, sacou dinheiro no Paraguai e pagou um café para a vítima. Foi abastecer o carro e depois estacionou em frente a uma igreja, sendo que 15 minutos depois a vítima apareceu com um envelope na mão, ao que o réu perguntou se havia chegado o documento. Confirma que estava com os carregadores em solo nacional, mas não sabia que os carregadores estavam em seu carro, sendo que respeitou a lei brasileira e deixou sua pistola no Paraguai. Disse que não sabia se a vítima estava indo aos Correios. Afirma que o objetivo dos documentos era liberar o carro.

A vítima Jeferson foi ouvida à f. 32 e disse que foi abordada e detida pela polícia paraguaia porque conduzia o veículo sem autorização. Afirmou que o réu, policial paraguaio, chegou em seguida e exigiu R\$ 7.000,00 para liberar a vítima e o veículo que conduzia. Após conversação o réu diminuiu o valor para R\$ 2.000,00 que seria o valor da multa, sendo que seria melhor pagar diretamente para ele do que pagar a multa. Então foi trazido para o Brasil pelo réu, e combinaram que no dia seguinte o réu viria pegar os R\$ 2.000,00 e iriam voltar ao país vizinho para liberar o carro. Estando no Brasil foi orientado por sua mãe a procurar a polícia. Na delegacia foi orientado pelos policiais a prosseguir com o combinado. Então foi pego no hotel pelo réu e cruzaram a linha de divisa entre os países, onde esperaram por aproximadamente uma hora até que disse ao réu que poderiam voltar ao Brasil que o dinheiro já havia sido depositado. Então foi trazido de volta até a agência bancária, e seguindo orientação policial, sacou R\$ 50,00 em dinheiro, colocou em um envelope e, na saída do banco, entregou o envelope nas mãos do réu, quando então foi feita a prisão.

Do que se extrai das provas produzidas, fica claro que o réu veio receber dinheiro da vítima Jeferson a fim de liberar o carro que havia sido apreendido no dia anterior no Paraguai. Isso está demonstrado através dos depoimentos colhidos na fase policial e judicial, em especial em relação aos policiais federais e a Michel, sendo que todos afirmaram com certeza que esse era de fato o motivo de o réu estar na frente da agência bancária com a vítima. Descreveram todo o cenário de forma segura, não havendo uma divergência entre o que consta da denúncia e o fato narrado por eles.

As vítimas foram detidas e levadas à delegacia no Paraguai, no dia anterior, sendo que vários policiais fizeram a exigência do dinheiro em solo paraguaio. O réu tinha um cargo superior aos demais policiais, e chegando posteriormente à delegacia de polícia paraguaia, chamou para si a responsabilidade de obter dinheiro da vítima para a liberação do carro. Para tanto, trouxe os dois passageiros do carro até o Brasil, e no dia seguinte veio para cá, pegou Jeferson no hotel e foi com ele até uma agência bancária para que fosse feito o saque do numerário, que havia sido fixado então em R\$ 2.000,00.

O álibi do réu não pode ser acolhido. Ele diz que trouxe a vítima até o Brasil pra lhe dar uma carona. Até aí ainda pode ser verdade. Mas além disso, voltar para cá no dia seguinte, pegar a vítima no hotel e levá-la para providenciar a documentação, e então, com a documentação, levar a vítima de volta até a delegacia no Paraguai para retirar o carro, é muita imaginação. Além disso, ele declara que conhece bem a cidade, e, por isso, logicamente sabia que levou a vítima até uma agência bancária, bem como que não seria possível que a vítima fosse retirar um “cd” ou qualquer papel na agência dos Correios no dia seguinte. Também não tem explicação a versão de que pegou a vítima e o levou ao país vizinho apenas para sacar um dinheiro para lhe pagar um café. É fato que o réu agiu de forma deliberada para obter vantagem para si.

Resta comprovado, portanto, que o réu exigiu dinheiro da vítima, em solo paraguaio, para que devolvesse seu carro. No dia seguinte veio até o Brasil para receber o dinheiro e assim devolver o veículo. Se em algum momento foi exigido dinheiro das vítimas para que elas mesmas fossem liberadas, isso não restou comprovado com clareza, até porque a vítima foi trazida de volta ao solo brasileiro e estava livre para partir de volta para sua cidade, sendo que o que a manteve aqui foi a intenção de obter seu carro de volta.

Tem-se então um crime de extorsão e não de concussão.

Segundo o artigo 158 do Código Penal brasileiro, a extorsão se caracteriza quando presentes alguns elementos do fato típico, com destaque para o constrangimento mediante violência ou grave ameaça.

Já a concussão prevista no artigo 316 prevê a conduta de exigir, o que etimologicamente é menos do que constranger. Não se trata de concussão nesse caso concreto, haja vista que as vítimas foram constrangidas dentro da delegacia em solo paraguaio, com emprego de arma de fogo, e com ameaça até mesmo à suas integridades físicas.

Ademais, não seria a sua condição de funcionário público que faria com que sua conduta fosse desclassificada de extorsão para concussão, pois tal conclusão causaria perplexidade e desproporcionalidade, fazendo que o fato de ser funcionário público acarretasse automaticamente que tivesse uma pena menos severa, o que não pode ser admitido.

Assim, esclarecido que se trata de crime de extorsão, importa determinar qual foi o seu momento consumativo, pois a exigência ocorreu em outro país. Por óbvio a Justiça brasileira não tem competência para processar um cidadão paraguaio por crime cometido em solo paraguaio, mesmo que contra um cidadão brasileiro.

Por isso a importância de se fixar o momento consumativo do crime de extorsão. Se foi no dia anterior no Paraguai, ou se a consumação se deu no dia seguinte, no Brasil, quando o réu veio buscar o dinheiro.

O crime de extorsão é classificado como um crime formal, ou seja, um crime que se consuma independente do resultado no mundo natural, vale dizer, nas palavras de Damasio, “nos crimes formais a consumação ocorre com a simples atividade, independentemente da produção do resultado descrito no tipo”.

Portanto, a consumação do crime de extorsão independe do recebimento do dinheiro pelo réu, o que configura mero exaurimento do crime. Portanto, não tem relevância para a caracterização do delito o fato de a vítima ter entregue o envelope para o réu.

Como bem pontuou o Ministério Público em suas alegações finais à f. 382, citando Nucci, e sintetizando o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, a consumação ocorre quando a vítima se sente ameaçada e se põe a atender à exigência daquele que pratica a extorsão.

Analisando a conduta da vítima, sabe-se que ela agiu, no sentido de providenciar o dinheiro exigido, ainda estando no país vizinho, quando ligou para sua mãe, na viva-voz do telefone celular, e pediu para que sua mãe depositasse o dinheiro em sua conta bancária. Sob esse ponto de vista, observa-se que a consumação da extorsão ocorreu no Paraguai.

Por óbvio, sendo a extorsão um crime formal, com sua consumação no momento acima apontado, não se pode concluir que a consumação se protraiu no tempo, ou seja, que a consumação ocorreu na Paraguai e continuou a ocorrer no Brasil. Consumação que se protraí no tempo só existe nos crimes permanentes, o que não é o caso.

Mas ainda que se entendesse que a consumação poderia continuar a ocorrer no Brasil, temos que a vítima, chegando ao Brasil, não agiu no sentido de atender à exigência do réu, sempre lembrando que a efetiva entrega do dinheiro é mero exaurimento do crime. Quanto à vítima foi trazida para o Brasil, ligou para sua mãe e foi convencida a procurar a polícia brasileira, e assim o fez. Desde que falou com sua mãe, foi demovida da ideia de entregar o dinheiro ao réu. A partir daí, passou a agir apenas para certificar-se de sua segurança. Não tinha mais a pretensão de obter o seu carro de volta mediante o pagamento da propina. Vale dizer, desde que chegou ao Brasil a vítima não agia mais motivada pela ameaça e constrangimento que sofreu, mas sim, exclusivamente, orientada pela polícia, para por-se em uma situação que possibilitasse a prisão em flagrante.

A regra geral de nosso ordenamento está prevista no artigo 5º do Código Penal, conhecida como o princípio da territorialidade, segundo a qual aplica-se a lei brasileira ao crime cometido em território nacional.

Como há exceções a esse princípio, diz-se que o Brasil adotou a regra da territorialidade temperada.

As exceções estão previstas no artigo 7º do Código Penal e preveem a aplicação da lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro, e se subdividem em:

1) extraterritorialidade incondicionada, como nos casos de crimes cometidos contra o Presidente da República (inciso I);

2) extraterritorialidade condicionada, fundada no:

2.A) princípio da justiça universal (inciso II, alínea a) quando por tratado ou convenção o Brasil se obrigou a reprimir, como é o caso do tráfico de drogas e o tráfico de menores;

2.B) princípio da nacionalidade (inciso II, alínea b) quando o crime for praticado por brasileiro;

2.C) princípio da representação (inciso II, alínea c) como quando o crime for praticado em aeronave ou embarcação brasileira;

2.D) princípio da proteção ou defesa (§ 3º) quando o crime for cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil; todavia, se faz necessária a reunião das condições previstas no § 2º, alíneas “a” a “e” mais as alíneas do próprio parágrafo 3º, como, por exemplo, a requisição do Ministro da Justiça, o que não ocorreu.

Conclui-se, portanto, que a aplicação da lei brasileira no caso concreto somente seria possível mediante a aplicação do princípio da proteção ou defesa, e nesse passo, não estão reunidas as condições de procedibilidade, como por exemplo, por faltar requisição do Ministro da Justiça, bem como por não haver prova de que o crime de extorsão está incluído entre aqueles que a lei brasileira admite a extradição.

Além disso, ainda que houvesse o atendimento a tais condições de procedibilidade a competência seria da Justiça Federal, por força do artigo 109, inciso IV da Constituição Federal.

Do crime de posse de munição de uso restrito das forças armadas

Com relação à posse de munição de uso restrito das forças armadas, o réu é confesso e as testemunhas são todas unânimes nesse sentido, de modo que o conjunto probatório quanto a este fato é coerente, consistente e seguro e aponta com certeza para a responsabilidade criminal do acusado.

Nesse sentido os depoimentos dos policiais às f. 183 e 319 que disseram que viram a munição, assim como a palavra do próprio réu que confessa que entrou em solo nacional trazendo em seu veículo a munição para pistola 9 mm.

A tese da Defesa de que se trata de erro de proibição não pode ser acolhida pois não se trata de uma pessoa desavisada, mas de um policial experiente que vive na fronteira, e que, segundo ele, frequenta o Brasil, sendo que por óbvio conhece a proibição de portar armas e munições sem autorização aqui nesse país.

Também não pode ser acolhida a defesa pessoal do réu quando em seu interrogatório disse que não sabia que a munição estava em seu carro. Se a Justiça fosse depender da confissão dos acusados ou de saber o que se passa no intelecto de cada um, não seria possível a aplicação da lei penal. A conclusão sobre a intenção do agente deve ser obtida de acordo com as circunstâncias objetivas que envolvem o caso, e a condição de policial experiente leva à certeza de que não estaria com munição perdida em seu veículo.

O laudo de f. 188 atesta a potencialidade lesiva e eficácia das munições.

Também não pode ser acolhida a tese da Defesa segundo a qual a munição sem a respectiva arma não apresenta um perigo para a sociedade. A lei é clara no sentido de proibir tanto a arma quanto a munição, por ser tratar de crime de perigo abstrato.

Nesse sentido o egrégio TJMS na apelação 2011.033091-4:

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386, III, CP – NÃO ACOLHIDO – MUNIÇÃO DESACOMPANHADA DE ARMA – CONDUTA TÍPICA – CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO – CONDUTA QUE SE ENQUADRA FORMAL E MATERIALMENTE AO TIPO PENAL – EXAME PERICIAL – PRESCINDIBILIDADE – PERÍCIA REALIZADA POR POLICIAIS CIVIS – NULIDADE INEXISTENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPRÓVISO – EX OFFICIO – ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. O fato de o agente ter em sua residência diversas munições de uso restrito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, configura o delito previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/06, sendo irrelevante o fato das munições estarem desacompanhadas de arma de fogo. Para a caracterização do delito previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 é irrelevante se a munição possui ou não potencialidade lesiva, revelando-se desnecessária a realização de perícia.”

Pelo exposto:

1) condeno Pedro Virgílio Ferreira pela prática dos crime previsto nos artigos 16, caput, da Lei 10.826/03, combinados com artigo 70 do CP.

2) declaro a incompetência da Justiça brasileira para processar crime o crime cometido por cidadão paraguaio em solo paraguaio;

Com relação ao crime pelo qual foi condenado, passo à dosimetria da pena em estrita observância ao disposto no artigo 59 e 68 do Código Penal.

Na primeira fase da dosimetria, atento às diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal, denoto que sua culpabilidade, entendida como a reprovabilidade da conduta, ou intensidade do dolo, foi a prevista no tipo penal; quanto aos antecedentes, conforme firme entendimento do e. STJ, em respeito ao princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, previsto na Constituição Federal, somente podem ser considerados em desfavor do réu os fatos pelos quais houver sentença condenatória transitada em julgado, excluídas aquelas que configuram reincidência; sua conduta social, que não se refere a fatos criminosos, e sim ao comportamento do acusado no mundo exterior que habita, como relacionamento familiar, integração comunitária, lhe é desfavorável, pois como agente público que é deveria agir para proteger os cidadãos e não para constrangê-los; para se aferir a personalidade do agente são necessários elementos técnicos que não constam nos autos; o motivo dos crime já é punido pelo tipo penal; as circunstâncias são desfavoráveis, pois portou a munição quando foi encontrar com a vítima de extorsão para receber o dinheiro exigido pra liberar o carro; as consequências do crime não foram especialmente

relevantes ; não há prova de que o comportamento da vítima tenha contribuído para a prática do crime.

Sopesadas essas circunstâncias, fixo sua pena-base em 04 anos de reclusão e pagamento de 1000 dias-multa equivalentes a 1/30 do salário mínimo vigente no Brasil à época do fato.

Na segunda fase há a atenuante da confissão, de modo que sua pena deve ser atenuada para 03 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 80 dias-multa.

Considerando as circunstâncias judiciais negativas e a quantidade de pena aplicada fixo o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em razão das circunstâncias judiciais negativas.

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, o regime imposto, o tempo em que se encontra preso preventivamente, e a superveniente ausências dos motivos ensejadores da prisão preventiva, concedo o direito de responder o processo em liberdade, com as seguintes condições

1) comparecer mensalmente em cartório para receber as intimações que se fizerem necessárias, bem como para eventualmente iniciar o cumprimento da pena;

2) não mudar de endereço sem comunicar este juízo;

3) declarar de próprio punho, por ocasião de sua soltura, no termo de compromisso, seu endereço residencial, bem como comunicar este juízo em caso de eventual alteração em seu endereço.

Advirto que em caso de descumprimento de qualquer dessas condições será novamente decretada sua prisão.

Expeça-se alvará de soltura com as cautelas de estilo e com o termo de compromisso.”

Antes da análise das razões do recurso do Ministério Público, analiso a questão prévia das preliminares suscitadas pela Procuradoria de Justiça:

Para aplicação da extraterritorialidade condicionada ao delito de extorsão e consequente competência da Justiça Federal.

E para reconhecimento da nulidade parcial da sentença prolatada.

Vejamos como o Ministério Público fundamentou a respeito, transcrevo o parecer por sua clareza:

“Os autos noticiam que o paraguaio Pedro Virgílio Ferreira, ocupante do cargo de Suboficial Superior na polícia nacional paraguaia, praticou o delito previsto no art. 158, § 1º, do CP, contra a vítima Jeferson Maicon Venceslau, tendo iniciado a execução do crime na cidade paraguaia de Pedro Juan Caballero e o consumado no município brasileiro de Ponta Porã, MS.

Apurou-se que o autor do delito, aproveitando-se de sua função pública na polícia paraguaia, constrangeu a vítima a pagar-lhe R\$2000,00 (dois mil reais) para devolver o veículo apreendido em razão de irregularidades documentais.

Os fatos ocorreram no interior da Delegacia Polícia Paraguaia, em Pedro Juan Caballero e a consumação da ação ocorreu em solo brasileiro, culminando com a prisão em flagrante do autor, na oportunidade em que havia recebido o dinheiro da vítima.

As investigações tramitaram perante à Polícia Federal e foram remetidas à Justiça Estadual, que se declarou incompetente para o julgamento do delito de extorsão por ausência de condições de procedibilidade para eventual condenação do autor pela legislação pátria.

Contudo, in casu, deve ser adotado o princípio da justiça universal 1 (em nota de rodapé 1): “Permite ao Estado, seja qual for a nacionalidade do criminoso, da vítima, ou ainda, o local da prática de lituosa, punir qualquer crime, bastando que o criminoso encontre-se em seu território e que sejam preenchidos os demais requisitos legais, como, verbigratia, ser o fato punível também no país em que foi praticado, estar o crime incluído entre àqueles pelos quais a lei autorize a extradição. É a denominada extraterritorialidade condicionada (art. 7, §§ 2º e 3º) ou seja, hipóteses que versam sobre jurisdição cumulativa.), aplicando-se a lei brasileira, pela denominada extraterritorialidade condicionada 2 (em nota de rodapé: “2) Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) II – os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (...) § 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente território nacional; b) ser o fato punível também no país que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. § 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça.”), pois, embora o delito tenha sido cometido no Paraguai, o Brasil obrigou-se a reprimir por força de tratado ou convenção, atendendo as condições previstas no art. 7, II, § 2º e § 3º, do Código Penal.

Brasil e Paraguai são signatários de tratados internacionais que preveem a cooperação entre países contra a corrupção cometida no exercício das funções públicas e atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício, quais sejam, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos, homologado pela Lei nº 977/1996, no Paraguai, e pelo Decreto 4.410/02, no Brasil, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da Organização das Nações Unidas, homologado pela Lei nº 2535/2004, no Paraguai, e pelo Decreto 5.687/06, no Brasil, sendo este último, o mais amplo acordo na luta contra a corrupção existente em âmbito internacional.

Em ambos os documentos consta a tipificação da conduta de solicitação por um funcionário público (...), de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em proveito próprio ou no de outra pessoa ou entidade, com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no exercício de suas funções oficiais 3 (nota 3: “Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 e Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006”)

No que se refere a competência para o processamento e julgamento do feito, extrai-se dos autos que, inobstante o delito de extorsão ser crime formal 4 (Nota 4: “Consuma-se no momento em que a vítima, depois de sofrer violência ou grave ameaça, realiza o comportamento desejado pelo criminoso”) configurando o “saque” efetuado pela vítima mero exaurimento do crime, o resultado da conduta do autor ocorreu em solo brasileiro, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme previsto no artigo 109, inciso V, da Constituição Federal: “os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”.

Desse modo, a análise de tal premissa demonstra que, uma vez presente o caráter transnacional do delito, inevitável reconhecer a competência da Justiça Federal 5 (nota 5: “5 STJ-CC: 121941PR2012/0070710-5, Relator: Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Data de Julgamento: 08/04/2015, S3-Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 16/04/2015”), sendo necessária a remessa dos autos para o devido processamento e julgamento em relação ao delito previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal, adequando-se ao disposto no art. 109, V, da Constituição Federal.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSO PENAL – CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ESTADUAL X JUSTIÇA FEDERAL – 1. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – AUSÊNCIA DE AFRONTA A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO – OFENSA LIMITADA AOS INTERESSES DOS TITULARES DO DIREITO AUTORAL – 2. PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTRAM A TRANSNACIONALIDADE DA CONDUTA – HIPÓTESE DO ART. 109, V, DA CF – 3. PALAVRA DO ACUSADO UTILIZADA DE FORMA ISOLADA PARA FIRMAR A COMPETÊNCIA – POSSIBILIDADE – VEDAÇÃO À SUA UTILIZAÇÃO PARA FIRMAR JUÍZO CONDENATÓRIO – 4. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, SUSCITADA.

(...) 2. Apesar de o crime de violação de direito autoral violar, em regra, apenas o interesse particular, não se tratando, portanto, de hipótese de violação a bens, serviços e interesses da União, tem-se que a nota de transnacionalidade presente no caso concreto determina a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal. (...) 4. Conhecimento do conflito para declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Cascavel da Seção Judiciária do Paraná, conforme definido pelo Tribunal Regional Federal, o suscitado. (STJ - CC: 119105PR2011/0227741-6, Relator: Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP). Data de Julgamento: 08/10/2014, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJe 24/10/2014.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – PENAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES – INDÍCIOS ACERCA DA TRANSNACIONALIDADE DO DELITO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Havendo indícios de que a suposta associação cometeria o crime de importação de entorpecentes da Bolívia, não há que se falar em competência da Justiça Estadual, tendo em vista o disposto no art. 109, V, da Constituição Federal.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Cáceres, Seção Judiciária do Mato Grosso, o suscitante (STJ - CC: 88193MT2007/0171820-2, Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 28/03/2008, S3 - Terceira Seção, Data de Publicação: DJ 22. 04. 2008. f. 1.

Portanto, restando demonstrada que a hipótese dos autos se amolda ao previsto no art. 109, V, da CF, a remessa dos autos à Justiça Federal, para processar e julgar o crime previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal, é medida imperativa.

1.2) Nulidade parcial da sentença prolatada

O magistrado a quo concluiu pela incompetência da justiça brasileira para a análise do delito de extorsão, asseverando que caso houvesse condições de procedibilidade do feito este seria de competência da Justiça Federal.

Todavia, verifica-se a ocorrência de notória ofensa ao princípio do juiz natural.

Na hipótese dos autos, concessa máxima venia, o julgador a quo se equivocou quando declarou a ausência de condições de procedibilidade para aplicação da lei brasileira, haja vista a sua incompetência para emissão de juízo quanto ao delito previsto no art. 158, § 1º, do Código Penal, sendo a sentença parcialmente nula (f. 407-415).

Além do que, em sendo constatada a incompetência do magistrado, os autos deveriam ter sido remetidos à Justiça Federal para validação ou não dos atos já praticados.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA – SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA – NÃO CONHECIMENTO – [...] EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO DOS ATOS ANTERIORES – PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM CUSTÓDIA PREVENTIVA – DECISÃO PROLATADA POR MAGISTRADO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE – NULIDADE – CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Conquanto o tema ainda dê ensejo a certa controvérsia, prevalece o entendimento de que, constatada a incompetência absoluta, os autos devem ser remetidos ao Juízo competente, que pode ratificar ou não os atos já praticados, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal, e 113, § 2º, do Código de Processo Civil. Doutrina. (...) 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecendo a competência da Justiça Federal para julgar os crimes imputados ao paciente e ao corréu, anular a decisão que converteu a prisão em flagrante dos acusados em custódia preventiva, facultando-se a ratificação dos atos processuais anteriormente praticados. (HC 244.770/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/09/2012, DJe 09/10/2012.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – NULIDADE QUE SÓ ALCANÇA OS ATOS DECISÓRIOS – POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO DOS DEMAIS ATOS DO PROCESSO PELO JUÍZO COMPETENTE.

1. A nulidade por incompetência do juízo alcança somente os atos decisórios. Os demais podem ser aproveitados pelo juízo competente, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal. 2. Embargos acolhidos, para declarar que devem ser anulados somente os atos decisórios, podendo o juízo da comarca de Vitória aproveitar o restante. (EDcl no HC 136.517/ES, Rel. Min. Celso Limongi - Desembargador Convocado do TJ/SP, Sexta Turma, DJe 15/03/2010.

Ressalta-se que a condenação do autor pela conduta prevista no art. 16 da Lei nº. 10826/03 deve ser mantida, ante a inexistência de liame com a prática da extorsão, afastando-se a aplicação da Súmula n. 122 do STJ.

Portanto, restando demonstrada a incompetência do Juízo Estadual, esta Procuradoria de Justiça pugna pela declaração da nulidade parcial da sentença para o julgamento do delito previsto no art. 158, § 1º, do CP, remetendo-se os autos à Justiça Federal”.

Pela clareza do Parecer, que adoto integralmente como razões de decidir, deve ser reconhecido o caráter transnacional do delito previsto no art. 158, § 1º, do CP, e, como consequência, a incompetência do Juízo Estadual.

Assim, tem de ser declarada a nulidade parcial da sentença, reconhecendo que o julgamento do delito previsto no art. 158, § 1º, do CP é da competência da Justiça Federal, como tal devendo os autos ser remetidos à Justiça Federal, para tal objetivo.

Quanto ao Recurso de Apelação do Ministério Público:

A f. 483-495, o *Parquet* recorreu pedindo a condenação do apelante como incurso no delito previsto na art. 158, §1º, do CP, sustentando que deve ser condenado Pedro Virgílio Ferreira porque uma das fases do *iter criminis*, qual seja, a consumação, se deu em território nacional, atraindo a nossa competência para processamento e julgamento do feito, nos termos do que dispõe o artigo 6º do Código Penal.

Sustentou que o crime de extorsão circunstanciada apurada nestes autos foi praticado por estrangeiro e teve início em País vizinho, no entanto, parte do *iter criminis* se deu em território brasileiro, o que torna plenamente possível seu processamento e julgamento no Brasil.

Sustentou que não se trata de caso de competência da Justiça Federal, pois o delito em apreço não incide em nenhuma das hipóteses do artigo 109 da Carta Magna.

Porém, tal recurso fica prejudicado e não deve ser conhecido, porque foi reconhecida a incompetência da Justiça Estadual para julgar o crime de que se trata, e, pela presente decisão, ficou anulada a sentença no ponto correspondente em que julgou que a Justiça brasileira não poderia julgar o feito, e determinada a remessa do feito à Justiça Federal.

Está assim declarada a impossibilidade de a Justiça Estadual analisar o recurso que versa sobre tal matéria, pelo que deixo de conhecer do recurso ministerial a respeito, pois ficou prejudicada a apreciação do recurso do Ministério Público que visava obter a reforma da sentença nesse ponto.

Quanto ao recurso de apelação da defesa:

O apelante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16, caput, da Lei nº 10826/03, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto, e ao pagamento de 1000 (mil) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O apelante pede a reforma da sentença proferida pelo juízo de 1º grau para:

Absolvição por atipicidade da conduta, nos termos do artigo 386, inciso III do CPP em razão da extraterritorialidade condicionada;

Subsidiariamente, isenção de pena ou diminuição da pena, pois incorreu no erro de proibição;

Fixação da pena-base no mínimo legal e readequação do regime prisional, bem como substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Analiso os pedidos do apelante de absolvição do crime previsto no art. 16, caput, da Lei nº 10.826/03, de redução ou isenção a redução de pena, de abrandamento do regime e de substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

O recurso não tem procedência.

Adoto como razões de decidir as da própria sentença, para evitar repetição desnecessária, e por sua clareza e detalhes, analisando os fatos e dando a eles a apreciação jurídica correta.

Adicionalmente assinalo o seguinte:

Quanto à atipicidade do crime, uma vez que tal fato não seria punível no Paraguai, analiso.

Este foi o argumento que o apelante usou para pedir a sua absolvição do delito de posse de munição de uso restrito alegando a atipicidade da conduta, a ausência de ‘dupla tipicidade’ para a incidência da extraterritorialidade condicionada, tendo em vista que o fato não é punível no Paraguai.

Sem razão o apelante.

A aplicação do princípio da extraterritorialidade condicionada exige a demonstração de interesse do Brasil em punir o autor de crime cometido no exterior, preenchidas as condições constantes no art. 7º, §§2º e 3º do Código Penal.

Mas a verdade é que no caso o porte de munições de uso restrito praticado pelo apelante ocorreu no Brasil, o que autoriza a aplicação da lei brasileira, nos termos do art. 5º do Código Penal (Princípio da Territorialidade), o que afasta a alegação de atipicidade da conduta.

A extraterritorialidade condicionada relaciona-se com os crimes praticados fora do território nacional, o que não é o caso do apelante, que foi flagrado com as munições de uso restrito no centro de Ponta Porã (MS).

Não interessa se o crime descrito no artigo 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 é fato atípico no país vizinho, e, igualmente, o fato do apelante ser estrangeiro não o torna isento de pena quando pratica crime em território nacional.

Também seria aplicável a lei brasileira sob a ótica do princípio da extraterritorialidade, em virtude do disposto no artigo 7º, II, § 2º do Código Penal, por força do contido na Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos da OEA, assim como previsto na legislação paraguaia citada pela OJ no seu parecer a f. 567 (Lei 1.190/02 e Decreto 3.625/2004 do Paraguai).

Quanto à alegada atipicidade em razão da ausência de potencialidade lesiva pelo porte de munições sem a presença da respectiva arma de fogo:

É tese que vem sendo rejeitada reiteradamente por este Tribunal, há muito tempo, pois os crimes previstos no art. 16 da Lei 10.826/03 não demandam para caracterização perícia sobre a potencialidade lesiva das munições apreendidas, pois se trata de crime de mera conduta, de perigo abstrato, que se consumam com a simples posse ou guarda da munição, sem a devida autorização pela autoridade administrativa competente, independentemente se o acessório ou munição está em funcionamento ou não.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que foi citado no parecer ministerial, aliás:

PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – ART. 16 DA LEI N. 10.826/03 – CRIME DE PERIGO ABSTRATO.

O crime de posse ilegal de munição ou acessório de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/03, é de perigo abstrato ou de mera conduta e visa proteger a segurança pública e paz social.

Sendo assim, é irrelevante o fato de a munição apreendida estar desacompanhada da respectiva arma de fogo (precedentes). Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no

REsp: 1470710 GO 2014/0184809-7, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 16/04/2015, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 30/04/2015.

Ademais, o crime de posse de munições e acessórios de uso restrito restou plenamente configurado, até porque o laudo pericial de balística n. 383/2014 (f. 190-195) concluiu que as munições funcionaram adequadamente, estando aptas a efetuar disparos e que não foi possível testar os carregadores apreendidos por que não dispõe de armas compatíveis com os carregadores questionados, mas que apresentam todas as partes constituintes e regular estado de conservação.

Assim, a conduta é típica, e a condenação deve ser mantida.

Quanto ao erro de proibição:

Alegou desconhecimento que o porte de munições também era crime no Brasil.

Porem não lhe assiste razão, pois o erro de proibição exige que ele não tivesse consciência da ilicitude e nem ter condições de conhecer o caráter ilícito do fato, o que não ocorre na hipótese dos autos.

O artigo 21 do Código Penal dispõe que o desconhecimento da lei é inescusável, sendo isento de pena o agente que atua sem a consciência da ilicitude do fato, e, se evitável poderá diminuir a pena de 1/6 a 1/3.

Mas para isso o agente precisa demonstrar que não sabia nem tinha condições de compreender o caráter ilícito do fato, embora tivesse potencialidade para tanto, que não é o caso do apelante, pois ele exerce a função de Suboficial Superior na polícia paraguaia, em região de fronteira, relatando que tinha conhecimento do porte ilegal de armas de fogo ser crime no Brasil, então por certo sabia também que o porte das munições seria proibido no Brasil, afastando a alegação de erro de proibição.

Quanto ao pleito de redução da pena:

A conduta social e as circunstâncias do crime foram valoradas negativamente com acerto, pois o apelante atua como Suboficial Superior da Polícia Paraguaia, e a circunstância de ter munições em seu poder vai contra deveres atinentes a função pública que exerce, pois fora encontrado com munições na oportunidade em que aguardava a vítima lhe entregar a quantia que havia exigido para liberar um veículo, o que é circunstância desfavorável.

Ora, nos termos do artigo 59 do Código Penal, as circunstâncias judiciais desfavoráveis impedem fixação da pena-base no mínimo legal, o simples fato de apenas uma circunstância judicial desfavorável já é suficiente para a exasperação da pena-base.

Dos pedidos de regime de cumprimento de pena diverso do fechado e de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O apelante busca a reforma da sentença, fixando-se o cumprimento do regime prisional em regime aberto, bem como pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, contudo, melhor sorte não lhe assiste.

O artigo 33, § 3º, do CP estabelece que pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto e que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena obedece a critérios do art. 59 do CP.

Então, o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, justifica-se por sua conduta social e circunstâncias do delito.

Pelos mesmos motivos, ainda que a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 04 (quatro) anos, é inaplicável a conversão da pena em restritivas de direitos, porque o artigo 44 dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando 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, se o réu não for reincidente em crime doloso; e se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja adequada.

Assim, nego provimento ao recurso da defesa, do apelante Pedro Virgílio Ferreira, mantendo a sentença condenatória quanto ao crime previsto no art. 16, caput, da Lei nº 10826/03,

Em resumo, de acordo com o parecer ministerial:

Ficam acolhidas as matérias preliminares suscitadas pela PGJ para:

Reconhecer a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o delito previsto no art. 158, § 1, do Código Penal, remetendo-se os autos à Justiça Federal.

Reconhecer a nulidade parcial da sentença quanto ao crime de extorsão circunstanciada.

Remeter os autos à Justiça Federal.

Recurso Ministerial não conhecido, em razão da prejudicialidade das matérias arguidas nas preliminares suscitadas e acolhidas.

Recurso de Pedro Virgílio Ferreira improvido, devendo ser mantida incólume a sentença condenatória quanto ao crime previsto na Lei 10.826/03.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, acolheram as preliminares arguidas, quanto ao delito previsto no art. 158, § 1º, do CP, remetendo-se os autos à Justiça Federal. E, julgaram prejudicado o recurso Ministerial e, negaram provimento ao recurso de Pedro Virgílio.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 05 de junho de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0008381-36.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – DO RECURSO MINISTERIAL QUANTO AO APELADO ANTONIO: APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO CUMULADO COM OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENORES – APELADO ABSOLVIDO DO HOMICÍDIO – APELADO NÃO JULGADO PELOS CRIMES CONEXOS – ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR DEIXAR DE JULGAR OS CRIMES CONEXOS – PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA – JURADOS QUE ABSOLVEM DO HOMICÍDIO DEVEM PORÉM JULGAR O RÉU PELOS CRIMES CONEXOS – REGRA DA PERPETUAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA PARA O JULGAMENTO DOS DELITOS DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER E CORRUPÇÃO DE MENORES – CRIMES CONEXOS AO HOMICÍDIO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – RÉU QUE DEVE SER SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO POR NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA.

Os crimes conexos ao homicídio, se este não foi desclassificado, continuam sendo da competência do Tribunal do Júri, pois só no caso de desclassificação se deslocaria a competência originária do Tribunal do Júri, nos termos do artigo 492, II, §§ 1º e 2º do CPP.

O fato de o réu ter sido absolvido do crime de homicídio não implica na imediata absolvição dos crimes conexos (ocultação de cadáver e corrupção de menores), ou mesmo na sua prejudicialidade a impedir julgamento quanto aos demais crimes.

Se o réu deixou de ser julgado por crimes conexos a ele imputados, sem ter ocorrido desclassificação do crime de homicídio, o feito deve prosseguir para julgamento dos demais crimes pelo Júri; se tal não ocorreu, reconhece-se a nulidade ocorrida posterior à pronúncia, e determina-se que deve o réu ser submetido a um novo julgamento perante o Conselho de Sentença, por todos os crimes.

Recurso provido, como o parecer.

EMENTA DO RECURSO DE LEANDRO: APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA DESCLASSIFICOU HOMICÍDIO PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – CONDENAÇÃO POR LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – PRETENDIDO DECOTE DA CULPABILIDADE – RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – ELEMENTO PONDERADO DUAS VEZES, COMO MODULADORA DESFAVORÁVEL E COMO AGRAVANTE – *BIS IN IDEM* RECONHECIDO – DECOTE DA MODULADORA DA PENA BASE- PARCIAL REDUÇÃO DA PENA BASE – MAUS ANTECEDENTES MANTIDOS – REDUÇÃO PARCIAL DO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO DA PENA BASE – CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE – PLEITO DE AFASTAMENTO DAS AGRAVANTES DO ART. 61, I E II, “A” E “C”, DO CÓDIGO PENAL – INVIÁVEL – AGRAVANTES MANTIDAS.

Se o condenado por lesão corporal seguida de morte teve a culpabilidade sopesada negativamente, pelo recurso que dificultou a defesa da vítima, mas este mesmo elemento desfavorável foi também sopesado como agravante na segunda etapa da dosimetria, deve ele ser decotado da pena base, para evitar-se o *bis in idem*.

Se o apelante tem condenações transitadas, devem manter-se os maus antecedentes.

Se o quantum de exasperação da pena base por uma moduladora foi desproporcional, deve ser reduzido para 1/6, por critério de razoabilidade.

Não se afastam as agravantes do art. 61, I e II, 'a' e 'c', do Código Penal, se elas têm amparo na prova dos autos.

Recurso provido em parte, contra o parecer.

EMENTA DO RECURSO DE AMAURI: APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO – PLEITO DE ANULAÇÃO – ALEGADA DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE LESÃO CORPORAL SEGUIDO DE MORTE – IMPOSSIBILIDADE – PROVA SEGURA DE QUE O AGENTE TEVE *ANIMUS NECANDI* NO HOMICÍDIO – PLEITO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2º, IV, DO CP – INVIÁVEL – RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – HOMICÍDIO QUALIFICADO RECONHECIDO EM QUESITAÇÃO DO JÚRI E COM AMPARO NAS PROVAS DOS AUTOS – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – DEFERIDO – ELEMENTO DESFAVORÁVEL PONDERADO COMO MODULADORA DA PENA BASE E COMO QUALIFICADORA DO HOMICÍDIO – *BIS IN IDEM* VEDADO – REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO, SEM ALTERAÇÃO DA PENA – PLEITO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2º, IV, DO CP – INVIÁVEL – QUALIFICADORA MANTIDA.

Se o apelante golpeou a vítima que caiu e ficou desacordada, vindo a morrer, e se ele o fez com *animus necandi*, tendo tal versão da acusação prova suficiente nos autos, não se desclassifica a conduta e mantém-se a condenação do Júri por homicídio.

Deve ser decotada a moduladora da pena-base relativa à culpabilidade pelo uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, se tal emento negativo já foi considerado para tipificar o homicídio com a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP, sob pena de incorrer-se no vedado *bis in idem*.

Não se exclui a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP se tal quesito foi respondido afirmativamente pelos Jurados, que entenderam que o fato de a vítima ser deficiente físico, sem uma perna, era apto a dificultar sua defesa, e tal entendimento tem suporte na prova dos autos.

Se a pena base já foi fixada no mínimo, sem moduladoras desfavoráveis, não cabem reduções maiores por atenuantes, por força da súmula 231 do STJ.

Recurso provido em parte contra o parecer, sem alteração da pena definitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte contra o parecer, dar provimento ao recurso ministerial, e, dar parcial provimento aos recursos de Leandro Claudino e Amauri dos Santos.

Campo Grande, 5 de junho de 2018.

Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

O Ministério Público Estadual e os réus Leandro Claudino Fragoso da Silva e Amauri dos Santos Júnior interpõem recursos de apelação às f. 770 e 776, respectivamente, por não se conformarem com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença (f. 749-754), bem como pelo Juiz Presidente (f. 755-762), as quais resultaram na condenação de Leandro pelo cometimento do delito previsto no art. 129, §3º do Código Penal, em concurso material com o art. 244-B, § 2º, do ECA, e de Amauri pelo art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, absolvendo, por fim, o corréu Antônio de todas as imputações.

Em suas razões, defende o Ministério Público a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia com relação ao julgamento do acusado Antônio, uma vez não observada a regra da perpetuação da competência do Conselho de Sentença para o julgamento dos delitos de ocultação de cadáver e corrupção de menores (f. 779-786).

O apelante Leandro pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal, afastando-se, também, as agravantes do art. 61, I e II, 'a' e 'c', todas do Código Penal (f. 800-804).

E o apelante Amauri sustenta ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, que permitia acolher a desclassificação para o delito de lesão corporal seguido de morte e, subsidiariamente, a exclusão da qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP. Também pede a redução da pena-base para o mínimo legal (f. 805-811).

Contrarrazões por Antônio às f. 789-797, e pelo Ministério Público às f. 816-839, ambos pugnando pelo conhecimento e improvimento do recurso contrário.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial interposto, a fim de que seja o réu Antônio levado a novo julgamento por nulidade posterior à pronúncia.

E opina pelo conhecimento e improvimento dos recursos defensivos de Leandro e Amauri, mantendo-se a decisão dos jurados e do juiz presidente, quanto a eles.

VOTO

A Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

O Ministério Público Estadual e os réus Leandro Claudino Fragoso da Silva e Amauri dos Santos Júnior interpõem recursos de apelação às f. 770 e 776, respectivamente, por não se conformarem com a decisão proferida pelo Conselho de Sentença (f. 749-754), bem como pelo Juiz Presidente (f. 755-762), as quais resultaram na condenação de Leandro pelo cometimento do delito previsto no art. 129, §3º do Código Penal, em concurso material com o art. 244-B, § 2º, do ECA, e de Amauri pelo art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, absolvendo, por fim, o corréu Antônio de todas as imputações.

Em suas razões, defende o Ministério Público a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia com relação ao julgamento do acusado Antônio, uma vez não observada a regra da perpetuação da competência do Conselho de Sentença para o julgamento dos delitos de ocultação de cadáver e corrupção de menores (f. 779-786).

O apelante Leandro pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal, afastando-se, também, as agravantes do art. 61, I e II, 'a' e 'c', todas do Código Penal (f. 800-804).

O apelante Amauri sustenta ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, que permitia acolher a desclassificação para o delito de lesão corporal seguido de morte e, subsidiariamente, a exclusão da qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP. Também pede a redução da pena-base para o mínimo legal (f. 805-811).

Contrarrazões por Antônio às f. 789-797, e pelo Ministério Público às f. 816-839, ambos pugnando pelo conhecimento e improvimento do recurso contrário.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial interposto, a fim de que seja o réu Antônio levado a novo julgamento por nulidade posterior à pronúncia.

E opina pelo conhecimento e improvimento dos recursos defensivos de Leandro e Amauri, mantendo-se a decisão dos jurados e do juiz presidente, quanto a eles.

Breve relato das imputações da denúncia e da pronúncia e dos termos da sentença de condenação:

Antônio Danilo Martins, Leandro Claudino Fragoso da Silva e Amauri dos Santos Júnior foram denunciados pelo Ministério Público Estadual pela prática de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP), corrupção de menores (art. 244-B, § 2º, do ECA) e apenas em relação ao réu Antônio Danilo Martins o crime de ocultação de cadáver (art. 211 do CP), contra a vítima Danilo Alexandre de Souza.

Consta da inicial que no dia 23 de março de 2014, por volta da 09:10 horas, no Bar do Jailson, os acusados, agindo em concurso de agentes, juntamente com o menor L. F. dos S. C., espancaram a vítima com socos, chutes, tijoladas e pauladas, causando-lhe a morte, conforme laudo de exame de corpo de delito (Exame Necroscópico) de f. 60/63.

O acusado Antonio Danilo Martins, juntamente com o adolescente L. F., ocultou o cadáver da vítima.

A pronúncia ocorreu nos termos da denúncia.

Reunido em sala secreta, o Conselho de Sentença, por maioria de votos declarados, reconheceu a materialidade, a letalidade e a autoria, e:

“O Júri desclassificou o crime de homicídio em relação ao apelante Leandro Claudino Fragoso da Silva.

O juiz singular julgou Leandro:

a) Condenou-o pelo crime de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 2º, do Código Penal) e

b) Condenou-o pelo crime de corrupção do menor L. F. dos S. C. (artigo 244-B do ECA).

2) O Júri condenou Amauri dos Santos Júnior pelo homicídio, mantendo a qualificadora, mas absolveu-o do crime de corrupção de menores, não reconhecendo a sua materialidade.

3) Antônio Danilo Martins ficou absolvido de todas as imputações, face à negativa de autoria com relação ao crime de homicídio”.

Assim resumidos os fatos do processo, cabe analisar os recursos, que veicularam pedidos já expostos acima.

Do recurso do Ministério Público alegando nulidade posterior à pronúncia com relação ao julgamento do acusado Antônio:

Segundo o recorrente, não foi observada a regra da perpetuação da competência do Conselho de Sentença para o julgamento do delito de ocultação de cadáver e corrupção de menores.

Nas razões de apelação (f. 779-786), assim ficou expresso:

(...) Todavia, ainda que absolvido o apelado Antônio Danilo Martins por negativa de autoria do crime de homicídio, deveria o nobre magistrado prosseguir na votação, uma vez que, reconhecendo a existência do homicídio, resta prorrogada a competência do Tribunal do Júri para análise dos crimes conexos.

(...) Logo, havendo absolvição quanto ao crime doloso contra a vida, o Conselho de Sentença segue como competente para o julgamento das infrações conexas, até porque os delitos acessórios não são dele dependentes, podendo, cada qual, subsistir por si só ante contexto probatório amalhado aos autos.

(...) A regra geral insculpida no art. 81 do CPP, incidente na hipótese em tela, dispõe que absolvido o réu da infração principal, devem os delitos conexos serem julgados pelo juízo que se tornou competente para julgamento de todos os feitos, qual seja, os membros do Conselho de Sentença, em razão da perpetuação de sua competência (perpetuatio jurisdictionis).

Observe-se que o art. 492, §1º, do CPP somente excepciona a aludida regra para o caso de desclassificação da infração principal, vale dizer, para a hipótese de o Conselho de Sentença não reconhecer que se trata de um crime doloso contra a vida, quando então caberá ao juiz presidente do Tribunal do Júri julgá-lo singularmente junto com os demais delitos conexos.

No caso dos autos, o juiz-presidente não fez nem uma coisa nem outra, ou seja, não submeteu os crimes conexos à votação dos jurados - como deveria fazê-lo segundo a regra processual citada -, tampouco os julgou monocraticamente - o que também seria um equívoco já que não houve desclassificação -, simplesmente os deixou órfãos de julgamento.” (destaques nossos)

Com efeito, o que ocorreu foi que Antônio foi absolvido do crime de homicídio, mas não foram submetidas aos Jurados as demais imputações quanto aos outros crimes, simplesmente deixaram de ser apresentados quesitos aos jurados a respeito desses outros crimes, como se vê da ata da Sessão de Julgamento, a f. 751 e seguintes:

“III - Do réu Antônio Danilo Martins

Do crime de homicídio

1º - No dia 23 de março de 2014, por volta das 09h10min., no “Bar do Jailson”, no Bairro Vila Guanabara, nesta cidade de Três Lagoas/MS, a vítima Danilo Alexandre de Souza foi espancada com socos, chutes, tijoladas e pauladas, causando-lhe os ferimentos descritos no exame de corpo de delito acostado aos autos (f. 60/63), que foram a causa de sua morte?

Por maioria: (x) sim () não

2º - O réu foi o autor dos socos, chutes, tijoladas contra a vítima?

Por maioria: (1) sim (4) não () prejudicado

3º - Assim agindo, o acusado tinha a intenção de matar a vítima?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

4º - O jurado absolve o acusado?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

5º - O acusado agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que tinha parte de sua perna amputada e usava prótese, não conseguiu se desvencilhar da agressão?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

Do crime de corrupção de menor

1º - No dia 23 de março de 2014, por volta das 09h10min., no “Bar do Jailson”, no Bairro Vila Guanabara, nesta cidade de Três Lagoas/MS, o menor Luiz Fernando dos Santos Cruz foi corrompido a praticar infração penal?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

2º - O réu foi o autor do crime acima descrito?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

3º - O jurado absolve o acusado?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

Do crime de ocultação de cadáver

1º - No dia 23 de março de 2014, por volta das 09h10min., no “Bar do Jailson”, no Bairro Vila Guanabara, nesta cidade de Três Lagoas/MS, o corpo de Danilo Alexandre de Souza foi ocultado?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

2º - O réu foi o autor do crime acima descrito?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

3º - O jurado absolve o acusado?

Por maioria: () sim () não (x) prejudicado

Sala das sessões da 1ª Vara Criminal/Tribunal do Júri da Comarca de Três Lagoas-MS, aos 08 de agosto de 2016.”

Vê-se assim, que, logo que os jurados absolveram Antonio do Homicídio, os demais crimes deixaram de ser julgados pelo Conselho de Sentença, pois o Presidente do Júri nem sequer submeteu tais crimes ao julgamento pelos jurados, antes considerou que estava prejudicada a quesitação quanto aos demais crimes conexos.

Ora, tal proceder não foi correto do ponto de vista processual, pois o fato de o réu ter sido absolvido pelo homicídio não implicava na imediata absolvição dos demais crimes, ou mesmo na sua prejudicialidade a impedir julgamento quanto aos demais crimes, pois esses outros crimes seriam crimes conexos, mas

autônomos em seus bens jurídicos protegidos e em seus desígnios, cuja realização poderia ocorrer independentemente da absolvição do outro delito (homicídio).

Uma vez que o apelado estava denunciado e pronunciado também por crimes conexos ao homicídio, quanto a estes não poderia ocorrer a desvinculação do crime principal, no aspecto da competência para julgar, pois crimes conexos ao homicídio, se este não foi desclassificado, continuam sendo da competência do Tribunal do Júri.

Com efeito, só no caso de desclassificação se deslocaria a competência originária do Tribunal do Júri, nos termos do artigo 492, II, §§ 1º e 2º do CPP:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

Ora, no caso presente não ocorreu desclassificação, então o caso não é de aplicar esses dispositivos, mas sim respeitar a competência do Tribunal do Júri, que se mantém e se perpetua, tal como foi decidido pelo STF quando indeferiu o HC 93.096-4 – PA, julgamento unânime em 18/3/2008, Relatora Ministra Carmen Lúcia.

No caso de o Tribunal do Júri ter exercido sua competência e julgado o réu absolvendo-o do homicídio, prorroga-se automaticamente sua competência para julgar os crimes conexos, que lhe tenham sido imputados, como de fato foram neste caso imputados ao apelado Antônio.

No caso presente, como bem salientou o parecer da Procuradoria de Justiça:

“De fato, do que se percebe do termo de votação de quesitos, quanto ao apelado Antônio o Conselho de Sentença votou “sim” para a primeira pergunta, que visava aferir a materialidade do delito (art. 483, I, do CPP), ou seja, atestou que na ocasião mencionada em plenário ocorreu um homicídio, tornando-se, então, competente para o julgamento de tal crime doloso contra a vida, bem como dos crimes a ele conexos.

Ao responder a segunda pergunta, que visava aferir a autoria do delito (art. 483, II, do CPP), o Conselho respondeu “não”, tendo por única consequência a absolvição do acusado Antônio por negativa de autoria ou participação (f. 749-754).

No entanto, conforme bem descreve a denúncia e a decisão de pronúncia, a Antônio também foram imputadas as condutas isoladas de corrupção de menores e ocultação de cadáver, o que, obviamente, para sua caracterização, independe da participação do réu nas agressões que culminaram na morte da vítima.

Tendo sido atestada a ocorrência do homicídio e assim, afirmada a competência constitucional do Júri, deve-se observar a regra insculpida no artigo 81 do CPP, que prevê que:

Art. 81 CPP. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir

sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos.

Logo não sendo caso de desclassificação, mas sim de absolvição pelo delito principal, que atraiu a competência do corpo de jurados, a este incumbe a função de julgar os crimes conexos de corrupção de menores e ocultação de cadáver; não sendo possível simplesmente encerrar a votação, declarando prejudicada a quesitação seguinte.”

(...) Esse é o entendimento também da jurisprudência:

“Nos processos de competência do Tribunal do Júri, sendo o réu absolvido em relação ao crime contra a vida, permanece pertencendo a esse Tribunal a competência para julgamento do delito conexo.” (TJMG. AP 1.0145.14.039678-2/001. Relª Desª Beatriz Pinheiro Caires. DJEMG 01/08/2016).

“Estabelecida a competência do crime doloso contra vida, compete ao Conselho de Sentença julgar o crime conexo, ainda que o réu tenha sido absolvido do crime doloso contra a vida, pelo acolhimento da tese defensiva de negativa de autoria.” (TJMG. AP 1.0223.12.014432-2/002. Relª Desª Denise Pinho da Costa Val. DJEMG 15/04/2015).

“Verificada a admissibilidade do julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez confirmada a materialidade delitiva e havendo indícios de autoria com relação ao delito contra a vida, estaria também determinada a competência do Tribunal do Júri para o crime conexo, cabendo a este proferir o veredicto, independentemente se o réu restar absolvido pelo crime doloso contra a vida. A discussão acerca da autoria e materialidade dos crimes conexos deve ser deixada para o Conselho de Sentença, em razão da competência a ele atribuída constitucionalmente e a necessidade de exaurimento da prova. Acolher em menor alcance a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça para determinar a realização de novo Júri apenas quanto aos crimes conexos.” (TJMG. AP 1.0194.13.003191-8/001. Relª Desª Valéria da Silva Rodrigues. DJEMG 18/11/2014).

Acompanhado pela doutrina:

Portanto, operando-se a desclassificação quanto ao crime doloso contra a vida, ao juiz presidente caberá o julgamento da imputação desclassificada, assim como dos crimes conexos, porquanto não há cabimento em se permitir que o Conselho de Sentença aprecie crimes não dolosos contra a vida. No entanto, se os jurados votarem pela absolvição do acusado, isso significa dizer que implicitamente reconheceram sua competência para o julgamento do feito. Logo, ao Conselho de Sentença também caberá o julgamento das infrações Conexas (Renato Brasileiro de Lima. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1404).

Em conclusão, deve ser provido o recurso ministerial para fins de declarar a nulidade ocorrida posterior à pronúncia, submetendo unicamente o apelado Antônio Danilo Martins a novo julgamento perante o Conselho de Sentença.

Com efeito, assiste razão ao recorrente quando salientou que o Conselho de Sentença, ainda que não tenha reconhecido a autoria e, por conseguinte, tenha absolvido o réu Antônio Danilo Martins do crime de homicídio, firmou sua competência constitucional para julgamento dos crimes conexos, cujos quesitos deveriam ser-lhes submetido para votação, e não julgados prejudicados, e quando salientou também que tal nulidade só existe quanto ao julgamento do apelado Antônio Danilo Martins, não se estendendo aos corréus, em abono ao princípio da conservação dos atos processuais, haja vista que o julgamento dos demais coautores pelos crimes de homicídio e delitos conexos não foram afetados pela nulidade.

Então, a nulidade deve ser reconhecida quanto a esse ato processual relativo a Antonio, mas não afetando os demais apelantes, por força do princípio da conservação dos atos processuais, ficando assim preservada a validade dos atos processuais que não dependam de ato anterior declarado inválido (Renato Brasileiro de Lima. Curso de Processo Penal. Niterói/RJ: Impetus, 2013 p. 1601).

Perante o exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público para que seja anulado o julgamento quanto ao réu Antônio Danilo Martins, para que este seja submetido a um novo julgamento perante o Conselho de Sentença, por todos os crimes (homicídio qualificado - art. 121, § 2º, IV, do CP; corrupção de menores - art. 244-B do ECA; e ocultação de cadáver - art. 211 do CP), tendo em vista a ocorrência de nulidade ocorrida posterior à pronúncia.

Quanto ao recurso de Leandro:

Analiso o pedido de afastamento do desabono da circunstância judicial da culpabilidade.

O Juiz-presidente, na sentença, quando da análise das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), considerou ser acentuada a culpabilidade do apelante, assim: “...*considero que a culpabilidade superou a normalidade, pois o crime foi contra um deficiente físico que estava indefeso...*”(f. 399, grifos no original).

Segundo a defesa:

“(...) o simples fato de a vítima ser deficiente físico não resulta em aplicação imediata de circunstância judicial desfavorável, pois o espírito desta circunstância está na qualificadora do art. 121, § 2º, inc. IV do CP, ou seja, o mero fato de a vítima possuir deficiência física, não resultava em nenhuma dificuldade de defesa, e como dito por testemunhas a vítima caminhava, andava de bicicleta, trabalhava como pedreiro e até corria. Portanto, com o devido respeito, equivocada a aplicação dessa circunstância que fundamentou o entendimento do Juízo a quo de que acentuada sua culpabilidade”.

Ora, na sentença de pronúncia ficou claro que foi admitida a acusação no sentido de que “o crime fora praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima porque Danilo tinha parte da perna amputada e usava prótese, motivo pelo qual não conseguiu se desvencilhar das agressões, principalmente depois de ter sido agredido no rosto por tijoladas”.

Ora, impossível acatar a tese de que a vítima tinha toda aquela liberdade de movimentos invocada pela defesa, se afinal era “*pessoa que não tinha uma perna e, por isso, usava uma prótese de madeira*”.

O modo como a vítima foi agredida demonstrava dificuldade de sua defesa, como assinalou o juiz na pronúncia: “*Além disso, os depoimentos de L. F. S. da C. e José Pereira de Jesus colhidos perante a autoridade policial reforçam a acusação de que Antônio e Leandro participaram da humilhação e das intensas agressões sofridas pela vítima antes de Amauri lhe desferir o golpe que seria fatal*”, e citou depoimentos de L. F. S. da C. e José Pereira de Jesus colhidos perante a autoridade policial, que relataram como os agentes agrediram a vítima, cito parte dos depoimentos:

“Na data dos fatos estavam em um bar o interrogando, Leandro, Danilo Cabeção, Gordinho e Patrick, quando Danilo se aproximou e pediu um cigarro, que foi negado por todos os presentes. Ele tentou arrancar um maço de cigarros das mãos de Leandro e teve início uma briga com socos e pontapés, da qual participaram todos os presentes, exceto Patrick, que apenas observava tudo. Após essa primeira confusão, Danilo, que era conhecido como “Perninha” saiu do local e foi até uma esquina, de onde retornou portando uma faca.

Ocorreu uma nova briga entre todos os presentes contra Danilo, que ao levar uma tijolada na face acabou ficando sem a faca, que se perdeu no local. O interrogando aproveitou e deu um soco e um chute nele, fazendo com que caísse no chão. Ao se levantar Danilo pediu para ir embora e já estava saindo quando Gordinho chegou e disse: “agora é minha vez, deixa eu!”. Ato contínuo, desferiu dois golpes com um pedaço de madeira contra a cabeça de Danilo, o que fez com que ele caísse no chão e ficasse desacordado, fazendo apenas um som com a garganta.” (Depoimento de Luis, f. 19)

[...] notou que um rapaz que soube posteriormente se chamar Danilo, se aproximou de do bar do Jailson e começou a discutir com uns rapazes que estavam tomando cerveja no local. Esses rapazes são moradores do bairro, entre eles são conhecidos do depoente a pessoa de alcunha Gordinho, Cabeção e Leandro. Observando uma folha de papel com fotos, reconhece todas as pessoas retratadas como sendo as mesmas que tomavam cerveja no bar. Viu que esse grupo de rapazes enxotavam Danilo, mandando-o ir embora do local, chegando, todos eles, a atropelarem Danilo, ou seja, expulsaram ele do local com socos e chutes. Danilo subiu a rua e o depoente ouviu ele dizendo que voltaria com uma faca, mas ele logo voltou, sem arma alguma, e teve início uma nova confusão entre ele e aqueles rapazes. Notou que Danilo foi agredido com chutes e socos, além de receber duas tijoladas lançadas por Leandro, apontado na foto. Outros dois desconhecidos do depoente também agrediram Danilo. Patrick, pelo que pode notar, não agrediu a vítima e ainda tentava demover os demais de continuar com as agressões.

Em dado momento Gordinho, também apontado na foto, retirou um sarrafo fixado no meio fio, se aproximou de Danilo e deu um golpe em sua cabeça, fazendo com que ele caísse no chão, onde ficou tremendo e depois desacordado.” (Depoimento de José Pereira, f. 27).

Ocorre que a culpabilidade de fato superou a normalidade, pois o crime foi contra deficiente físico, e tal ficou atestado no laudo necroscópico médico legal, onde o legista assinalou que a vítima tinha “*perna direita amputada com prótese rústica*”.(f. 61)

É um *plus* de maior censura para os autores, se a vítima era deficiente físico, que, inclusive, utilizava uma prótese em substituição a uma porção da perna. As fotos do cadáver a f. 77 (integrando laudo pericial) mostram a prótese e a região a partir de onde essa se afixava no corpo da vítima. Interessante notar como se trata de prótese rústica, como assinalado pelo Perito, demonstrando a precariedade de tal equipamento.

Porém, mesmo reconhecendo todo o peso dessa situação de vulnerabilidade da vítima, e motivos para agravar a culpabilidade, entendo que procede em parte e por fundamentação diversa o argumento defensivo de que tal circunstância deve ser decotada, não porque seja inexistente, mas porque já está ponderada como agravante em outra etapa da dosimetria.

A propósito saliento que o apelante alegou que essa circunstância negativa confundia-se com a qualificadora do homicídio do artigo 121, § 2º IV, CP, o que de fato é verdade em tese.

Porém, no caso dele não ocorreu exatamente isso, vez que este apelante foi absolvido de tal crime (homicídio), restando condenado enfim somente pela lesão corporal seguida de morte, que não carrega em seu tipo qualquer circunstância específica agravante de pena (art. 129, § 3º, CP).

Porém, o que ocorre, como veremos abaixo, é que o sentenciante mesmo assim lhe aplicou sim a agravante do artigo 61, II, a) do CP (que tem a ver com os motivos) e 61, II, c) do CP, (que tem a ver com o recurso que dificultou a defesa do ofendido).

Ora assim fazendo, o juiz acabou por reconhecer esta circunstância desfavorável por duas vezes, em etapas diversas da dosimetria, incorrendo no vedado *bis in idem*.

Assim, tal circunstância é sim desfavorável, porém deve ser decotada da pena base, para evitar duplo agravamento, e será considerada apenas como agravante, na etapa intermediária da dosimetria.

Neste ponto o recurso merece parcial provimento.

Quanto ao pedido subsidiário de redução do *quantum* de aumento em respeito ao princípio da proporcionalidade:

O recorrente alega que, integrando a culpabilidade do artigo 59 do Código Penal um conjunto de oito circunstâncias (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias do delito, consequências do crime, comportamento da vítima), não poderia apenas duas delas (a culpabilidade e maus antecedentes) elevar a pena-base em 50%, isto é, de 04 (quatro) anos para 6 (seis) anos.

Segundo ele, foi desobedecido o critério de proporcionalidade e deveria a pena ter sido aumentada em, no máximo, 2/8 (dois oitavos).

O crime pelo qual foi condenado por o do artigo 129, § 3º, do Código Penal (lesão corporal seguida de morte), cito em seguida: “ § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. ”.

Por duas moduladoras desfavoráveis, o juiz fixou a pena-base em seis anos de reclusão, o que de fato entendo que foi aumento excessivo, pois mais adequado aplicar patamar de 1/6 de aumento por cada moduladora.

Assim, essa pena será readequada quanto da nova dosimetria.

Neste ponto o recurso merece parcial provimento.

Quanto ao pedido de afastamento dos maus antecedentes e da reincidência

Assinalo que Leandro tem maus antecedentes e reincidência.

O recorrente diz que não há contra ele decisão transitada em julgado, por isso não devem prevalecer essas circunstâncias, já que o apelante tem sim é as atenuantes do art. 65, I e III, alínea d, do Código Penal, pois o autor era menor de 21 anos e confessou a prática delituosa.

Não lhe assiste razão, pois o apelante ostenta uma condenação transitada em julgado em seu desfavor em data anterior aos fatos que ora se analisam, ainda não expurgados pelo período depurador e não utilizada para desabonar os antecedentes (TJ em 12/08/2013 nos autos n. 0001672-82.2014.8.12.0021 pelo delito de tráfico de drogas).

E ainda tem outra condenação transitada que consta nas certidões de f. 647 e seguintes.

Deve então ser mantida a reincidência.

Quanto ao pleito de consideração das atenuantes:

O juiz compensou a reincidência com a menoridade.

E também aplicou a confissão, dizendo que ocorreu confissão à autoridade policial e em juízo (com efeito, vale ler seu depoimento desde a fase policial, onde o apelante confessou a f. 97 que de fato “*pegou um bloco de tijolo e acertou a face da vítima, que caiu (...)*”).

Então, tanto a menoridade como a confissão foram reconhecidas e aplicadas, estando prejudicada a observação do apelante a respeito.

Quanto ao pedido de afastamento do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa do ofendido.

Diz o recorrente que:

“Todos os depoimentos confirmam a versão do recorrente de que antes do suposto crime houve desentendimento com a vítima (embriagada) que arremessou bloco contra o recorrente, e o recorrente simplesmente devolveu a agressão com o mesmo ato, arremessou o bloco contra a seu agressor; que depois voltou com uma faca, e a participação do recorrente parou aí. Portanto, não há como fundamentar motivo fútil ou torpe, o recorrente se defendeu de uma agressão injusta e atual.

Também não há fundamento para o MM Juízo ter acolhido a agravante de traição, emboscada ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa, como dito houve desentendimentos prévios e agressão anterior contra o recorrente.”

Crime por motivo fútil ocorre quando o motivo é flagrantemente desproporcional ao resultado produzido, nesse caso deve tornar a pena mais severa.

Ricardo Augusto Schmitt, quando analisa os motivos do crime, esclarece que:

“(...) Os motivos do crime são razões subjetivas que estimularam ou impulsionaram o agente à prática de infração penal. (...) Não há dúvidas de que, de acordo com a motivação que levou o agente a delinquir, sua conduta poderá ser bem mais ou bem menos reprovável.

(...) Não se trata, portanto, de analisar a intensidade de dolo ou grau de culpa – que é restrito à circunstância judicial de culpabilidade – mas de descobrir se a qualidade da motivação no agir do agente merece mais ou menos reprovação (...).” (Ricardo Augusto Schmitt. Sentença Penal Condenatória. 7º ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 135).

Ora, o motivo do crime foi a vítima ter chamado o apelante de “talarico”, expressão que na linguagem popular se refere ao sujeito que “canta”, cobiça a mulher do próximo. Ora, ainda que tenha por hipótese ocorrido discussão, o motivo permanece desproporcional para a conduta de matar.

Quanto à agravante de ter o agente cometido o crime mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, está representada pelo fato de ser a vítima um deficiente físico (fator que tinha sido considerado na análise da culpabilidade do autor, mas que foi decotado da pena-base neste voto), então, cabe considerá-la agora nesta etapa para agravar, já que o juiz se referiu a tal emento negativo.

Reporto-me à fundamentação a respeito de ser mantida essa circunstância (agir dificultando a defesa da vítima), que consta em item acima, quando analisada tal questão por ocasião da pena-base estabelecida.

Não se justifica decotar tais agravantes e estes pedidos devem ser indeferidos ao apelante Leandro.

Quanto ao recurso de Amauri pedindo desclassificação para o delito de lesão corporal seguida de morte.

Amauri alega que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, pois segundo ele deveria ocorrer a desclassificação para o delito de lesão corporal seguido de morte.

Alegou que a prova dos autos indica que o apelante agiu em defesa de sua pessoa, repelindo agressão injusta e atual, e lembrou que os fatos não foram presenciados por testemunhas, mas só pelos que figuram como réus.

E, nesse passo, assinalou que a versão dos réus e ora apelante, expostos com coerência nos interrogatórios a que se submeteram, indica que o apelante teria agido em legítima defesa de sua pessoa e citou sua fala no interrogatório: “ *No que ele voltou, ele voltou com uma faca e veio, e eu falei: ‘Se você vir para cima de mim.’ E peguei um sarrafo, no mesmo momento que eu vi a faca eu peguei o sarrafo. E eu falei ‘Se você vir para cima de mim eu vou te bater com isso aqui.’ Ele veio e eu dei só uma nele e ele caiu no chão.*” (f. 457).

E a prova pericial segundo ele veio em reforço da tese defensiva, uma vez que demonstra ter a suposta vítima sido atingida por apenas um único golpe contundente.

Pleiteou então a anulação do júri, alegando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, então deve-se sujeitar o apelante a novo julgamento.

Cabe salientar que o júri tem competência para os crimes dolosos contra a vida, e deve ser respeitada a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos vereditos (art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal), então, somente se admite a impugnação da decisão tomada pelo Conselho de Sentença quando ela for manifestamente contrária à prova dos autos.

Ora, os próprios jurados condenaram o apelante pelo homicídio com recurso que dificultou a defesa da vítima, veja-se o quesito correspondente:

4º - o jurado absolve o acusado?

Por maioria: () sim (x) não () prejudicado

5º - o acusado agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que tinha parte de sua perna amputada e usava prótese, não conseguiu se desvencilhar da agressão?

Por maioria: (4) sim (1) não () prejudicado

Cabe salientar que neste ponto do recurso há pedido contraditório com o argumento invocado, pois o pedido do recurso atual é de desclassificação e todavia o apelante invoca ter agido em legítima defesa (que seria em tese motivo de absolvição e não de desclassificação).

De qualquer modo, para que não fique ponto sem analisar, saliento que na defesa do recorrente Amauri, em plenário do Júri, não foi invocada a tese de legítima defesa nem submetida a quesitação, como se vê do termo de assentada da Ata de Julgamento pelo Júri:

“Defesa em plenário: Terminada a acusação, foi transmitido o processo e dada a palavra ao Defensor Público e aos Advogados de Defesa pelo prazo de duas horas e meia (02h30min), que o usou das 15h15m às 17h09m, produzindo a defesa oral, a Defesa dos acusados Leandro e Amauri pugnou pela desclassificação e subsidiariamente, pelo afastamento da qualificadora e não ocorrência do crime de corrupção de menores. Já a defesa do acusado Antônio Danilo alegando negativa de autoria, pediu a absolvição.”

Não há como agora submeter tal questão a julgamento, se isso não foi objeto de discussão em Plenário, onde a tese de legítima defesa não foi apresentada.

Quanto à prova dos autos, existem elementos a confortar a tese acusatória, que amplamente já foram expostos acima, quando analisados depoimentos de testemunhas, que relataram a respeito, sendo certo que Amauri golpeou violentamente a vítima, com um sarrafo, deixando-a caída no chão desacordada (cf. depoimentos de L. F. S. da C. e José Pereira de Jesus, acima citados), e, perante provas disso, os Jurados o condenaram, então, deve ser mantida a condenação por homicídio.

Quanto aos pedidos subsidiários de Amauri de:

A) de redução da pena-base, decotando-se a culpabilidade;

B) de ser excluída a qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP.

C) de redução do quantum de aumento em respeito ao princípio da proporcionalidade:

Analiso tais pedidos em bloco, pois uns se interligam com os outros e a fundamentação mais claramente se expõe de forma conjunta.

Nestes pedidos a defesa argumenta aproximadamente nos mesmos termos que fez quanto ao apelante Leandro, portanto, a apreciação é semelhante em parte, respeitada as especificidades pessoais deles e o fato de que um dos apelantes foi condenado por lesão corporal enquanto o outro foi por homicídio, então, cabe distinguir em alguns pontos.

Explico:

Reporto-me à fundamentação básica exposta acima neste voto, para o apelante Leandro, para concluir do mesmo modo quanto a Amauri, no sentido de que o fato de a vítima ser um deficiente com perna amputada representou maior dificuldade de ele se defender, o que deve pesar desfavoravelmente aos autores dos crimes.

Reporto-me à fundamentação quanto a Leandro, para decidir de forma semelhante quanto a este apelante Amauri, e é no sentido de afastar da pena-base essa circunstância, pois ela consta também da dosimetria em outra etapa, para agravar, o que representa vedado *bis in idem*.

Tal circunstância (recurso que dificultou a defesa da vítima) deve assim ser mantida, não na pena-base, mas apenas como qualificadora do homicídio.

Saliento apenas a especificidade que, quanto ao crime de homicídio pelo qual Amauri foi condenado (ao contrário de Leandro, que foi condenado por lesão corporal), esta circunstância desfavorável funciona na verdade como uma qualificadora do crime de homicídio, e como tal foi reconhecida como presente pelos Jurados.

Então, tal qualificadora (que encontra suporte na prova dos autos, como antes exposto) tem sim de ser mantida, até mesmo por necessidade de obediência à decisão do Tribunal de Júri, pois na quesitação este quesito foi votado com resposta dos jurados reconhecendo essa qualificadora, veja-se a f. 751:

“5º - o acusado (Amauri) agiu mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que tinha parte de sua perna amputada e usava prótese, não conseguiu se desvencilhar da agressão?”

Por maioria: (4) sim . (1) não () prejudicado”.

Então, não há como excluir esta qualificadora do delito, ela deve ser mantida e neste ponto específico o recurso não fica provido.

Quanto à redução da pena-base, terá parcial redução, pelo decote da moduladora, ficando, porém, prejudicado maior abrandamento da pena base, pois com o decote dessa moduladora da pena-base a pena já ficará no mínimo legal do homicídio qualificado.

Nova dosimetria de Leandro e Amauri:

Dosimetria da pena de Leandro Claudino Fragoso da Silva

Do crime de lesão corporal seguida de morte

1ª Fase: Atendendo às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, decoto a culpabilidade (que de fato superou a normalidade, pois o crime foi contra um deficiente físico que estava indefeso), por vedação do *bis in idem*, sendo que tal moduladora será ponderada como agravante na segunda etapa da dosimetria.

Ainda é negativa a moduladora dos maus antecedentes criminais, vez ostentar uma condenação judicial (f. 650 e 662).

As demais circunstâncias são normais para o tipo.

Assim, por critério de razoabilidade, tendo em vista os limites da pena em abstrato, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, exasperando-a em 1/6, para fixá-la em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, ante a presença de uma circunstância desfavorável.

2ª Fase: Há a presença de 3 (três) agravantes previstas no artigo 61, I e II, “a” e “c”.

Há também a presença das atenuantes previstas no art. 65, I, e III, alínea d, do Código Penal, vez que o acusado era menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época dos fatos e confessou a prática delituosa perante a autoridade policial e em juízo.

Assim, fazendo a devida compensação resta uma agravante, fica a pena aumentada para 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

3ª Fase: Não há causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva a pena privativa de liberdade em 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Quanto ao crime de corrupção de menores, não há reparos a fazer à dosimetria da sentença, a pena fixou-se em definitivo em 2 anos de reclusão.

Do concurso material

Nos termos do art. 69 do Código Penal, procedida a cumulação das penas dos dois crimes a que o acusado foi condenado, chega-se ao montante de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, com base no art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Dosimetria da pena de Amauri dos Santos Júnior

Do crime de homicídio

1ª Fase: Atendendo às circunstâncias expressas no art. 59 do Código Penal, decoto a culpabilidade (que de fato superou a normalidade, pois o crime foi contra um deficiente físico que estava indefeso, mas decotada por vedação do *bis in idem*), sendo que tal moduladora já será ponderada como elemento integrante do homicídio qualificado, como majorante na segunda etapa da dosimetria.

O apelante não tem maus antecedentes e as demais moduladoras não são desfavoráveis.

Assim, fixo a pena-base no mínimo legal do homicídio qualificado, em 12 (doze) anos de reclusão.

2ª Fase: Estão presentes as atenuantes previstas no art. 65, I e III, “d”, do Código Penal, vez que o acusado era menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época dos fatos e confessou os fatos nas fases de inquérito e pronúncia.

Porém não se pode reduzir a pena aquém dos 12 (doze) anos de reclusão, uma vez que a incidência das atenuantes não permite que a pena-base fique abaixo do mínimo legal, Súmula 231 do STJ.

3ª Fase: não há causas de aumento ou diminuição da pena, razão pela qual torno definitiva a pena privativa de liberdade em 12 (doze) anos de reclusão.

Estabeleço o regime fechado para cumprimento da pena, com base no art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal.

Disposições comuns

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

As custas restam por conta dos acusados condenados, com a exigibilidade suspensa, visto ser visivelmente hipossuficientes, beneficiários da assistência judiciária.

Do prequestionamento

Com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Dispositivo e determinações:

Diante do exposto, em parte contra o parecer:

Dou provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para anular o julgamento do júri quanto ao réu Antônio Danilo Martins, que deve ser submetido a um novo julgamento perante o Conselho de Sentença, por todos os crimes (homicídio qualificado - art. 121, § 2º, IV, do CP; corrupção de menores - art. 244-B do ECA; e ocultação de cadáver - art. 211 do CP), tendo em vista a ocorrência de nulidade ocorrida posterior à pronúncia.

Dou parcial provimento ao recurso de Leandro para:

Reduzir em parte a sua pena-base pela lesão corporal, pelo decote da culpabilidade (uma vez que foi ponderada também como agravante, redundando em *bis in idem*);

No crime de lesão corporal, por critério de razoabilidade, reduzir o *quantum* da exasperação da pena base pela circunstância negativa restante mantida (antecedentes).

Considerando o concurso material de crimes, fica sua pena definitiva em 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado.

Dou parcial provimento ao recurso de Amauri, para reduzir em parte a sua pena-base pelo homicídio qualificado, pelo decote da culpabilidade (uma vez que foi ponderada também como agravante, redundando em *bis in idem*), permanecendo sua pena inalterada em 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado.

Ficam mantidos os demais pontos das sentenças quanto a Leandro e Amauri.

Caso prevaleça este voto, oficie-se ao Juízo de primeiro grau para expedição de guias de execução e demais providências determinadas nesta decisão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte contra o parecer, deram provimento ao recurso Ministerial, e, deram parcial provimento aos recursos de Leandro Claudino e Amauri dos Santos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 5 de junho de 2018.

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0042404-68.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL – PENA-BASE – MANUTENÇÃO – INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – ART. 387, IV, CPP – PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA – LESÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE – DANO MORAL CONFIGURADO – DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DA EXTENSÃO DO PREJUÍZO MORAL – JUROS DE MORA – SÚMULA 54 DO STJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – SÚMULA 362 DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

Deve ser mantida a pena-base fixada na sentença pelo juízo *a quo*, quando a elevação da reprimenda inicial for adequada e guarda proporcionalidade com os objetivos e finalidades da pena.

É possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral nos crimes de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, quando houver pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Em se tratando de responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso (artigo 398 do CC e Súmula 54 do STJ), ao passo que a correção monetária conta-se da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Marciel Mota de Andrade recorre da sentença que julgou procedente o pedido contido na denúncia, condenando-o à pena de 05 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, a qual fora substituída pela suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, a ser estabelecida pelo juízo da execução penal, bem como o condenou ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de reparação mínima pelos danos morais sofridos pela vítima, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir da data do arbitramento, com juros de mora de 1% ao mês, a partir da data dos fatos, ficando a critério da vítima a execução no juízo cível competente, pela prática do delito previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, para que seja reduzida a pena-base na o mínimo legal. Argumenta, outrossim, pela exclusão da indenização mínima fixada a título de danos morais, na forma do art. 387, IV, do CPP. Caso contrário, requer a alteração do termo inicial de incidência da correção monetária e juros de mora para a data da sentença. Prequestiona os artigos 59 e 91, I e 129, § 9º, todos do CP; 387, IV do CPP; e Súmulas 54 e 362, do STJ.

O Ministério Público Estadual e a apelada apresentaram contrarrazões, às f. 189-200 e 202-225, respectivamente, pugnando pelo improvimento do recurso e prequestionando os artigos 387, IV, Código de Processo Penal; e 1º, III e 226, § 8º, ambos da Constituição Federal.

À Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 234-240, manifestou pelo desprovimento do recurso e prequestionou os arts. 387, IV, do CPP; e 1º, III, 5º, XLI e § 2º e 226, § 8º, todos da CF.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Marciel Mota de Andrade contra a sentença que o condenou à pena de 05 (cinco) meses de detenção, em regime aberto, a qual fora substituída pela suspensão condicional da pena, pelo prazo de 02 (dois) anos, a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, bem como o condenou ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de reparação mínima pelos danos morais sofridos pela vítima, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir da data do arbitramento, com juros de mora de 1% ao mês, a partir da data dos fatos, ficando a critério da vítima a execução no juízo cível competente, pela prática do delito previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Narra à denúncia:

“Consta do presente Inquérito Policial que no dia 13 de setembro de 2014, por volta das 16h30m, em via pública, na rua Comendador Gabriel Benedito do Lago, bairro Vila Danúbio Azul, em Campo Grande-MS, o denunciado Marciel Mota de Andrade ofendeu a integridade corporal da vítima Giane Cararina Botelho, sua exconvivente, uma vez que inicialmente “jogou um pedaço de pedra no braço esquerdo da vítima”, e após desferiu “dois chutes na coxa e canela da vítima”, produzindo na vítima as lesões corporais comprovadas, por ora, pelo Histórico da Ocorrência Polícia Civil Nº: 2284/2014 (f. 04), pelo depoimento de f. 09, bem como pela requisição de exame de corpo de delito de f. 06.”

O recorrente sustenta, em resumo, para que seja reduzida a pena-base no mínimo legal. Argumenta, outrossim, pela exclusão da indenização mínima fixada a título de danos morais, na forma do art. 387, IV, do CPP. Caso contrário, requer a alteração do termo inicial de incidência da correção monetária e juros de mora para a data da sentença. Prequestiona os artigos 59 e 91, I e 129, § 9º, todos do CP; 387, IV do CPP; e Súmulas 54 e 362, do STJ.

Da pena-base

A magistrada de primeira instância fixou a pena-base do apelante, à f. 152, nos seguintes termos:

“Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social [desregrada, porquanto acostumado a agir em desrespeito as regras de conduta social aceitável], à personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias [negativas, porquanto agrediu a vítima quando esta segurava seu bebê no colo e em frente à vizinhança] e consequências do crime, fixo, por ser necessária e suficiente:

Na primeira fase, aumento a pena-base em 02 (dois) meses, ficando esta em 05 (cinco) meses de detenção, pena que torno definitiva em razão da inexistência de causas de aumento ou diminuição da pena, devendo o acusado iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto.”

Verifica-se que a sentenciante considerou desfavoráveis ao réu para exasperar a pena-base às circunstâncias judiciais da conduta social do agente e da circunstância do crime.

Pelo que resta demonstrado no presente feito, a conduta social é totalmente prejudicial ao recorrente, de modo a justificar o aumento da pena-base, haja vista que o acusado é acostumado a agir em desrespeito às normas de conduta social aceitável, uma vez que possuir outro processo com sentença condenatória por tentativa de homicídio, o que extrapola, sem dúvidas, a elementar do tipo penal da infração em comento.

De igual forma, a circunstância de o acusado ter agredido a vítima no momento em que ela segurava seu bebê no colo e em frente à vizinhança, deve ser mantida intacta, porquanto evidentemente não faz parte do tipo, servindo para agravar a pena.

Logo, tenho que a elevação da reprimenda inicial é adequada e guarda proporcionalidade com os objetivos e as finalidades da pena, não merecendo qualquer reforma.

Da condenação em reparação mínima por dano moral

No tocante aos danos morais, cumpre frisar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.683.324/DF e 1.643.051/MS, selecionados como modelos para examinar o tema a respeito da reparação de natureza cível por ocasião da prolação da sentença condenatória nos casos de violência cometida contra mulher praticados no âmbito doméstico e familiar (dano moral), resolveu a lide da seguinte forma, no que de relevo:

“RECURSO ESPECIAL – RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ) – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO MÍNIMA – ART. 397, IV, DO CPP – PEDIDO NECESSÁRIO – PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL – DANO IN RE IPSA – FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. *Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.*

5. *Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.*

6. *No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.*

7. *Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., 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.*

8. *Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.*

9. *O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.*

10. *Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica.”*

Como se percebe, o STJ decidiu, em resumo, que 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 independentemente de instrução probatória.

Assim, diante do julgamento dos supracitados recursos repetitivos, passo a proferir meu voto no presente processo, de acordo com o posicionamento adotado pela Corte Superior.

Nos termos do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 11.719/08: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

A toda evidência, o principal objetivo da inovação legislativa foi simplificar e acelerar a reparação patrimonial da vítima, aproveitando-se a produção probatória do processo penal e a respectiva cognição

judicial do crime – mesmo fato gerador da pretensão punitiva e da indenização civil –, para implementar a satisfação patrimonial e a reprimenda penal, sem a necessidade da deflagração da ação indenizatória e/ou do processo de liquidação, de modo a obter a tão almejada economia processual, reduzindo-se também o número de processos.

O requisito da existência de pedido expresso na denúncia encontra-se devidamente atendido quando se verifica que esta formula, claramente, pedido de condenação ao pagamento de valor mínimo a título de reparação de danos, nos seguintes termos (f. 02):

“Requer, recebida e autuada esta, seja o denunciado citado para responder à acusação, no prazo legal de dez dias, prosseguindo-se o feito com a instrução, oitiva da vítima, testemunha e interrogatório, até final condenação, inclusive, sendo o caso, fixando-se valor mínimo para reparação de danos, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.”

Em relação à suposta inobservância ao devido processo legal e ao princípio do contraditório, observo que o réu, ora recorrido, foi validamente citado, obrigando-se a responder a todos os termos da denúncia, inclusive, por óbvio, ao pedido de indenização, cujo valor mínimo também consta, claramente, da inicial acusatória.

Como bem destacou o ilustre Des. Carlos Eduardo Contar, ao analisar questão idêntica nos autos de Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002405-11.2014.8.12.0001/50001:

“Não pode alegar, portanto, qualquer surpresa. Ainda que não lhe seja imposto o ônus da impugnação específica, cabe-lhe, desde a fase prevista pelo artigo 396 do CPP (apresentação de defesa escrita), alegar tudo aquilo que interesse a sua defesa, inclusive apresentar provas e arrolar testemunhas (art. 396-A, do mesmo Código). Além do disposto pelo inciso IV do artigo 387 do CPP, a reparação dos danos é um efeito da condenação (inciso I do artigo 91 do Código Penal), e diante da natureza do dano moral (como abaixo será melhor disposto), presente pedido expresso na denúncia, obrigatoriedade de fixação de valor mínimo e citação válida, o contraditório perfectibiliza-se com a profunda análise da prova relativa à culpabilidade, autoria e materialidade da conduta.

Confirmada a condenação, nada, absolutamente, além disso, seria possível conceder ao embargante neste campo. E isto é assim porque, sem nenhuma dúvida, como abaixo vai esclarecido, a conduta praticada pelo apelante caracteriza o dano moral.”

Confirma este entendimento o seguinte precedente do E. STJ, julgado recentemente:

“RECURSOS ESPECIAIS – DIREITO PENAL – ART. 129, § 4º, DO CÓDIGO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL E AMEAÇA – VIAS DE FATO – VIOLAÇÃO DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL – OCORRÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE – REPARAÇÃO DE DANO MORAL – PEDIDO EXPRESSO DO QUANTUM NA DENÚNCIA – OCORRÊNCIA – DEFESA TÉCNICA – POSSIBILITADA DE EXERCER AMPLA DEFESA – PRECEDENTE DESTE SUPERIOR TRIBUNAL – RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.” (REsp 1635839, Relator(a) Ministro Sebastião Reis Júnior, Data da Publicação 03/02/2017).

Por outro lado, sabe-se que para a caracterização do dano moral basta a simples ocorrência do ato ilícito, independentemente de repercussão na esfera material da vítima, estando este incluído dentre os denominado bens imateriais, isto é, aqueles inerentes à honra, à intimidade, à vida privada, bem como à integridade corporal (físico-psicológica), insculpidos nos direitos da personalidade, cuja reparação é assegurada, inclusive, pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X).

Em se tratando de dano *in re ipsa*, entendo que a simples prática de ilícito penal é suficiente para atingir atributos da personalidade da vítima, configurando o dano moral.

Desta feita, diante do pedido expresso na denúncia e comando legal impositivo para o magistrado fixar valor mínimo, além da citação válida, o contraditório perfectibiliza-se, esgota-se, exaure-se, com a profunda análise da prova relativa à culpabilidade, autoria e materialidade da conduta. Se após tudo isto restar confirmada a condenação, impossível falar-se em ausência de contraditório ou de instrução, e principalmente em lesão ao princípio da ampla defesa.

Por fim, no que se refere ao *quantum* indenizatório, é certo que não há em nosso ordenamento jurídico parâmetros legais para a mensuração do dano moral, vez que esta passa necessariamente por critérios de caráter eminentemente subjetivo diante do fato de que os direitos da personalidade não são tarifados, deve ser efetivada de forma parcimoniosa e em ponderação com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Diante dessa peculiaridade, tem-se que a livre apreciação pelo magistrado, dentro dos parâmetros estabelecidos, é a única forma de mensurar a extensão do prejuízo moral sofrido por vítima de lesão a direitos da personalidade, não se havendo falar em instrução específica acerca do valor por ser absolutamente impossível.

Ademais, não se pode olvidar que o valor fixado pelo Juízo criminal trata-se de um mínimo, cabendo ao interessado, eventualmente descontente com o mesmo, buscar na esfera civil sua complementação, aí sim, devendo produzir prova no sentido de que deva ser elevado.

Nesta esteira, há inúmeros precedentes desta Egrégia Corte, valendo citar o seguinte:

“APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ABSOLVIÇÃO – INADMISSIBILIDADE – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – DELITO CONFIGURADO – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – MANUTENÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 61, II, “F”, DO CP – INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – INVIABILIDADE – DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO – ART. 387, IV, DO CPP – SENTENÇA CONFIRMADA – DESPROVIDO, EM PARTE COM O PARECER. (...). O art. 387, IV, do CPP, dispõe que ao proferir a sentença condenatória o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, sejam de natureza moral e/ou material. O comando legal permite ao Juízo Criminal que decida, além da pretensão punitiva ajuizada pelo Ministério Público, eventual reparação civil à vítima, ainda que exposto pelo dispositivo que a indenização será em valor mínimo, o que não impede que esta busque na esfera cível eventual complementação da indenização fixada em âmbito criminal. A fixação de indenização por danos morais na sentença penal condenatória não caracteriza cerceamento de defesa, na medida em que se trata de um efeito automático do pronunciamento criminal, ainda mais na hipótese, em que houve pedido expresso na denúncia. Nos termos da Súmula nº 54 do STJ “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. (TJMS; APL 0006404-06.2013.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 01/07/2016; Pág. 54). (destaquei).

Portanto, entendo que o provimento do recurso é medida que se impõe, ante a possibilidade de que a sentença penal condenatória fixe valor mínimo a título de indenização à vítima, bem assim que tal indenização deve abarcar especialmente o prejuízo de natureza moral, posto que, na espécie, houve lesão aos direitos da personalidade, e ao recorrido foram concedidas todas as garantias necessárias ao exercício da ampla defesa e ao contraditório.

Juros de mora

No que concerne à incidência dos juros de mora, como se trata de responsabilidade extracontratual, devem estes incidir a partir da data do evento danoso, nos termos do artigo 398 do CC e da Súmula 54 do STJ, senão vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL—RESPONSABILIDADE CIVIL—DANOS MORAIS—MATÉRIA JORNALÍSTICA—BLOG—VEICULAÇÃO—REEXAME DE PROVAS—SÚMULA Nº 7/STJ—JUROS DE MORA—RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL—TERMO INICIAL—SÚMULA Nº 54/STJ. 1. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que a alteração do valor da indenização por danos morais somente será possível quando este mostrar-se exorbitante ou irrisório, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, nos casos de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso. Agravo regimental não provido” (AgRg nos EDcl no REsp 1543750/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016).

Correção monetária

Em relação ao termo inicial para contagem da correção monetária, verifica-se que foi fixada na data do arbitramento, o que se mostra correto, de maneira que não há reparos a serem efetuados na decisão quanto a isso.

Prequestionamento

Quanto ao prequestionamento aventado pelas partes, tenho que todas as matérias porventura alegadas foram amplamente debatidas, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Conclusão

Pelo exposto, com o parecer, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 27 de março de 2018.

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0000858-91.2018.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA – DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE – POSSIBILIDADE – AGRAVO DESPROVIDO.

Nos casos de doença mental superveniente ao início de cumprimento de pena, é viável a conversão da pena privativa de liberdade por medida de segurança nos termos do art. 41 do Código Penal e art. 183, da Lei de Execução Penal. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Washington Augusto Fonseca Duarte interpõe agravo de execução penal contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Execução Penal da comarca de Campo Grande, que converteu o cumprimento da pena privativa de liberdade em internação para tratamento médico psiquiátrico.

Em síntese, alega excessiva subjetividade do laudo pericial e a possibilidade de acompanhamento psicológico e psiquiátrico em regime mais brando, pugnando pelo provimento do recurso para o fim de lhe conceder a progressão de regime condicionada à participação do apenado ao tratamento adequado.

Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (f. 68-83), batendo-se pelo improvimento do recurso, prequestionando, em caso de provimento, a negativa de vigência ao disposto nos artigos 26 e 41, do Código Penal, bem assim ao artigo 183 da Lei de Execução Penal.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo em execução (f. 92-95).

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de agravo de execução penal interposto por Washington Augusto Fonseca Duarte contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª vara de execução penal da comarca de Campo Grande, que converteu o cumprimento da pena privativa de liberdade em internação para tratamento médico psiquiátrico.

Conforme relatado, alega excessiva subjetividade do laudo pericial e a possibilidade de acompanhamento psicológico e psiquiátrico em regime mais brando, pugnando pelo provimento do recurso para o fim de lhe conceder a progressão de regime condicionada à participação do apenado ao tratamento adequado.

Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (f. 68-83), batendo-se pelo improvimento do recurso, prequestionando, em caso de provimento, a negativa de vigência ao disposto nos artigos 26 e 41, do Código Penal, bem assim ao artigo 183 da Lei de Execução Penal.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do agravo em execução (f. 92-95).

Não havendo preliminares e prejudiciais, passa-se ao exame da matéria de fundo.

Mérito

O apenado-agravante requer o restabelecimento do cumprimento de sua pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, o deferimento da progressão de regime e livramento condicional, alegando, conforme declinado acima, excessiva subjetividade do laudo pericial e a possibilidade de acompanhamento psicológico e psiquiátrico em regime mais brando, desconsiderando o exame criminológico de f. 18-48.

No presente caso, o apenado foi condenado à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão em regime fechado, em razão da prática do crime de tortura, a qual vinha cumprindo regularmente.

Durante a execução da pena, foi realizado laudo de avaliação psiquiátrica, o qual concluiu que o reeducando necessita de tratamento médico especializado, pois oferece perigo à sociedade, havendo necessidade de internação hospitalar psiquiátrica, encontrando-se inapto a cumprir pena em regime prisional mais brando, sem vigilância (f. 19-48).

Diante desse cenário, o juízo *a quo* converteu o cumprimento da pena privativa de liberdade em internação para fins de tratamento médico psiquiátrico.

Com efeito, o art. 41 do Código Penal, bem assim o art. 183 da Lei de Execução Penal, dispõem acerca da possibilidade de conversão do cumprimento da pena privativa de liberdade em medida de segurança nos casos em que, no curso da execução penal, sobrevier ao condenado doença ou perturbação mental.

É a situação em que o agente, ao tempo da ação ou omissão criminosa, era plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, mas, após o início de sua segregação, sobreveio-lhe doença mental, tornando necessário, conforme livre convicção do juiz e à luz do exame criminológico, o recolhimento do apenado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou a outro estabelecimento adequado.

No caso versando, repita-se, o apenado era imputável quando deu início à execução da pena, a qual vinha desempenhando regularmente, tendo sido, inclusive, submetido a exames psiquiátricos. Durante o cumprimento da reprimenda, contudo, foi acometido por doença mental, não tendo a plena consciência dos seus atos.

Assim, tenho como correta a decisão que converteu a pena privativa de liberdade em medida de segurança. A propósito, os seguintes julgados:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA – DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE – POSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO. Nos casos de doença mental superveniente ao cumprimento da sanção é viável a conversão da pena privativa de liberdade por medida de segurança, nos termos do art. 183, da Lei de Execução Penal. Agravo em Execução Penal a que se nega provimento, ante a correta aplicação da lei (TJMS. Agravo de Execução Penal. Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar. Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. J. 19.2.2018).

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA – INTERNAÇÃO – ENFERMIDADE MENTAL – DECISÃO MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECUSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Exsurgindo dos autos laudo pericial recomendando internação para tratamento de esquizofrenia apresentada pelo reeducando, assim como observação de que oferece perigo à sociedade e a si mesmo, tanto que o próprio Diretor Adjunto do Centro Penal Agroindustrial da Gameleira/AGEPEN/MS informou que aludido reeducando realçava transtornos psiquiátricos, se revelava muito agressivo e causando sérios problemas para a rotina diária do estabelecimento, tornando necessária reavaliação psiquiátrica e sua transferência para uma unidade de saúde com ambiente adequado para tratamento, a solução adotada pelo magistrado primevo é a que melhor se coaduna às circunstâncias e particularidades detectadas. Diante das várias avaliações e exames realizados, o último em 2015, emerge que o agravante, ainda que hipoteticamente possuísse enfermidade mental que o tornasse inimputável antes do cumprimento das penas, não realçava tal quadro, tampouco qualquer periculosidade, afigurando-se possível concluir que a enfermidade possa ter sido agravada e se revelado detectável e aparente somente na fase da execução. O agravante cumpre pena de reclusão, tendo em vista o cometimento de 03 (três) roubos, de modo que a conversão da reprimenda privativa de liberdade em medida de segurança consistente em internação se afina à legislação pertinente. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões Com o parecer, recurso conhecido e improvido (TJMS. Agravo de Execução Penal. Relator(a): Des. Jairo Roberto de Quadros. 3ª Câmara Criminal. J. 14.12.2017).

Posto isso, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

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^a. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 10 de abril de 2018.

1ª Câmara Criminal***Habeas Corpus* nº 1404786-68.2018.8.12.0000 - Rio Brillhante****Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – CUSTÓDIA CAUTELAR – ALEGADA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA PRISÃO E CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – GRANDE QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – NECESSIDADE DE ASSEGURAR A ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVANTES – PACIENTE RESIDENTE EM OUTRO ESTADO – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

Quando restar caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 313, do CPP, bem como estiver preenchidos os requisitos e fundamentos legais do art. 312, desse mesmo Diploma Legal, quais sejam: *fumus comissi delicti* (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e *periculum in libertatis* (garantia da ordem pública), não há falar em revogação da prisão preventiva. Ademais, a decisão apontou elementos concretos que evidenciam a necessidade de acautelar a ordem pública e aplicação da lei penal, bem como a soma da pena máxima em abstrato, cominada aos delitos, é superior a 4 anos.

A presença de condições favoráveis, por si sós, são irrelevantes quando presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar.

Inviável a aplicação de medidas cautelares do artigo 319 do CPP quando a gravidade do delito, concretamente analisada, demonstra que estas não serão suficientes para garantir a ordem pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 19 de junho de 2018.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O advogado Sérgio Luiz Barbedo Rivelli impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pedido liminar em favor do paciente Glicelio Sebastião Neves Teixeira apontando como autoridade coatora o juízo da vara criminal da comarca de Rio Brillhante/MS, pelo ato praticado no bojo dos Autos de Prisão em Flagrante n.0000627-07.2018.8.12.0020, objetivando a revogação da prisão preventiva do paciente.

Narra que o paciente foi preso em flagrante em 16.03.2018, pela polícia rodoviária federal, próximo ao posto de fiscalização, pela prática, em tese, da conduta descrita no artigo 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06.

Historia que o paciente dirigia um caminhão Ford Cargo 2429, placa KVQ6469, e transportava uma carga de 13,530kg de milho, divididos em sacas de 60kg cada, com nota fiscal proveniente da Empresa Comercial Atacadista JD (CNPJ 23.020.698/0001-02), sendo que receberia R\$3.000,00 (três mil reais) para levar a carga de Ponta Porã/MS a Jacaréi/SP.

Ocorre que, no posto fiscal próximo a Rio Brillhante/MS, o paciente foi abordado pelos policiais rodoviários, ocasião em que estes constataram que, misturado à carga de milho, havia sementes de maconha, cuja quantidade foi estimada em, no mínimo, meia tonelada.

Sustenta, em síntese, seu pedido, no argumento de que não existem provas suficientes de autoria e materialidade do delito, de modo que não há justa causa para persecução penal, uma vez que as únicas testemunhas de acusação são os policiais rodoviários que fizeram a apreensão, e que fizeram apenas uma constatação visual das supostas sementes de maconha encontradas em poder do paciente, não havendo exame toxicológico das mesmas.

Acrescenta que o paciente tinha nota fiscal da carga, tanto da empresa que a enviou como daquela que a receberia, e que não sabia que haviam sementes de maconha misturadas à carga, e que a situação de formalidade apresentada através das notas fiscais, seria suficiente para impedir que se presuma culpa ou responsabilidade criminal do paciente.

Ainda, afirma que o paciente é primário, possui trabalho lícito e residência fixa, e que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo que a decisão que a decretou foi baseada apenas em ilações e observações subjetivas, sendo imperiosa a revogação da prisão preventiva decretada.

Assim, requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva do paciente, e, no mérito, a confirmação da ordem.

Por fim, requer, alternativamente, a concessão da liberdade provisória, prevista no artigo 310, parágrafo único do CPP.

As informações foram prestadas pela autoridade coatora e se encontram às f. 212-213 destes autos.

A liminar foi indeferida às f. 215-217, por não se vislumbrar a presença dos pressupostos indispensáveis a sua concessão.

A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer (f. 222-229), opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pelo advogado Sérgio Luiz Barbedo Rivelli em favor do paciente Glicelio Sebastião Neves Teixeira apontando como autoridade coatora o juízo da vara criminal da comarca de Rio Brillhante/MS, pelo ato praticado no bojo dos Autos de Prisão em Flagrante n.0000627-07.2018.8.12.0020, objetivando a revogação da prisão preventiva do paciente.

Narra que o paciente foi preso em flagrante em 16.03.2018, pela polícia rodoviária federal, próximo ao posto de fiscalização, pela prática, em tese, da conduta descrita no artigo 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06.

Historia que o paciente dirigia um caminhão Ford Cargo 2429, placa KVQ6469, e transportava uma carga de 13,530kg de milho, divididos em sacas de 60kg cada, com nota fiscal proveniente da Empresa Comercial Atacadista JD (CNPJ 23.020.698/0001-02), sendo que receberia R\$3.000,00 (três mil reais) para levar a carga de Ponta Porã/MS a Jacaré/SP.

Ocorre que, no posto fiscal próximo a Rio Brilhante/MS, o paciente foi abordado pelos policiais rodoviários, ocasião em que estes constataram que, misturado à carga de milho, havia sementes de maconha, cuja quantidade foi estimada em, no mínimo, meia tonelada.

Sustenta, em síntese, seu pedido, no argumento de que não existem provas suficientes de autoria e materialidade do delito, de modo que não há justa causa para persecução penal, uma vez que as únicas testemunhas de acusação são os Policiais Rodoviários que fizeram a apreensão, e que fizeram apenas uma constatação visual das supostas sementes de maconha encontradas em poder do paciente, não havendo exame toxicológico das mesmas.

Acrescenta que o paciente tinha nota fiscal da carga, tanto da empresa que a enviou como daquela que a receberia, e que não sabia que haviam sementes de maconha misturadas à carga, e que a situação de formalidade apresentada através das notas fiscais, seria suficiente para impedir que se presuma culpa ou responsabilidade criminal do paciente.

Ainda, afirma que o paciente é primário, possui trabalho lícito e residência fixa, e que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo que a decisão que a decretou foi baseada apenas em ilações e observações subjetivas, sendo imperiosa a revogação da prisão preventiva decretada.

Assim, requer, liminarmente, a revogação da prisão preventiva do paciente, e, no mérito, a confirmação da ordem.

Por fim, requer, alternativamente, a concessão da liberdade provisória, prevista no artigo 310, parágrafo único do CPP.

Em pese o esforço defensivo, a prisão cautelar deve ser mantida.

O paciente foi preso em flagrante, em 16.03.2018, pela polícia rodoviária federal, junto ao posto de fiscalização da PRF, situado no município de Rio Brilhante/MS, pela prática, em tese, da conduta descrita no artigo 33, § 1º, I, da Lei 11.343/06, pois foi surpreendido quando dirigia um caminhão Ford Cargo 2429, placa KVQ6469, no qual transportava uma carga de 13,530kg de milho, divididos em sacas de 60 kg cada, com nota fiscal proveniente da Empresa Comercial Atacadista JD (CNPJ 23.020.698/0001-02), sendo que receberia R\$3.000,00 (três mil reais) para levar a carga de Ponta Porã/MS a Jacaré/SP, no entanto, enquanto verificavam a carga de milho, os policiais constataram forte odor de substância análoga à maconha, de modo que em busca em meio às sacas, encontraram sementes de maconha, cuja quantidade foi estimada inicialmente, sem uma pesagem, em meia tonelada, sendo que após separadas do milho e realizada a pesagem as sementes de maconha totalizaram 1.200.000,00 g (uma tonelada e duzentos quilos).

Em razão de tais fatos, o paciente foi denunciado como incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, c/c § 1º, inciso I, c/c 40, inciso V, todos da Lei Federal nº 11.343/06 (tráfico ilícito de entorpecentes por transportar matéria prima destinada à preparação de drogas, com a causa de aumento de pena decorrente do tráfico entre Estados da Federação), instaurando-se o Inquérito n. 0000869-63.2018.8.12.0020, sendo que os fatos e a dinâmica da apreensão foram narradas na denúncia da seguinte forma:

“(...)Segundo se apurou, no dia, hora e local supramencionados, o denunciado conduzia o veículo automotor (caminhão), marca FORD, modelo Cargo 2429, placas

KVQ-6469, quando foi abordado em fiscalização de rotina pela guarnição da polícia rodoviária federal, junto ao posto da PRF situado neste município de Rio Brillante/MS.

Durante a abordagem, o condutor do caminhão foi civilmente identificado como sendo o ora denunciado, que se apresentou com a profissão de motorista/caminhoneiro, residente no município de Volta Redonda/RJ, cujo nome constava como proprietário daquele veículo (CRLV de f. 25), e ao ser solicitada a documentação da carga, sua origem e destino, o denunciado alegou que foi contratado para fazer o transporte da carga de grãos de milho.

Então, o denunciado entregou aos policiais uma nota fiscal constando um negócio jurídico de compra/venda de milho, constando como vendedora a empresa Comercial Atacadista JD, com sede no município de Ponta Porã/MS, e como compradora/destinatária a empresa Anderson Augusto Rodrigues ME, com sede no município de Jacareí/SP.

A guarnição da PRF notou que o denunciado aparentou nervosismo excessivo e entrou em contradição e, ao ser aferida a carga no compartimento destinado os policiais visualizaram de início, por cima e logo abaixo da lona, uma carga de grãos de milho, contudo, notou-se um forte cheiro não correspondente ao milho, e ao ser procedida uma averiguação mais apurada os policiais notaram que por debaixo do milho havia também uma substância de cor esverdeada, com cheiro característica da droga maconha.

Assim, restou constatado que o ora denunciado foi preso em flagrante delito ao tempo em que transportava substância entorpecente camuflada no meio da carga de grãos de milho (fotografias de f. 30 e f. 51), se tratando de Sementes da droga maconha, matéria prima destinada a preparação de drogas.

Diante dos fatos, o denunciado foi preso em flagrante delito e, encaminhado à delegacia de polícia civil onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante de f. 02/03.

Foi confeccionado o Laudo de Exame de Constatação em Substância maconha de f. 33.

Foram formalizadas as apreensões do veículo automotor (auto de exibição e apreensão de f. 34/35), da nota fiscal (auto de exibição e apreensão de f. 36/37), de dinheiro em espécie e do aparelho de telefone celular localizados na posse do réu ao tempo da prisão em flagrante (autos de exibição e apreensão de f. 38/45).

De igual forma, foi formalizada a apreensão da droga, consoante se vê do auto de exibição e apreensão de f. 56, que após separada dos grãos de milho a droga pesou 1.200.000,00 g (uma tonelada e duzentos quilos) de semente de maconha .

A Autoridade Policial requisitou (f. 57) a realização de perícia (exame toxicológico definitivo). Em resposta ao expediente, adveio aos autos o laudo de exame toxicológico de f. 85/88, que anotou positivamente pela presença do princípio ativo da maconha (THC), concluindo se tratar do entorpecente conhecido como maconha (Cannabis sativa Linneu).

A supramencionada perícia concluiu que a droga apreendida sob transporte do denunciado se trata de sementes da droga maconha, matéria prima destinada a preparação de drogas (inciso I do § 1º do artigo 33, da Lei nº 11.343/06), com a presença positiva do Tetraidrocannabinol (THC), sendo que o THC, princípio ativo presente na maconha, é caracterizado com um psicotrópico e causa dependência (f. 88).

Sabe-se que tal psicotrópico pode causar dependência física ou psíquica, estando proscrito no Brasil, conforme Portaria nº 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de

Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, republicada em 1º de fevereiro de 1999 e atualizada.

Ab initio, não conheço do pedido de concessão da liberdade provisória ao paciente com fundamento no artigo 310, parágrafo único do CPP, por ser impertinente ao caso uma vez que não há qualquer alegação, nem feita pela defesa, de que o paciente teria agido amparado por alguma das causas excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do CP, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa ou exercício regular de direito.

Neste ponto, destacou o ilustre membro do Ministério Público em seu judicioso parecer: “*é completamente impertinente ao caso, pois não há qualquer indicativo nos autos, nem mesmo pelo próprio paciente, de que a conduta estaria abarcada por alguma das causas excludentes de ilicitude*” (f. 224).

Pois bem, no mérito, de uma análise dos autos, no presente caso, não é possível vislumbrar a existência de qualquer ilegalidade sanável pela via do *habeas corpus*.

O artigo 312 do Código de Processo Penal, exige, primeiramente, prova da materialidade e indícios de autoria (*fumus comissi delicti*).

A materialidade e a autoria, diferente do alegado pelo impetrante, estão fartamente demonstradas nos autos, seja através do auto de prisão em flagrante, laudo de constatação, laudo de exame toxicológico (f. 110-113), depoimentos e declarações, e do próprio flagrante.

A alegação dos impetrantes de que existem provas suficientes de autoria e materialidade do delito, de modo que não há justa causa para persecução penal, uma vez que as únicas testemunhas de acusação são os policiais rodoviários que fizeram a apreensão, e que fizeram apenas uma constatação visual das supostas sementes de maconha encontradas em poder do paciente, não havendo exame toxicológico das mesmas, não subsiste, uma vez que, às f. 110-113, dos autos n. 0000869-63.2018.8.12.0020 foi juntado o laudo de exame toxicológico onde foi concluído que as sementes encontradas em poder do paciente realmente tratava-se de sementes de maconha como preliminarmente constatado pelos policiais pelo odor.

Ademais, a alegação do paciente de que tinha nota fiscal da carga, tanto da empresa que a enviou como daquela que a receberia, e que não sabia que haviam sementes de maconha misturadas à carga, não é suficiente para afastar os indícios de autoria do delito, sendo que a verificação desta hipótese é matéria atinente ao mérito da ação penal, onde, após a devida instrução, será analisada, sendo que para os fins de indícios basta que o paciente tenha sido localizado em posse da substância ilícita.

Neste passo, materializados estão os pressupostos embasadores da segregação, atraindo a presença do *fumus commissi delicti*.

O segundo requisito do artigo 312 refere-se à necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução penal, ou seja, o *periculum libertatis*, que, *in casu*, está fundado na necessidade de se ver garantida a ordem pública, nos termos do aduzido na decisão de primeiro grau, haja vista a gravidade concreta do delito, havendo necessidade de se resguardar a ordem pública, para garantir a credibilidade da Justiça.

Ademais, é cediço que a gravidade do delito de tráfico de drogas é concreta e acarreta repercussão e consequências maléficas à sociedade, isso porque, além de induzir novos usuários ao vício, acarreta a prática de outras infrações, especialmente crimes contra o patrimônio, cometidas por usuários, com o intuito de conseguir dinheiro para manter o vício.

A garantia da ordem pública foi o primeiro objetivo visado pelo legislador ao conceber o instituto da prisão preventiva, e assim o fez em razão da imensurável importância da paz social para a normalidade da vida em sociedade. Com isso, o sagrado direito à liberdade, do qual todo cidadão é dotado, cede diante da necessidade de preservar o bem estar coletivo, ameaçado pela conduta de quem insiste em praticar delitos sem importar-se com a repercussão de seus atos no meio social.

Esse objetivo é também destacado pela doutrina, como se vê pela lição de Julio Fabbrini Mirabete, na obra “Código de Processo Penal Interpretado”, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 202, p. 690, de onde se extrai:

“Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional.”

Ainda a respeito da garantia da ordem pública, preleciona Antônio Magalhães Gomes Filho, em sua obra, Presunção de inocência e prisão cautelar, São Paulo, Ed. Saraiva 1991:

“À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplaridade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado.”

A propósito, ainda quanto a esse requisito autorizador da decretação da prisão preventiva, Guilherme de Souza Nucci leciona o seguinte:

“Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública de ser visualizada pelo binômio gravidade da infração + repercussão social.” (Código de Processo Penal Comentado, 5ª ed, RT, p. 608).

No caso dos autos, trata-se de crime de tráfico de drogas interestadual (Mato Grosso do Sul a São Paulo), sendo que referido delito tem repercussão e consequências maléficas à sociedade, notadamente a condução de usuários ao vício e à prática de outras infrações, cometidas muitas vezes com o intuito de conseguir dinheiro para “alimentar” o vício.

Ao lado da existência de argumentos de ordem abstrata, isto é, atinentes ao próprio tipo penal, no caso concreto, existem fundamentos concretos aptos a embasar a segregação cautelar com base na necessidade

de garantia da ordem pública, pois, o paciente foi preso quando transportavam interestadualmente, cerca de 1.200 (mil e duzentos quilos) de sementes de maconha, ou seja, mais de uma tonelada, o que, por si só, evidencia a gravidade concreta do delito, revelando-se necessária a constrição cautelar como forma de assegurar a ordem pública e restabelecer a tranquilidade social, fragilizada por delitos deste jaez.

Esse é o posicionamento do STJ:

“ (...) 3. Caso em que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão impetrado encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando a quantidade e variedade das drogas apreendidas - 47 invólucros de cocaína, 93 de crack e 14 de maconha -, bem como o fato de não ter sido comprovado o vínculo do paciente com o distrito da culpa e o exercício de atividade lícita, circunstâncias essas que evidenciam tanto a gravidade da conduta perpetrada quanto a periculosidade social do paciente, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública. 4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 366.561/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016)”.

“(...) 2. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública. (...) (RHC 46812 / SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015).(g.n)

Este Sodalício tem se manifestado neste sentido. Vejamos:

“EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE AUTORIA DELITIVA – MATÉRIA DE CUNHO PROBATÓRIO – NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESTE TOCANTE – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR – INOCORRÊNCIA – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA – 60 KG DE MACONHA – PACIENTE QUE FUNCIONAVA COMO “BATEDOR DA ESTRADA” – CONDIÇÕES PESSOAIS NÃO COMPROVADAS TOTALMENTE – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. Não são cabíveis discussões probatórias em sede de Habeas Corpus, uma vez que o writ é o instrumento processual destinado a tutelar o direito de locomoção, descabendo o respectivo manejo com vistas ao exame aprofundado ou à discussão e valoração da prova. Está presente a gravidade concreta do crime em tese cometido, diante da grande quantidade de entorpecente apreendido, e há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como os motivos ensejadores da prisão preventiva, por isso não há falar em revogação da segregação cautelar. O paciente foi preso em flagrante quando funcionava como um colaborador do transporte de 60 kg de maconha, o que justifica a manutenção da segregação cautelar. O fato de se possuir condições subjetivas favoráveis, as quais, in casu, sequer foram totalmente comprovadas, não enseja a concessão da liberdade quando presentes os requisitos previstos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal. Writ parcialmente conhecido e, na parte conhecida, com o parecer, ordem denegada.” (TJMS. Habeas Corpus n. 1402825-29.2017.8.12.0000, Ponta Porã, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, j: 02/05/2017, p: 08/05/2017)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – QUANTIDADE DA DROGA – MODUS OPERANDI DA CONDUTA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PERICULUM LIBERTATIS CONFIGURADO – ORDEM DENEGADA A expressiva quantidade de substância entorpecente apreendida – 126kg de maconha- a maneira como estava escondida no veículo (sob um fundo falso, na carroceria) e a divisão de tarefas entre os comparsas, funcionando o paciente como “batedor”, evidenciam o envolvimento deste na traficância e a probabilidade concreta de continuidade na atividade ilícita, autorizando a segregação preventiva, para a garantia da ordem pública.” (TJMS. Habeas Corpus nº 1409416-07.2017.8.12.0000, Dourados, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 12/09/2017, p: 14/09/2017)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – ARTIGOS 33 E 35 C/C 40, INCISO V, DA LEI 11.343/06 – ARTIGO 180, CAPUT, ARTIGOS 311, C/C ARTIGOS 29 E 69, DO CÓDIGO PENAL – TRÁFICO INTERESTADUAL E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – RECEPÇÃO – ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR – INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (389,7 KG – TREZENTOS E OITENTA E NOVE QUILOS E SETECENTOS GRAMAS – DE MACONHA) – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL ASSEGURADAS – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO – INSUFICIENTES – CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – ORDEM DENEGADA. I – Acusados presos, quando, em concurso, e, em tese, implementavam o transporte de drogas (389,7 KG – trezentos e oitenta e nove quilos e setecentos gramas - de maconha), de forma organizada, exercendo a função de “batedores”. II – Um dos veículos apreendidos tem registro de roubo no município de Cosmópolis-SP e estava com chassi adulterado III- Mantém-se o decreto segregatório prolatado em desfavor dos pacientes, haja vista estar fulcrado nos requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal. IV - A imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva não se revelam, no caso, suficientes para a garantia da ordem pública, devendo, por tal razão, ser mantida a custódia dos pacientes. V - A presença de predicados pessoais, por si só, não implicam no restabelecimento do seu status libertatis, quando preenchidos os pressupostos para a decretação da prisão cautelar, não representando, sequer, ofensa ao princípio da presunção de inocência. VI - Ordem denegada. Contra o parecer da PGJ.” (TJMS. Habeas Corpus n. 1408082-35.2017.8.12.0000, Dourados, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 03/08/2017, p: 04/08/2017)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE TEM BONS ANTECEDENTES, OCUPAÇÃO LÍCITA E RESIDÊNCIA FIXA – ASPECTOS QUE NÃO ASSEGURAM O DIREITO À LIBERDADE PROVISÓRIA – GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO DEMONSTRADA A PARTIR DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PELO MODO DE ACONDICIONAMENTO E TRANSPORTE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – INTERESTADUALIDADE – RESIDÊNCIA FORA DO DISTRITO DA CULPA – MEDIDA JUSTIFICADA POR IMPERATIVO DE ORDEM PÚBLICA E GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL – ORDEM DENEGADA. Condições subjetivas favoráveis ao paciente, a exemplo da primariedade e da existência de residência fixa, não impedem o decreto de prisão cautelar, caso se verifique a existência de outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a segregação. A prisão cautelar foi justificada não apenas por conta da natureza e da quantidade de substância entorpecente apreendida (300 kg de maconha), mas em razão do meio de acondicionamento e transporte escolhido pelo agente que, segundo informações da Polícia Rodoviária Federal, realizada a função de batedor com destino a outra Unidade da Federação. Constatada a existência de elementos de informação que denotam a necessidade de garantia da ordem pública e a segura aplicação da lei penal, justifica-se a prisão preventiva. Ordem denegada.” (TJMS. Habeas Corpus n.

1403496-52.2017.8.12.0000, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 05/06/2017, p: 06/06/2017)

“EMENTA – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE MANTEVE A PRISÃO CAUTELAR – REGIME FECHADO FIXADO – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA. O paciente esteve preso preventivamente durante toda instrução criminal, sendo justificada a manutenção da segregação cautelar ainda que por ocasião da sentença tenha sido fixado o regime fechado, por haver suficiente fundamentação no decisor acerca da necessidade do cárcere. A manutenção da segregação é necessária para garantia da ordem pública, considerando a gravidade concreta do delito, em tese, praticado: tráfico de drogas, tendo em vista a participação de três pessoas, as quais utilizavam dois veículos para transportarem grande quantidade de drogas, mais de 200 kg de “maconha”, e segundo restou decidido, o paciente teria servido de batedor. Com o parecer – Ordem denegada” (TJMS. Habeas Corpus n. 1404079-37.2017.8.12.0000, Ponta Porã, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 18/05/2017, p: 19/05/2017)

Ademais, o paciente não reside no distrito da culpa, o que indica maior dificuldade e insegurança quanto à localização do réu para os demais atos do processo, além de maior risco à futura aplicação da lei penal.

A alegada primariedade e a ausência de antecedentes criminais não restaram totalmente comprovadas na impetração, diante da ausência de antecedentes criminais do Estado de origem do paciente (Rio de Janeiro).

Vê-se que a segregação cautelar está fundamentada nos termos do artigo 313 do CPP, pois verificados os pressupostos do artigo 312 do mesmo diploma legal, quais sejam: *fumus comissi delicti* (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e *periculum in libertatis*, até mesmo pelo fato da instrução criminal ainda não ter se encerrado e o paciente não residir no distrito da culpa, sendo que informou residir no Estado do Rio de Janeiro, o que dificultaria as investigações.

Por outro lado, eventuais condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não bastam, por si sós, para garantir a liberdade provisória, mormente quando presentes os pressupostos da prisão preventiva.

Nesse sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa, não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, livrando-se da prisão cautelar, visto que essa tem outros fundamentos. A garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como a conveniência da instrução criminal e do asseguração da aplicação da lei penal fazem com que o juiz tenha base para segregar de imediato o autor da infração penal grave.” (Código de Processo Penal Comentado, RT, 6.ª ed. p. 597)

Ainda, esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 3. Condições subjetivas favoráveis ao recorrente não são impeditivas da sua prisão cautelar, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva ou subjetiva que autorizem a decretação do cárcere (Precedentes). 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 59.900/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 25/08/2015)

“CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, aliás, sequer comprovadas no caso concreto, por si sós, não obstam a

segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF.” (STJ, 5ª Turma, HC 130982/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, v.u., j. 20.10.2009, publ. no DJe em 09.11.2009).

Por fim, diante das demais circunstâncias retro mencionadas, afigura-se a aplicação de alguma das medidas cautelares diversas da prisão, relacionadas pelo artigo 319 do CPP, pois não seriam adequadas nem suficientes para acautelar a ordem pública. Neste sentido:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO – PRISÃO PREVENTIVA – CRIMES DOS ARTS. 33 E 35 DA Lei nº 11.343/06 E 16 DA LEI Nº 10.826/03 – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR OUTRA MEDIDA CAUTELAR – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. 1. Não há que se falar em constrangimento ilegal, quando a custódia preventiva do paciente encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos presentes nos autos e nos preceitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Estando presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, não é possível a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, consoante inteligência do art. 321 do Código de Processo Penal. 3. A condição de possuidor de residência fixa e ocupação definida, por si só, não justifica a soltura do paciente ou a substituição da constrição por outra medida cautelar, ainda mais quando comprovada. 4. Ordem denegada. Decisão unânime.” (TJ/PE, HC nº 3035123, de relatoria do Des. Roberto Ferreira Lins, 19/06/2013)

Ademais, ressalto que a pena máxima em abstrato, referente aos crimes imputados aos pacientes, é superior a quatro anos, o que, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, permite que seja decretada a custódia preventiva em seu desfavor.

Assim, diante da presença dos pressupostos autorizadores da segregação e mediante as circunstâncias do caso em concreto que revelam a efetiva necessidade da custódia cautelar, não há constrangimento ilegal a ser sanado pelo *writ*.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Juiz Waldir Marques e Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Campo Grande, 19 de junho de 2018.

2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0003236-17.2018.8.12.0002 – Dourados
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO MINISTERIAL – PRISÃO DOMICILIAR – GENITORA COM FILHO(A) MENOR DE 12 ANOS DE IDADE – MANUTENÇÃO – NÃO PROVIMENTO.

Deve ser mantida a prisão domiciliar para genitora com filho(a) menor de 12 anos de idade, pois a Lei n. 13.257/2016, ao modificar o art. 318 do Código de Processo Penal, dispensou prova de que a presença da mãe seja imprescindível ao cuidado da criança.

Recurso não provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 4 de junho de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito (p. 2-20) com o objetivo de reformar a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (p. 21-23), que deferiu a prisão domiciliar à Valéria Rodrigues da Silva.

Pede o *parquet*, em suma, a reconversão da medida em prisão preventiva, ao argumento de que somente seria possível a concessão da prisão domiciliar se, em estudo social da família da recorrida, fosse constatado que era indispensável para os cuidados da sua filha infante.

As contrarrazões defensivas (p. 78-83) vertem-se pela manutenção do *decisum*.

Em parecer lançado às p. 91-97, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, a recorrida e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (p. 85).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito (p. 2-20) com o objetivo de reformar a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados (p. 21-23), que deferiu a prisão domiciliar à Valéria Rodrigues da Silva.

Pede o *parquet*, em suma, a reconversão da medida em prisão preventiva, ao argumento de que somente seria possível a concessão da prisão domiciliar se, em estudo social da família da recorrida, fosse constatado que era indispensável para os cuidados da sua filha infante.

As contrarrazões defensivas (p. 78-83) vertem-se pela manutenção do *decisum*.

Em parecer lançado às p. 91-97, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, a recorrida e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (p. 85).

Ao recurso deve se negar provimento.

Colhe-se dos autos que a recorrida foi presa e autuada em flagrante em 27.2.2018, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33 c/c art. 40, III e V, da Lei 11.343/06 (tráfico de entorpecentes majorado), porque supostamente teria sido surpreendida, em veículo coletivo, transportando para outro Estado da Federação, a quantia de 11,65 Kg da droga popularmente conhecida como maconha.

Houve a conversão do flagrante em prisão preventiva.

Sobreveio pedido de conversão em prisão domiciliar, que foi deferido na origem, com base nos seguintes termos (0801834-62.2018.8.12.0002):

“(...) A realização de estudo social na família da requerente não se mostra imprescindível para a análise do pleito.

O artigo 318 do Código de Processo Penal permite a prisão domiciliar nos seguintes casos, in verbis: ‘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’.

A requerente comprovou possuir uma filha menor de 12 (doze) anos de idade (f. 7).

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal concedeu, em sede de habeas corpus coletivo (143641/SP), prisão domiciliar às presidiárias gestantes ou que possuem filhos menores de 12 (doze) anos de idade. Em fundamentação alegou-se a precariedade do sistema prisional, que faz com que mães e crianças estejam experimentando situações degradantes, além da situação levar a que se transfira a pena da mãe aos filhos.

Insta salientar que o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que aduz que 'nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido', encontra-se disposto no Título II e se refere a garantia fundamental.

Confira-se a liminar deferida no referido habeas corpus:

HABEASCORPUS COLETIVO – ADMISSIBILIDADE – DOCTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS – MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT – MÃES E GESTANTES PRESAS – RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS – GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – ACESSO À JUSTIÇA – FACILITAÇÃO – EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS – LEGITIMIDADE ATIVA – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016 – MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA – PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES – INADMISSIBILIDADE – PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS- PARTO – FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES – ADPF 347 MC/ DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO – NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO – DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL – INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA – APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA – EXTENSÃO DE OFÍCIO. I - Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II - Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III - Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV - Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII - **Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII - Cultura do encarceramento que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX - Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o caso Alyne Pimentel, julgado**

pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X - Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X - Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI - **Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.** XII - Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII - Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV - **Ordem concedida 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, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.** XV - Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas sócio-educativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. 'Grifei.

De mais a mais, o acórdão excetua os casos de crimes praticados pelas detentas mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes, o qual não se aplica ao caso telado.

Diante do exposto, com base no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, defiro a prisão domiciliar pretendida por Valéria Rodrigues da Silva, brasileira, nascida aos 15.05.1985, em Santo Amaro-MA, filha de José Gregório da Silva e Ana Lúcia Rodrigues da Silva.

Expeça-se salvo-conduto para Valéria Rodrigues da Silva, autorizando o deslocamento da ora requerente do estabelecimento onde está presa até a sua residência na cidade de Itapeverica da Serra/SP, local onde deverá cumprir a prisão. (...)”

A cognição é irreprochável.

Com a entrada em vigor, no dia 9/3/2016, da Lei n. 13.257/2016, promoveu-se significativa modificação no Código de Processo Penal, com nova redação ao inciso IV do art. 318 CPP, além de acrescentar os incisos V e VI, nestes termos:

“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.”

A alteração e acréscimos ao art. 318 do CPP encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei n. 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o “*fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância*” (art. 14, § 1º).

A lei, em sua redação atual, dispensou prova de que a presença da mãe seja imprescindível ao cuidado da criança, mostrando-se acertada a opção do legislador pátrio por ser intuitiva a necessidade da presença materna para o cuidado e desenvolvimento dos menores.

A propósito, em julgado da 2ª Câmara Criminal desta Corte, cuja relatoria coube à e. Des.^a Maria Isabel de Matos Rocha, consignou-se o seguinte:

“A lei, na redação atual, passa a dispensar a prova do anterior requisito de que a mãe seja imprescindível ao cuidado da criança, e ainda aumentou a idade dos filhos que pode justificar a medida, sendo possível entender que a lei presume esse requisito, por parte da mãe.

Então, não demonstrado nada que desaconselhe a convivência dos filhos com a mãe ou que estes possam ou devam ser cuidados por outras pessoas, em tese é possível deferir - se tal benefício, desde que ela tenha outras condições favoráveis.” (HC 1404951-86.2016.8.12.0000, j. 27.06.2016)

Em seu livro *Prisão e Liberdade*, de acordo com a Lei 12.403/2011 (Editora Revista dos Tribunais, 3. ed., p. 114), Guilherme de Souza Nucci ensina:

“A mens legis diz com a necessidade de resguardar, em tal situação, não o agente criminoso, mas sim a pessoa que se encontra em situação de vulnerabilidade legitimadora de maiores cuidados, quais as crianças e deficientes, de modo coerente, inclusive, com a maior proteção a eles deferida pelo ordenamento jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, e internacional. Portanto, o raciocínio que se deve fazer, neste caso, deve partir da consideração do que é melhor para o vulnerável o filho recém-nascido e não do que é mais apazível para a paciente”.

Assim, não obstante as circunstâncias em que o suposto delito tenha sido eventualmente praticado, a concessão da prisão domiciliar para gestantes e genitoras de filhos menores de 12 anos, encontra amparo legal na proteção à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto se prioriza o bem-estar do menor, principalmente em razão dos cuidados para seu desenvolvimento.

Vale ressaltar a prevalência, em nosso ordenamento jurídico, da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, previstos no art. 227 da Constituição Federal, no ECA e, ainda, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial n. 99.710/90.

Outrossim, segundo notícia amplamente divulgada nas mídias e no site do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 143.641/SP a Corte decidiu “*na sessão desta terça-feira (20), por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).*” (disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>>>. Acesso em 22.2.2018).

Logo, como as premissas fáticas da situação da recorrida são semelhantes a do julgado acima, sem qualquer excepcionalidade, certo é que faz jus a mesma conclusão, cabendo, pois, manter a decisão objurgada, que acertadamente converteu a prisão preventiva em domiciliar.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso ministerial.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Divirjo do e. relator para dar provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

Isso porque não se comprovou que a presença da recorrida seja indispensável ao acompanhamento e cuidados da criança, até porque a existência do infante não foi impeditivo para o tráfico de drogas.

O entendimento ora esposado encontra arrimo na melhor jurisprudência:

“Descabe a substituição da prisão preventiva por domiciliar quando o impetrante não comprova alguma das situações do artigo 318 do CPP, notadamente quando há outra pessoa que supra a presença do paciente para cuidar de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência.”

“Conforme o artigo 318, III, do Código de Processo Penal, o magistrado poderá substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar quando o segregado for “imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência”. “Todavia, na hipótese de carecer de prova nos autos no sentido de que os cuidados destinados a criança, que já não é uma recém-nascida, não poderem ser oferecidos por outros familiares, descabe acolher-se o pleito de prisão domiciliar” (Habeas Corpus n. 2011.087481-8, de São Miguel do Oeste, rel.^a Des.^a Salette Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 13-12-2011).”

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 2º 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. José Ale Ahmad Netto e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 4 de junho de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0024469-44.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INSURGÊNCIA DEFENSIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE – ACOLHIDA – OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 367 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – PROCESSO ANULADO DESDE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO.

O artigo 367 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o processo prosseguir sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado. Em regra, essa ausência deve ser justificada antes da realização do ato processual e, se aceita, deve o magistrado determinar o adiamento. No entanto, pode haver situações em que a escusa só possa ser apresentada após a prática do ato, como no presente caso, envolvendo réu assistido pela Defensoria Pública, hipossuficiente financeiramente, com reduzido grau de instrução, que já se encontrava internado quase uma semana antes da audiência. Nessas hipóteses, é possível acolher a justificativa mesmo após a realização da audiência, determinando-se a renovação do ato e, por conseguinte, preservando-se a autodefesa à que o acusado faz jus.

Preliminar acolhida. Processo anulado desde a audiência de instrução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher preliminar e declarar a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 18 de junho de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de apelação interposta por Jair de Matos Larrea em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, nos Autos n. 0024469-44.2016.8.12.0001, que o condenou a 01 ano e 02 meses de reclusão e 12 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Preliminarmente, alega a nulidade do processo a partir da audiência de instrução, haja vista que, segundo aduz, o réu estava impossibilitado de comparecer ao referido ato, pois encontrava-se internado em hospital na data em que foi realizada, de modo que, na sua compreensão, houve incorreto reconhecimento da revelia e prejuízo ao exercício da ampla defesa.

No mérito postula a absolvição por insuficiência de provas ou mediante aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Contrarrazões e parecer ministerial pelo não provimento.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Jair de Matos Larrea em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, nos autos n. 0024469-44.2016.8.12.0001, que o condenou a 01 ano e 02 meses de reclusão e 12 dias-multa, em regime inicial semiaberto, em razão da prática do crime previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Consta da denúncia:

“(...) entre os dias 20 de fevereiro de 2016 e 20 de março de 2016, na residência localizada na Rua Primula, n. 34, Bairro Conjunto Aero Rancho, nesta Capital, Jair de Matos Larrea, abusando da confiança em si depositada, pois trabalhou na casa da vítima como pedreiro e recebeu as chaves do imóvel, subtraiu 02 (duas) munições S&W CBC, calibre .40, 01 (uma) serra mármore, 01 (uma) talhadeira niquelada e 01 (uma) marreta de propriedade da vítima Rodrigo Mauricio Floriano. Segundo restou apurado, no dia 29/03/2016, Policiais Militares foram acionados para atender uma ocorrência de violência doméstica, com a indicação de que o autor, que trajava uma blusa camuflada, estava armado, realizou ameaças contra sua ex-convivente, Eslaine Ribeiro da Silva e deixou cair algumas munições pelo local. Em diligências na residência, os milicianos constataram a veracidade dos fatos, e o autor foi identificado como Jair de Matos Larrea. Ao ser abordado, Jair indicou em que lugar estava a blusa descrita na denúncia. Ao encontrarem a vestimenta, os milicianos localizaram em um dos seus bolsos 02 (duas) munições calibre .40 da marca S&W CBC, as quais o denunciado confessou ter furtado da casa do Policial Civil Rodrigo Mauricio Floriano, cf. B.O n. 177/2016 de p. 05-v. Os policiais Militares Reinaldo Guimarães Vieira e Alexandre Luiz Ramão, às pp. 11 e 13 respectivamente confirmaram os fatos, asseverando que quando do atendimento da ocorrência relacionada ao B.O n. 1802/2016 (ameaça, dano e injúria no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher), o denunciado afirmou que subtraiu as munições da casa do policial civil Rodrigo, onde prestou serviços de pedreiro e, abusando da confiança do policial, subtraiu as munições do interior de uma sacola que estava num armário na varanda. Em depoimento às pp. 14 e 27, a vítima Rodrigo Mauricio Floriano relatou que conhece o denunciado há aproximadamente 5 (cinco) anos, e que este realizava serviços de pedreiro para o declarante há pelo menos 3 (três) anos, declarando que sempre confiou no autor, e o contratou como pedreiro. Aduziu que após a prisão em flagrante de Jair pelo delito de violência doméstica, constatou a subtração das munições e dos demais objetos relacionados na ocorrência. Ao final, a vítima ratificou que em razão da confiança dispensada ao autor, este tinha acesso livre na residência do declarante. Interrogado às pp. 16 e 20, Jair de Matos Larrea confessou ter subtraído as munições da residência da vítima, na ocasião em que prestava serviços de pedreiro no imóvel. Alegou que subtraiu apenas as munições, sendo que 01 (uma) serra, 01 (uma) talhadeira e 01 (uma) marreta, segundo o denunciado, seriam utilizadas em um serviço na residência da genitora de Rodrigo, e posteriormente seriam restituídas, porém, no dia de devolvê-las a vítima não se encontrava no imóvel, por isso levou as ferramentas para sua residência. Cumpre registrar que quanto ao crime de posse irregular das referidas munições, já foi ofertada denúncia nos autos de n. 0018408-70.2016.8.12.0001. A materialidade e autoria delitiva vêm demonstradas pelos Boletins de Ocorrência n. 177/2016 (p. 05) da DFURV, pelo de n. 1802/2016 (p. 08) da DEAM, pelo Auto de Exibição e Apreensão (p. 09), pelo Laudo Pericial nº 123.312 (pp. 36/39), e pelos depoimentos coligidos nos autos.”

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de parcial procedência da pretensão punitiva estatal.

Somente o réu recorre. Preliminarmente, alega a nulidade do processo a partir da audiência de instrução, haja vista que, segundo aduz, o réu estava impossibilitado de comparecer ao referido ato, pois encontrava-se internado em hospital na data em que foi realizada, de modo que, na sua compreensão, houve incorreto reconhecimento da revelia e prejuízo ao exercício da ampla defesa. No mérito postula a absolvição por insuficiência de provas ou mediante aplicação do princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Pois bem, a preliminar de nulidade deve ser acolhida.

Analisando os autos, infere-se que, embora devidamente intimado (f. 115), o réu não compareceu à audiência de instrução pautada para o dia 06.07.2017, às 15h45. Conforme o termo de assentada de f. 132-134, durante o referido ato processual, foram ouvidas duas testemunhas e decretada a revelia do acusado, em razão de sua ausência. Ainda em audiência, após a apresentação de memoriais orais, foi proferida a sentença condenatória ora impugnada.

Ocorre que a Defensoria Pública Estadual instruiu suas razões de apelação com documentos médicos comprovando que o réu permaneceu internado na Santa Casa de Campo Grande entre os dias 02.09.2017 até às 17h43 do dia 06.09.2017 (f. 155-158). Em resumo, o réu encontrava-se sob internação hospitalar no dia e horário da audiência em questão.

Portanto, a ausência do réu ao referido ato foi validamente justificada. Logo, o presente caso não se amolda ao disposto no artigo 367 do Código de Processo Penal, que prevê as hipóteses de prosseguimento do processo na ausência do acusado.

Cumpre lembrar que o direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, franqueando-lhe a possibilidade de apresentar sua autodefesa e, paralelamente, presenciar e participar da instrução processual, inclusive auxiliando a defesa técnica na formulação de questionamentos e requerimento de diligências.

Deveras, a revelia decretada em primeira instância prejudicou interrogatório judicial do acusado, o qual constitui meio de defesa,

“(...) porque é a primeira oportunidade do acusado para ser ouvido, garantido-se a sua autodefesa, quando pode narrar a sua versão do fato, negando (ou afirmando) a autoria, além de indicar provas em seu favor. Poderá, ainda, calar-se sem que se possa extrair daí qualquer prejuízo à sua defesa ou, então, é possível que assuma a prática do delito, alegando excludente e ilicitude ou de culpabilidade. Tal foco (meio de defesa) eleva-se, quando o procedimento prevê a inquirição do acusado ao final da instrução, quando todas as provas já foram colhidas.” (cf. Guilherme de Souza Nucci. In Provas no Processo Penal. 2ª ed. - São Paulo: RT, 2011, p. 73).

A propósito, o prejuízo ao exercício do contraditório e à ampla defesa torna-se mais evidente na medida em que, da leitura da sentença, percebe-se que o édito condenatório arrima-se essencialmente na confissão extrajudicial, a qual não pode ser constatada pelo réu em juízo.

Logo, torna-se irrefutável a alegação de nulidade, por violação ao artigo 367 do Código de Processo Penal e, consequentemente, aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV e LIV, da Constituição Federal), sendo intuitivo o prejuízo causado ao acusado, pelos motivos já expostos. Aliás, tratando-se de ofensa à norma constitucional, a nulidade é absoluta, dispensando a demonstração de prejuízo.

Nesse sentido, a doutrina adverte que “*eventual ofensa ao direito do acusado de exercer sua própria defesa é causa de nulidade absoluta por violação à ampla defesa*” (cf. Renato Brasileiro de Lima. *In Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017).

O recorrido e a Procuradoria de Justiça alegam que a justificativa deveria ter sido apresentada anteriormente ao dia e horário designado para o ato.

Contudo, o presente caso envolve réu assistido pela Defensoria Pública, hipossuficiente financeiramente, com reduzido grau de instrução (f. 37), que já se encontrava internado quase uma semana antes da audiência. Por tais razões, considero aceitável que a justificativa tenha sido apresentada somente após o ato.

Assim, torna-se cabível a renovação do ato, na esteira da doutrina de Renato Brasileiro de Lima, que, a propósito, também foi citada pelo MPE em suas contrarrazões (f. 165), o qual, entretanto, omitiu o trecho a seguir destacado justamente por contrariar a tese ministerial:

“Como deixa entrever o art. 367 do CPP, a revelia também será decretada se o acusado, notificado pessoalmente para qualquer ato do processo, deixar de comparecer e não justificar sua ausência. Pelo menos em regra, essa ausência deve ser justificada antes da realização do ato processual. Se aceita, deve o magistrado determinar seu adiamento. No entanto, pode haver situações em que a escusa só possa ser apresentada após a prática do ato (v.g., acidente automobilístico no dia da audiência). Caso a justificativa seja aceita pelo juiz, nada impede que seja determinada a renovação do ato, preservando-se, assim, a autodefesa à que o acusado faz jus.” (In Manual de processo penal: volume único. 5ª ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1306-1307).

Destarte, procede a alegação de nulidade.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido acolher a preliminar suscitada por Jair de Matos Larrea a fim de declarar a nulidade do processo n. 0024469-44.2016.8.12.0001 desde a audiência de instrução e julgamento, esta inclusive, tornando sem efeito os atos subsequentes, especialmente a sentença, julgando prejudicado o mérito recursal, determinando, em consequência, o retorno dos autos ao juízo de origem para renovação do referido ato e regular prosseguimento do feito em seus ulteriores termos.

Decisão contrária ao parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram preliminar e declararam a nulidade do processo desde a audiência de instrução e julgamento. 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, 18 de junho de 2018.

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0019499-64.2017.8.12.0001 – Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRELIMINAR DE NULIDADE – AFASTADA – MÉRITO – DOSIMETRIA DA PENA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – RECONHECIDA – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – REFUTADA – DIMINUTA DA EVENTUALIDADE – CONCESSÃO EM 2/3 – POSSIBILIDADE – REGIME PRISIONAL – ABRANDAMENTO PARA O INICIAL ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – CABIMENTO – HEDIONDEZ DO DELITO – AFASTADA – RECURSO PROVIDO.

Constatando-se que a sentença não apresenta nenhuma mácula formal no tocante à individualização da pena, deve-se rejeitar a preliminar de nulidade.

A confissão denominada qualificada enseja a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

A extinção da punibilidade do apelante, em decorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva, não gera reincidência.

Se o acusado é primário, tem bons antecedentes, e não há prova de dedicação a atividades criminosas ou de integração à organização criminosa, deve-se reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, reduzindo-se a pena em 2/3 se não há motivos para limitar tal redutora.

Tratando-se de réu primário, cuja pena é inferior a 04 anos de reclusão, e com circunstâncias judiciais favoráveis, o regime prisional deve ser abrandado para o aberto (CP, artigo 33, § 2º, c, e § 3º). Ademais, é possível substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução (CP, artigo 44, I).

O delito de tráfico de drogas, na sua modalidade privilegiada, não deve sofrer incidência da Lei 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover unânime. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 18 de junho de 2018.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Elton Márcio da Silva Oliveira interpõe apelação em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande, nos Autos n. 0019499-64.2017.8.12.0001, que o condenou a 05 anos e 06 meses de reclusão e 550 dias-multa, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Alega a nulidade da sentença por violação aos princípios do devido processo legal (art 5º, LIV da CF), da segurança jurídica, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), por falta de fundamentação (art. 93, IX, da CF) e de motivação na sentença (art. 381, III, do CPP), devendo-se reduzir a pena-base a patamar aquém do mínimo legal. Postula ainda a aplicação da atenuante de confissão espontânea; o afastamento da reincidência e o consequente reconhecimento do privilégio (§ 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06), no patamar de 2/3 e, por fim, pelo abrandamento do regime prisional para o semiaberto.

As contrarrazões foram apresentadas.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial provimento, apenas para afastar a agravante da reincidência.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Elton Márcio da Silva Oliveira em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, nos Autos n. 0019499-64.2017.8.12.0001, que o condenou a 05 anos e 06 meses de reclusão e 550 dias-multa, em razão da prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Consta dos autos que o recorrente foi denunciado juntamente com Isaac Rodrigues dos Santos com base nas seguintes asserções:

“Fato 01

Consta dos inclusos autos Inquérito Policial que, no dia 25 de abril de 2017, por volta das 15h, na residência situada na Rua Nazaré, Quadra 200, Lote 26, Bairro Jardim Noroeste, nesta Comarca, o denunciado Elton foi preso em flagrante delito guardando drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Fato 02:

Consta dos autos ainda que, na mesma data e local dos fatos, o denunciado Isaac trouxe consigo e ofereceu drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Sinopse dos fatos

Segundo restou apurado, na data dos fatos, policiais civis, após receberem denúncia de que um indivíduo portava arma de fogo e drogas em sua residência, se dirigiram até o local indicado, ocasião em que perceberam que o denunciado Isaac, ao visualizar a polícia militar, empreendeu fuga segurando drogas em sua cintura, pulando a cerca dos fundos de

seu imóvel. Durante rondas pela região, visualizaram o denunciado Isaac ingressando na residência situada na Rua Nazaré, onde encontraram Elton, o qual estava com uma enxada nos braços, oportunidade em que os policiais cavaram o local e encontraram um tablete e uma porção de maconha, pesando 1.006 g (um mil gramas e seis decigramas), droga esse que teria recebido de Isaac junto com um pedido para que escondesse a mesma em seu quintal. Na ocasião, os policiais visualizaram novamente Isaac pulando o muro e evadindo-se do local. Diante disso, foi realizada a prisão em flagrante de Elton e o indiciamento de Isaac, ambos por crime de tráfico de drogas. Em sede inquisitorial, o denunciado Elton relatou que estava em sua casa quando Isaac pediu para que ele escondesse a droga, pois os policiais estavam o perseguindo. Por sua vez, Isaac negou a prática delitiva, relatando que estava na casa de Elton para consumir maconha e quando notou a chegada dos policiais na casa dele fugiu do local.”

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de parcial procedência da pretensão punitiva estatal, condenando o recorrente e absolvendo o corréu.

Em suas razões recursais, Elton alega preliminarmente a nulidade da sentença por violação aos princípios do devido processo legal (art 5º, LIV da CF), da segurança jurídica, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), por falta de fundamentação (art. 93, IX, da CF) e de motivação na sentença (art. 381, III, do CPP), devendo-se reduzir a pena-base a patamar aquém do mínimo legal.

Porém, denota que as alegações defensivas são genéricas. Melhor dizendo, embora alegue ofensa a tais dispositivos, a defesa não apontou concretamente a suposta irregularidade ocorrida na sentença.

Em verdade, deflui-se que a irresignação defensiva relaciona-se à dosimetria da pena. Contudo, basta a leitura da sentença para concluir que inexistente *error in procedendo* suscetível de maculá-la de invalidade.

Com efeito, observa-se que a individualização da pena observou o critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal. Na primeira fase, a pena-base foi estabelecida no mínimo legalmente previsto, inclusive com expressão menção acerca das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Na segunda fase, a magistrada *a quo* deliberou acerca das circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira, foram examinadas as causas de aumento e diminuição pertinentes, tudo de forma fundamentada, embora sucintamente.

Assim, inexistente nulidade a ser reconhecida. Ademais, não há ensejo para fixar a pena-base abaixo do mínimo cominado, diante do disposto no inciso I do artigo 59 do CP.

Passando ao exame do mérito, razão assiste ao réu ao postular a atenuante da confissão espontânea.

Analisando o teor da sentença, denota-se que na fase extrajudicial o recorrente admitiu que guardava a substância entorpecente em sua residência, embora não fosse o proprietário. Em juízo, passou a dizer que a droga seria destinada ao consumo pessoal.

Logo, conclui-se que o réu confessou a autoria, a qual foi utilizada para a formação da culpa. Apenas apresentou tese defensiva, no sentido de que a droga apreendida destinava-se ao consumo pessoal, a qual, entretanto, foi refutada. Assim, houve confissão apta a caracterizar a indigitada atenuante.

É preciso lembrar, nesse átimo, que desde a reforma penal de 1984, a atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, exige apenas a confissão da autoria do crime. E, conforme a redação do dispositivo, basta que a confissão seja espontânea, pouco importando motivo que levou o agente a confessar a autoria (seja por arrependimento, para se beneficiar, se defender etc.).

Confessar a autoria não é o mesmo que confessar o crime. Segundo a doutrina, *“para a atenuante basta a confissão da autoria, e não impede sua aplicação o fato de o réu ter negado parte da imputação ou invocado excludente de ilicitude”*. (cf. Luiz Carlos Betanho *apud* Celso Delmanto. In Código penal comentado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 215).

Calha assentar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu e pacificou-se no sentido de que a confissão denominada qualificada enseja a aplicação da mencionada atenuante (AgRg no REsp 1392005/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 18/06/2014, DJe 27/06/2014; AgRg no REsp 1416247/GO, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 15/05/2014).

Aliás, o Colendo STJ já decidiu, em diversas ocasiões, que a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal deve ser aplicada quando a confissão é utilizada para a formação do convencimento do julgador, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial (HC 217.687/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/09/2012, DJe 03/10/2012). No mesmo rumo: HC 182.751/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012; HC 184.559/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/06/2012; HC 161.194/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24/04/2012, dentre inúmeros outros.

Cumprir lembrar que, conforme o Supremo Tribunal Federal, *“é direito público subjetivo do réu ter a pena reduzida, quando confessa espontaneamente o envolvimento no crime”* (HC 106376, Relator: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 01/03/2011).

Destarte, o réu faz jus à referida atenuante.

Ainda na segunda fase, a agravante da reincidência deve ser afastada, pois a condenação utilizada pela julgadora de primeira instância para caracterizá-la refere-se à ação penal n. 0007733-19.2014.8.12.0001, na qual foi extinta a punibilidade do apelante, em decorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva. Aliás, trata-se de fato admitido pelo Ministério Público Estadual de primeira instância e pela Procuradoria de Justiça e, portanto, incontroverso.

É importante consignar que, conforme já decidido pela e. Seção Criminal do Tribunal de Justiça de MS, que a sentença que declara extinta a punibilidade pela prescrição na modalidade retroativa *“rescinde a condenação, apagando seus efeitos primários e secundários, de tal sorte que a situação do acusado equipara-se ao de absolvido”* (TJMS – Seção Criminal - Revisão Criminal n. 4001992-64.2013.8.12.0000 – minha relatoria – j. 13.08.2013). No mesmo sentido: HC 152312/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012; HC 207.544/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 19/12/2011; HC 88.961/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 14/04/2008; RHC 19.527/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 338; REsp 303.078/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 395.

Apesar disso, a pena intermediária deverá ser fixada no mínimo legal, porquanto a redução a patamar aquém resultaria em pena insuficiente para a reprovação e prevenção do delito no caso concreto. 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.

Na terceira fase, denota-se que a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, não foi concedida apenas e tão somente em razão da reincidência do apelante, a qual, como visto, deve ser afastada.

De outro lado, não há provas seguras indicando que o réu integrava organização criminosa ou dedicava-se às atividades, conforme já reconhecido pelo Ministério Público Estadual de primeira instância, que se posicionou favoravelmente à concessão do benefício em questão.

Portanto, deve-se reconhecer a referida diminuta, aplicando-a em 2/3, ou seja, no patamar máximo legalmente previsto, pois não há razões para limitá-la, até porque o caso envolve pequena quantidade de droga de reduzida nocividade (pouco mais de um quilo de maconha).

Logo, a pena final do recorrente deve ficar ajustada em 01 ano e 08 meses reclusão e 166 dias-multa.

Considerando a primariedade, a pena imposta e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime prisional deve ser abrandado para o aberto (CP, artigo 33, § 2º, c, e § 3º). Ademais, é possível substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução (CP, artigo 44, I).

Por fim, 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 momentaneamente e com ressalvas deixei de aplicar por conta da malfadada súmula 512 do STJ, súmula que, inclusive, foi cancelada pela Terceira Seção do STJ.

Ante o exposto, em parte com o parecer, encaminho voto no sentido de afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, prover o recurso interposto por Elton Márcio da Silva Oliveira a fim de: reconhecer a atenuante da confissão espontânea (CP, artigo 65, inciso III, alínea d); afastar a agravante do reincidência (CP, artigo 61, I); reconhecer a causa de diminuição do no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, aplicando-a em 2/3 e, conseqüentemente, abrandar a pena final, o regime prisional para o aberto, substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução e afastar a hediondez do delito.

Prevalecendo este voto, expeça-se alvará de soltura em favor do acusado, a fim de que seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, haja vista que as penas restritivas não comportam execução provisória (LEP, artigo 147).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram unanime. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 18 de junho de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001073-88.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – ART. 349-A DO CÓDIGO PENAL – PRETENDIDA A CONDENAÇÃO – NÃO POSSÍVEL – CONDUTA ATÍPICA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O tipo penal previsto no art. 349-A do Código Penal contém cinco núcleos: “ingressar”, “promover”, “intermediar”, “auxiliar” e “facilitar”. Todos dizem respeito ao estabelecimento prisional, compreendido como o local destinado ao recolhimento de presos, provisórios ou definitivos, tais como as penitenciárias, as colônias agrícolas ou industriais, as casas de albergado e as cadeias públicas. No caso dos autos, não há provas nos autos de que o apelado tenha sido o responsável, ou concorrido de qualquer forma, para o ingresso do aparelho celular apreendido, de sorte que a conduta praticada por ele, no caso concreto, qual seja, portar aparelho celular no interior do estabelecimento prisional, não corresponde ao tipo penal descrito no art. 349-A do Código Penal, tratando-se, tão somente, de falta disciplinar prevista no art. 50, inc. VII, da Lei n. 7.210/1984.

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, 17 de maio de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

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 2ª Vara Criminal da Comarca de Cassilândia, MS (f. 107–111), que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e absolveu Marlon Alan da Silva do crime previsto no art. 349-A do Código Penal, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Dos autos consta que no dia 27 de dezembro de 2012, por volta das 8h, na Cella 02 do estabelecimento penal de Cassilândia, MS, Marlon Alan da Silva promoveu comunicação móvel nas dependências da unidade prisional.

Em razões recursais (f. 127–132), o Ministério Público Estadual pugna a condenação de Marlon Alan da Silva nas penas do art. 349-A do Código Penal. Ao final, apresenta prequestionamento.

Marlon Alan da Silva, em contrarrazões (f. 135–140), pleiteia o desprovimento do recurso ministerial e apresenta prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 148–152), opina pelo conhecimento e não provimento do recurso ministerial. Por fim, apresenta prequestionamento.

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 Criminal da Comarca de Cassilândia, MS (f. 107–111), que julgou improcedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e absolveu Marlon Alan da Silva do crime previsto no art. 349-A do Código Penal, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Dos autos consta que no dia 27 de dezembro de 2012, por volta das 8h, na Cela 02 do estabelecimento penal de Cassilândia, MS, Marlon Alan da Silva promoveu comunicação móvel nas dependências da unidade prisional.

Em razões recursais (f. 127–132), o Ministério Público Estadual pugna a condenação de Marlon Alan da Silva nas penas do art. 349-A do Código Penal. Ao final, apresenta prequestionamento.

Passo à análise do recurso.

O órgão ministerial pugna a condenação de Marlon Alan da Silva nas penas do art. 349-A do Código Penal.

Pois bem.

O tipo penal previsto no art. 349-A do Código Penal contém cinco núcleos: “ingressar”, “promover”, “intermediar”, “auxiliar” e “facilitar”. Todos dizem respeito ao estabelecimento prisional, compreendido como o local destinado ao recolhimento de presos, provisórios ou definitivos, tais como as penitenciárias, as colônias agrícolas ou industriais, as casas de albergado e as cadeias públicas.

Cleber Masson¹, assim, define as condutas previstas no tipo penal, veja-se:

“(...) Ingressar é fazer entrar, introduzir o aparelho móvel de comunicação no estabelecimento prisional. O sujeito ativo age pessoal e diretamente ao entrar no ambiente carcerário com o aparelho. Aqui, portanto, o crime é unilateral, unissubjetivo ou de concurso eventual, pois em regra é praticado por uma só pessoa, embora seja compatível com o concurso de agentes.

(...)

Promover é diligenciar, no sentido de adotar as providências necessárias para a entrada do aparelho no estabelecimento prisional. Intermediar é interceder positivamente, ou seja, o agente estabelece a ligação entre o preso e uma terceira pessoa que irá colocar o aparelho de comunicação no sistema prisional. Auxiliar é ajudar alguém a introduzir o aparelho de comunicação no estabelecimento prisional. Facilitar, finalmente, consiste em simplificar a entrada do aparelho de comunicação no sistema prisional, diminuindo as chances de fracasso do delito. (...)”

1 in Direito Penal Esquematizado – parte geral – v. 01, 4^a ed., Rio de Janeiro: Forense e São Paulo:Método, 2011, p. 907.

O crime pode ser cometido por qualquer pessoa, tanto pelo particular como pelo funcionário público e, até mesmo, o preso na condição de autor ou partícipe. O detento será autor quando ele mesmo praticar a conduta típica, desde que esteja no gozo de permissão de saída (LEP, art. 120) ou de saída temporária (LEP, art. 122), e ingressar no seu estabelecimento prisional ou em algum outro com o aparelho móvel de comunicação, ou então promover, intermediar, auxiliar ou facilitar sua entrada, sem autorização legal.

De outro lado, o preso será partícipe nas hipóteses em que concorrer de qualquer modo para a conduta criminosa, sem executar o núcleo do tipo.

Todavia, o preso que foi encontrado na posse de aparelho de comunicação, sem ter praticado ou concorrido de qualquer forma para a conduta típica descrita no art. 349-A do Código Penal, deverá ser responsabilizado pela falta grave prevista no art. 50, inc. VII, da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

(...)

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Consoante se extrai dos autos, o aparelho celular foi encontrado na Cella 02, dentro de um recipiente de gelo, em cima de uma cama da referida cela, o qual foi perguntado aos internos daquela repartição prisional, sendo que o apelado assumiu ser proprietário do mesmo, veja-se:

Luiz Antonio de Oliveira afirmou que fizeram revista na cela e foi encontrado o celular e o apelado disse ser o proprietário, mas não disse como teve acesso ao celular. Que na cela haviam de 13 a 20 presos (arquivo mídia, f. 74).

Tales Renato confirmou os fatos narrados na fase inquisitorial: “(...) *que na data dos fatos recebeu um comunicado do agente Júnior sobre um celular que fora apreendido pelo Agente Luiz Antonio, de que fora encontrado um celular dentro de uma garrafa térmica artesanal, quando procedida a revista diária; que Marlon Alan da Silva assumiu que referido celular era de sua propriedade; que Marlon não disse como tal aparelho teria vindo “parar em suas mãos” (...)*” – f. 31 (arquivo mídia, f. 86).

Todavia, ao ser ouvido em juízo, o apelado Marlon Alan da Silva confirmou que foi encontrado o celular na cela onde estava, mas o celular não era dela, que assumiu por outra pessoa e que haviam muitos detentos na cela. Que o celular estava sem chip e foi encontrado dentro de uma garrafa que os detentos fazem para por gelo (arquivo mídia, f. 74).

Como se vê, não há provas nos autos de que Marlon Alan da Silva tenha sido o responsável, ou concorrido de qualquer forma, para o ingresso do aparelho celular apreendido, de sorte que a conduta praticada pelo apelado, no caso concreto, qual seja, portar aparelho celular no interior do estabelecimento prisional, não corresponde ao tipo penal descrito no art. 349-A do Código Penal, tratando-se, tão somente, de falta disciplinar prevista no art. 50, inc. VII, da Lei n. 7.210/1984.

Nesse sentido, colhe-se a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – FAVORECIMENTO REAL – ATIPICIDADE DAS CONDUTAS – ABSOLVIÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A ação do acusado que, estando preso, solicita que lhe sejam levadas drogas, cuja posse foi obstada em razão da revista realizada por agentes penitenciários, caracteriza fato atípico, pois não iniciado o iter criminis, podendo, quando muito, falar em ato preparatório impune e, por corolário, imperiosa a absolvição nos termos do

art. 386, III, do CPP. Precedente do STJ. II. O preso que está custodiado no interior de estabelecimento prisional não pode ser sujeito ativo do delito previsto no artigo 349-A do Código Penal, pois a conduta de receber aparelho celular ou similar, sem a devida autorização, não é punida pelo tipo incriminador. (TJMG; APCR 1.0313.15.017744-9/001; Rel. Des. Corrêa Carmargo; Julg. 02/05/2018; DJEMG 09/05/2018)

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 ministerial, 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. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva e Juiz Emerson Cafure.

Campo Grande, 17 de maio de 2018.

3ª Câmara Criminal**Apelação nº 0000147-64.2007.8.12.0036 - Inocência****Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques**

EMENTA – RECURSO MINISTERIAL – ESTELIONATO – PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA – RECONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 438 DO STJ – PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL – DECISÃO ANULADA – RECURSO PROVIDO.

Afasta-se o reconhecimento da prescrição virtual ou antecipada, fundamentada em pena hipotética, por ausência de fundamentação legal, sob pena de flagrante afronta aos princípios da presunção de inocência e o da individualização da pena (precedentes do STF, STJ Súmula nº 438 - e deste Tribunal).

Recurso provido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por Unanimidade, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 24 de maio de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Inocência, MS (p. 283-287), que reconheceu a prescrição antecipada, decretando a extinção da punibilidade de Joaquim Dionízio Almeida de Andrade, nos termos do art. 107, inc. IV, do Código Penal.

Dos autos consta que no dia 08 de dezembro de 2006, por volta das 15h, em Inocência, MS, o denunciado Joaquim Dionízio Almeida de Andrade permutou coisa alheia como própria, em prejuízo à vítima Neuza Oliveira de Almeida.

Em razões recursais (p. 290-297), o Ministério Público Estadual pugna a reforma da sentença de primeiro grau, a fim de que seja afastado o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade virtual.

Joaquim Dionízio Almeida de Andrade, em contrarrazões (p. 305–313), pleiteia o não provimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (p. 331–336), opina pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Inocência, MS (f. 283-287), que reconheceu a prescrição antecipada, decretando a extinção da punibilidade de Joaquim Dionízio Almeida de Andrade, nos termos do art. 107, inc. IV, do Código Penal.

Dos autos consta que no dia 08 de dezembro de 2006, por volta das 15h, em Inocência, MS, o denunciado Joaquim Dionízio Almeida de Andrade permutou coisa alheia como própria, em prejuízo à vítima Neuza Oliveira de Almeida.

Em razões recursais (f. 290-297), o Ministério Público Estadual pugna a reforma da sentença de primeiro grau, a fim de que seja afastado o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em sua modalidade virtual.

Passo à análise do recurso.

A pretensão ministerial merece prosperar.

A respeito da prescrição virtual, o e. Superior Tribunal de Justiça já firmou a orientação jurisprudencial no sentido de ser impossível o seu reconhecimento, ante a ausência de previsão legal, editando, para tanto, a súmula 438, *in verbis*:

“É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.”

Antes mesmo da edição de referida súmula, tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como a do Supremo Tribunal Federal já se revelavam unânimes no sentido da inadmissibilidade do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva ou virtual, ou seja, em face de pena hipotética, dada a ausência de previsão legal.

O tema, inclusive, foi reafirmado pelo Pretório Excelso em sede de repercussão geral, consoante extrai-se dos seguintes arestos:

“EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – INADMISSIBILIDADE – JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO – APLICAÇÃO DO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência da Corte acerca da inadmissibilidade de extinção da punibilidade em virtude da decretação da assim chamada prescrição em perspectiva e deu provimento ao recurso do Ministério Público. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 19.11.2009.” (STF - RE 602527 RG-QO/RS - Repercussão Geral - Recurso Extraordinário. Rel. Min. Cezar Peluso. julg. em 19/11/2009).

“AÇÃO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA “EM PERSPECTIVA, PROJETADA OU ANTECIPADA” – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INADMISSIBILIDADE – JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO – Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.” (RE 602527 QO-RG/RS - Rio Grande do Sul; Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário; Relator(a): Min. Cezar Peluso; Julgamento: 19/11/2009; Repercussão Geral Mérito; DJe-237 Divulg 17-12-2009 Public 18-12-2009; Ement Vol-02387-11 Pp-01995).

Desde então, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado esse entendimento. Confira-se os recentes julgados:

“HABEAS CORPUS. 2. Redução à condição análoga à de escravo CP 149, caput e § 2o., I. 3. Alegações de falta de justa causa e reconhecimento da prescrição antecipada. Não ocorrência e inadmissibilidade. 4. Satisfeitos os requisitos do CPP 41 e não comprovadas, de plano, atipicidade, incidência de causa extintiva de punibilidade ou ausência de indícios de autoria e materialidade, inviável trancar-se a ação penal. Inadmissível a prescrição punitiva em perspectiva, projetada, virtual ou antecipada à minguia de previsão legal. Jurisprudência reafirmada no RE 602.527/RS. 5. Precedentes. 6. Ordem denegada.” (HC 102439, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, Acórdão Eletrônico DJe-028 Divulg 08-02-2013 Public 13-02-2013)

“EMENTA – PENAL – HABEAS CORPUS – ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO (ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL – CRIME PERMANENTE – BENEFICIÁRIO – PRAZO PRESCRICIONAL – INÍCIO DA CONTAGEM – CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM – INCOGNOSCIBILIDADE – INSTITUTO NÃO ACOLHIDO PELO E. STF. (...) 6. A prescrição em perspectiva, projetada ou antecipada, mercê da ausência de previsão legal, é inadmissível de ser conhecida e acolhida. (RE 602527 QO-RG/RS, rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ de 18/12/2009). 7. Parecer pela denegação da ordem. 8. Ordem denegada.” (HC 102491/RJ - Rio de Janeiro; Habeas Corpus; Relator(a): Min. Luiz Fux; Julgamento: 10/05/2011; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-099 Divulg 25-05-2011 Public 26-05-2011; Ement Vol-02530-01 PP-00179).

“HABEAS CORPUS – CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ALEGADA INUTILIDADE DO PROCESSO-CRIME – PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ORDEM DENEGADA. (...) 2. Na concreta situação dos autos, não tenho por atendidos os pressupostos para o encerramento extemporâneo da ação penal. É que o Supremo Tribunal Federal rejeita a construção doutrinária da chamada prescrição em perspectiva ou prescrição antecipada. Isso, em síntese, por ausência de previsão legal da pretendida causa de extinção da punibilidade. Confirmam-se, por amostragem, os seguintes precedentes: HC 88.087, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; HC 82.155, da relatoria da ministra Ellen Gracie; HC 83.458 e RHC 86.950, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa; RHC 76.153, da relatoria do ministro Ilmar Galvão, entre outros. E, mais recentemente, a Questão de Ordem no RE 602.527, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 3. Ordem denegada.” (HC 99614/SC - Santa Catarina; Habeas Corpus; Relator(a): Min. Ayres Britto; Julgamento: 22/03/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJe-124 Divulg 29-06-2011 Public 30-06-2011; Ement Vol-02554-01 PP-00009).

“INQUÉRITO – RECEBIMENTO DE DENÚNCIA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÕES – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS REJEITADOS. A tese da chamada prescrição antecipada é, há muito, rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes (HC 96.653, também de minha relatoria DJ de 23.10.2009; RHC 94.757, rel. min. Cármen Lúcia, DJ de 31.10.2008; HC 94.729, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 26.9.2008; HC 88.818, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.8.2006; HC 83.458, de minha relatoria, DJ de 6.2.2004; e HC 82.155, rel. min. Ellen Gracie, DJ de 7.3.2003). Se o acórdão embargado não exhibe quaisquer das omissões apontadas pelo embargante, como no caso, impõe-se a rejeição dos embargos de declaração, os quais não se prestam para provocar o reexame, puro e simples, de matéria já apreciada, com o objetivo de modificar a conclusão do que já decidido. Embargos de declaração rejeitados.” (Inq 1695 ED/DF - Distrito Federal; Emb. Decl. no Inquérito; Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; Julgamento: 11/11/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: DJe-049 Divulg 15-03-2011 Public 16-03-2011; Ement Vol-02482-01 PP-00001Parte).

Na mesma esteira, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PRESCRIÇÃO VIRTUAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – SÚMULA 438/STJ – IRRETROATIVIDADE DE ENUNCIADO SUMULAR. NÃO CABIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que falta amparo legal à denominada prescrição em perspectiva, antecipada ou virtual, fundada em condenação apenas hipotética. Assim, na falta de previsão legal, não se há falar em prescrição em perspectiva da pretensão punitiva do Estado, conforme dispõe o verbete n. 438 da Súmula desta Corte. 2. “A irretroatividade se refere, tão somente, à lei penal menos gravosa e a jurisprudência representa apenas a interpretação da norma penal” (RHC 38.506, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 64.520/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017)

AGRAVO REGIMENTAL – ESTELIONATO QUALIFICADO – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – INVIABILIDADE – ÓBICE DA SÚMULA 438/STJ. 1. A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e eventual sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva se regula pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada. 2. Inteligência do enunciado 438 da Súmula do STJ: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.” 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 565.277/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe 02/02/2015)

A jurisprudência desta Corte não discrepa:

EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ARTS. 38 E 48, DA LEI N. 9.605/98 – REJEIÇÃO DENÚNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 438 DO STJ – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPROVIMENTO I. A prescrição virtual ou antecipada é carente de previsão legal, dado que fundamentada em pena hipotética, o que representa afronta aos princípios da presunção de inocência e o da individualização da pena. II. Outrossim, a inadmissibilidade do reconhecimento da prescrição virtual é firmada tanto pelo e. Superior

Tribunal de Justiça. Súmula nº 438. como pelo e. Supremo Tribunal Federal. RE 602527 julgado em sede de repercussão geral. III. Recurso improvido. Com a PGJ. (TJMS; EI-Nul 0802385-02.2015.8.12.0017; Seção Criminal; Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa; DJMS 14/02/2017; Pág. 46)

“EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO–DECISÃO QUE APLICOU A PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU EM PERSPECTIVA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – JURISPRUDÊNCIA DO STF PACIFICADA E SÚMULA 438 DO STJ PELA INADMISSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. Não há previsão legal para o reconhecimento da prescrição virtual ou em perspectiva. Além disso, a jurisprudência do STF uniformizou entendimento e o STJ editou a Súmula 438, pela inadmissibilidade da prescrição diante de pena hipotética. Decisão singular anulada. Retorno dos autos ao juízo a quo para prolação da sentença de mérito. Com o parecer recurso provido.” (Relator(a): Des. Dorival Moreira dos Santos; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 21/09/2016; Data de registro: 23/09/2016)

“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIME AMBIENTAL (ART. 38 E ART. 48 DA LEI 9605/98) – RECURSO MINISTERIAL – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E POSTERIOR REJEIÇÃO EX OFFICIO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA – INVIABILIDADE – OPERADA PRECLUSÃO PRO JUDICATO – DENÚNCIA PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP - PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO PROVIDO. 1. A presença das condições da ação (no caso, para admissibilidade da denúncia) deve ser analisada por ocasião do recebimento da peça acusatória, momento em que o juiz a rejeitará ou aceitará. Assim, se a denúncia foi recebida, não é permitido que tal decisão seja objeto de reconsideração, pois no caso verificou-se a ocorrência da preclusão pro judicato. 2. Não é permitida a rejeição da denúncia que preenche os requisitos do art. 41 do CPP, porquanto demonstra os fatos supostamente criminosos, com as suas circunstâncias e o possível envolvimento do acusado no delito em tese, de forma suficiente para a deflagração da ação penal. 3. Incabível a rejeição da denúncia pelo reconhecimento da extinção da punibilidade em decorrência da denominada prescrição antecipada, virtual ou em perspectiva, pois não existe previsão para tal no ordenamento jurídico penal vigente. Com o parecer, recurso provido.” (Relator(a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 11/07/2016; Data de registro: 25/07/2016)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – CRIMES AMBIENTAIS – RETRATAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA – NULIDADE NÃO RECONHECIDA – JUSTA CAUSA – CAPITULAÇÃO DAS CONDUTAS DO ACUSADO EM 02 (DOIS) DELITOS – ELEMENTOS INFORMATIVOS SUFICIENTES – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA – MANUTENÇÃO DO RECEBIMENTO – PROVIMENTO. Inocorre nulidade na retratação da decisão que recebe a denúncia, uma vez que inexistente a análise sistemática do ordenamento processual penal permite extrair a possibilidade de nova realização de juízo de admissibilidade da ação penal, após o oferecimento da defesa prévia. Havendo elementos informativos suficientes da prática de 02 (dois) delitos ambientais, deve-se permitir o exercício da persecutio criminis, mormente em se tratando de crime permanente. Não é possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na prescrição virtual, ante sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico vigente no país. Recurso em Sentido Estrito ministerial a que se dá provimento, ante a constatação de justa causa para a persecução penal.” (Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar; Comarca: Nova Andradina; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 10/07/2016; Data de registro: 22/07/2016)

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CRIMES AMBIENTAIS – RECURSO MINISTERIAL – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA APÓS RECEBIMENTO INICIAL E APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA PELO ACUSADO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA – IMPOSSIBILIDADE – PEÇA ACUSATÓRIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PROSSEGUIMENTO DO FEITO – RECURSO PROVIDO. Não pode o juiz, após ter se manifestado sobre a admissibilidade da acusação, com o recebimento da denúncia, simplesmente voltar atrás, e rejeitar a denúncia, sob o argumento de ausência de justa causa, em prejuízo à segurança jurídica, porquanto operada em relação ao magistrado a preclusão pro judicato. Quando na denúncia os fatos tidos como delituosos imputados ao denunciado são devidamente descritos, ou seja, de forma clara e lógica, com a narrativa de todas as circunstâncias relevantes e contendo a peça os demais elementos previstos no art. 41 do CPP, não há falar em sua rejeição, devendo ser determinado o prosseguimento da ação penal, com fulcro no Enunciado n. 709 da Súmula do STF. É inadmissível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, o que enseja a denominada prescrição virtual ou antecipada, não admitida pelo STF e STJ, com reconhecimento, inclusive, de repercussão geral no STF e matéria sumulada no STJ, a teor do enunciado contido na Súmula nº 438. Soma-se a isso, ainda, a ausência de previsão legal para admissão dessa forma de prescrição. (TJMS; RSE 0802363-41.2015.8.12.0017; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 17/06/2016; Pág. 67)

Diante de tais considerações, a prescrição somente deve ser proclamada em função de condenação real e concreta, até porque circunstâncias poderão advir que elevarão a pena, além da previsão do julgador, sob pena de afronta aos princípios da presunção de inocência e da individualização da pena.

Por tais fundamentos, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial, a fim de anular a sentença de f. 273-277, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para os devidos termos.

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. 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 Quadros.

Campo Grande, 24 de maio de 2018.

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000465-18.2014.8.12.0031 - Caarapó
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER – INSURGÊNCIA DO MP – PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA APLICADO NA SENTENÇA – OFENSA À SUMULA 589 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

“É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas” (Súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça).

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, 7 de junho de 2018.

Juiz Waldir Marques – Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr – Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caarapó, que condenou G. I. como incurso na sanção do art. 47 do Código Penal, sem, contudo, impor-lhe a respectiva sanção penal.

Nas razões, aduz, em suma, que o princípio da bagatela imprópria é incabível nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa, de modo que pugna pela reforma da sentença *“a fim de fixar pena ao apelado pela prática da infração penal tipificada no artigo 147 do Código Penal, com a incidência na Lei nº 11.340/06”* (f. 122-132).

As contrarrazões defensivas foram lançadas no sentido de improver o recurso ministerial (f. 141-150).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do apelo (f. 158-160).

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal

O Ministério Público Estadual interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caarapó, que condenou G. I. como incurso na sanção do art. 147 do Código Penal, sem, contudo, impor-lhe a respectiva sanção penal.

Nas razões, aduz, em suma, que o princípio da bagatela imprópria é incabível nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça contra pessoa, de modo que pugna pela reforma da sentença *“a fim de fixar pena ao apelado pela prática da infração penal tipificada no artigo 147 do Código Penal, com a incidência na Lei nº 11.340/06”*.

Passo ao exame do recurso.

A inicial acusatória dita que no *“dia 05 de setembro de 2013, por volta das 00:40 h, na residência localizada à Rua Gabriel de Oliveira, nº 780, na cidade de Juti/MS, o denunciado, consciente da ilicitude de sua conduta e prevalecendo-se das relações domésticas e familiares, ameaçou a sua companheira Edna Alves Ramires, por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave”* (f. 01-02).

Ao realizar o cotejo analítico dos elementos coligidos aos autos durante a instrução processual, assentou a emérita julgadora monocrática que as provas demonstram seguramente a materialidade e autoria do delito de ameaça, conforme segue:

“(...) Ao acusado é imputada a prática do crime de ameaça, com incidência da Lei 11.340/2006.

Materialidade. A materialidade delitiva está provada pelo boletim de ocorrência de f. 05/06.

Autoria. Quanto à autoria, tenho que a conduta do réu é atípica porque não gerou na vítima a intimidação necessária à configuração do ilícito penal.

A vítima disse em juízo que foi ameaçada pelo réu que dizia que iria acabar matando a vítima. Disse que os fatos já se passaram há mais de um ano, que não tem mais contato com o denunciado, que este não mais a incomodou e que desejava não dar continuidade ao processo por não ter raiva do denunciado.

A testemunha Maria Lucila Alves disse que nada sabe a respeito dos fatos, apenas informando que as discussões entre a vítima e o réu eram constantes.

A testemunha Geysianne Marquezolo Santos disse que foi procurada pela genitora da vítima por conta das ameaças de morte que a vítima sofria e que eram feitas pelo denunciado. No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Rosicléia Machado.

Interrogado, o denunciado negou que tivesse ameaçado a vítima de morte, confirmando apenas que a xingou.

Pelo conjunto probatório angariado no decorrer da instrução criminal, tem-se que restou suficientemente comprovada a autoria delitiva, na medida em que as testemunhas foram uníssonas em afirmar que o réu teria ameaçado a vítima e que tal ameaça gerou nela o temor exigido pelo tipo penal, tanto que depois de ser ameaçada deixou a residência do casal para residir com sua genitora. (...). ”

No entanto, deixou de aplicar a pena correspondente ao tipo penal infringido por considerar ser impertinente a intervenção do Estado no caso concreto, especialmente em razão do desinteresse da vítima na condenação do apelado.

A esse respeito, ponderou a nobre magistrada que:

“após detida análise das suas peculiaridades, tenho como certo aplicar o princípio da bagatela imprópria porquanto apesar das ameaças proferidas terem produzido na vítima o temor exigido pelo tipo penal, não trouxe nenhuma outra consequência que demonstrasse maior gravidade, tanto que sua pretensão, se possível, era a de não ver o réu condenado. Em casos tais, aconselhável a aplicação do princípio da bagatela imprópria, que nada mais é do que um desmembramento do princípio da insignificância, já que seu objetivo é o mesmo: deixar de aplicar pena”.

Ocorre que a prática de atos caracterizados como de violência doméstica e/ou familiar contra a mulher legitima a aplicação da correspondente sanção penal, haja vista a demasiada nocividade social e moral da conduta, merecendo, por isso, a devida proteção do ordenamento jurídico.

Ora, o respeito à integridade física e psicológica são preceitos caracterizadores da dignidade da pessoa humana, não sendo possível que sejam tidos por inexpressivos, nem mesmo diante de posterior pacificação do convívio entre o ofensor e a ofendida.

A propósito, o e. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento sobre o tema, consoante enunciado sumular 589, assim redigido: *“é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”*.

No mesmo sentido é a jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PENAL – VIAS DE FATO COMETIDA NO ÂMBITO FAMILIAR CONTRA A MULHER – ARTIGO 21 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41 – RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – REPROVABILIDADE DA CONDUTA EVIDENTE – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Mostra-se incabível a aplicação do princípio da insignificância “ante a excepcional vulnerabilidade da mulher no âmbito das relações domésticas” (RE nº 807.781/SP, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 9/10/15, a ensejar juízo de maior reprovabilidade da conduta praticada pelo agravante, que pôs em risco a integridade física da vítima. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; HC-AgR 141.594; Segunda Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; DJE 27/06/2017)

Portanto, afasto o princípio da bagatela imprópria aplicado na origem e, diante da comprovação da materialidade e autoria delitivas, prossigo com a dosimetria da pena.

A culpabilidade, tida como o grau de reprovabilidade que incide sobre a conduta típica e ilícita, no caso em questão não exorbita ao ordinário; quanto aos antecedentes, nada há que possa ensejar o agravamento da reprimenda basilar (f. 41 e 42-43); a respeito da conduta social e personalidade, não constam dos autos elementos para desaboná-las; os motivos são comuns ao delito; as circunstâncias não desbordam da normalidade; as consequências não excedem ao comum, e; o comportamento da vítima em nada contribuiu para ocorrência do delito. Posto isso, em atenção aos critérios norteadores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 01 mês de detenção.

Presente a agravante da prevalência das relações domésticas, a pena intermediária será alçada ao patamar de 01 mês e 05 dias de detenção.

Inexistindo causas de aumento ou de diminuição a serem sopesadas, fixo a pena definitivamente no quantum acima, ou seja, em 01 (um) mês e 05 (cinco) dias de detenção.

O regime é o inicial aberto, ex vi do art. 33, par. 2º, c, do Código Penal.

A substituição é incabível, tendo em vista que o crime foi praticado com grave ameaça contra pessoa (art. 44, inc. I, do Código Penal).

Por outro lado, infere-se que o apelado é primário, não ostenta circunstância judicial desfavorável e teve sua pena privativa de liberdade quantificada em patamar inferior a 02 anos. Além disso, como acima consignado, a substituição revelou-se incabível.

Atendidos, portanto, todos os requisitos do art. 77 do Código Penal, impõe-se a concessão do sursis a fim de que a execução da reprimenda seja suspensa pelo prazo de 02 anos, mediante aceitação das condições a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal.

Em arremate, consigno não ter ocorrido a prescrição, já que não se observa a fluência do prazo de 03 anos entre o recebimento da denúncia (f. 37 – 14.03.2014) e a publicação da sentença (f. 120 – 18.04.2016), nem mesmo entre aquele marco e os dias atuais.

Vale destacar que a aplicação do princípio da bagatela imprópria não desnatura o ato judicial, que por reunir os requisitos do art. 387 do Código de Processo Penal, continua sendo uma sentença condenatória.

Certo é que o princípio da insignificância (ou da bagatela própria), por estar pautado no postulado da intervenção mínima do Direito Penal, atinge a própria tipicidade material do fato e assim enseja a absolvição do acusado, já que o bem jurídico tutelado sequer chegou a ser atingido pela conduta formalmente típica.

Por outro lado, a bagatela imprópria constitui-se de medida pautada apenas no princípio da (des) necessidade da pena, de modo que o fato nasce e permanece juridicamente relevante, conferindo-se, porém, ao julgador, a possibilidade de efetuar juízo de ponderação no momento da sentença visando aferir se a aplicação da sanção penal, por questões de política criminal, revela-se concretamente pertinente para reeducar e ressocializar o condenado.

Portanto, as situações são absolutamente diversas e não podem ser confundidas, sendo que, no caso dos autos, essa distinção mostra-se relevante para assentar o efeito interruptivo da prescrição (art. 117, inc. IV, do Código Penal) que decorre da sentença prolatada em 1º grau.

Desse modo, como afirmando anteriormente, não se observa a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Conclusão

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso para afastar o princípio da bagatela imprópria, restando, por conseguinte, aplicada ao apelado G. I. a pena de 01 mês e 05 dias de detenção em regime inicial aberto, cuja execução poderá ser suspensa pelo prazo de 02 anos mediante aceitação das condições a serem definidas pelo juízo da execução 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. Juiz Waldir Marques – Em substituição legal.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Jairo Roberto de Quadros e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 07 de junho de 2018.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

NOTICIÁRIO



Juiz ouve por videoconferência vítima que mora na Argentina - 03/04/2018



Na tarde desta segunda-feira (2), o juiz da 1ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, Carlos Alberto Garcete de Almeida, usou dos recursos da tecnologia para ouvir a vítima de um processo de tentativa de homicídio ocorrida na Capital, mas que atualmente reside em Buenos Aires, na Argentina. O crime ocorreu no dia 25 de março de 2015, no Residencial Mário Covas.

C.F.M. prestou seu depoimento por meio de videoconferência. Ele narrou que no dia dos fatos estava caminhando para casa, após ter passado em uma conveniência próxima onde costumava beber, quando avistou o réu próximo da esquina, o qual apontou a arma em sua direção e realizou um disparo sem um motivo aparente para tal.

O tiro atingiu a boca da vítima e o projétil permanece até hoje alojado próximo de sua nuca. Ele conta que, após o ocorrido, sofreu diversas ameaças, razão pela qual atendeu o pedido de sua mãe, que já reside na Argentina, e se mudou para o país vizinho.

Indagado tanto pelo juiz, quanto pela defesa e acusação, ele sustentou que não tinha qualquer desavença com o réu, apenas o conhecia de vista. Ressaltou que, no dia dos fatos, transitava pela rua quando o réu, distante uns cinco metros, anunciou que a vítima iria morrer e efetuou o disparo, fugindo logo após.

A audiência foi realizada com a participação da promotora de justiça Livia Carla Bariani e do defensor público Gustavo Pinheiro. O depoimento foi gravado e será anexado aos autos, nos mesmos moldes que ocorre nas audiências presenciais.

A videoconferência utilizou um site que facilitou a comunicação entre o juiz, defensor e promotora, que estavam na sala de audiência no Fórum de Campo Grande, com a vítima, que estava em sua residência, na Argentina. Hoje, aliás, as facilidades da tecnologia permitem que os depoimentos sejam colhidos até mesmo utilizando um aparelho celular.

Sem grandes formalidades, o primeiro contato com a vítima se deu fazendo uso do aplicativo *Whatsapp*, que prontamente atendeu ao pedido do magistrado para realizar a videoconferência utilizando um site que oferece a plataforma gratuita para realizar a conexão. Assim, mais uma etapa processual se encerra garantindo agilidade em um depoimento internacional de forma eficiente e sem custos para os cofres públicos.

O réu do processo, A.M.N., está foragido.

Processo nº 0016778-1.2015.8.12.0001

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Um quarto dos municípios de MS já investem em Acolhimento Familiar - 03/04/2018



O serviço de Acolhimento Familiar, prescrito pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como prioritário, está em franca expansão em Mato Grosso do Sul. Atualmente, 26% dos municípios do Estado tem o Programa “Família Acolhedora” em andamento ou está em vias de implantação. O serviço é simples mas muito eficaz ao que se propõe, ao mesmo tempo em que estimativas apontam ser, pelo menos, 50% mais econômico do que o modo tradicional de acolhimento.

Por meio do serviço de Acolhimento Familiar as crianças e adolescentes – temporariamente afastados dos pais biológicos por determinação judicial – são colocadas em famílias da própria comunidade. Porém, essas famílias são previamente selecionadas, capacitadas, remuneradas e acompanhadas durante e ao final do acolhimento. O que aquelas crianças encontram nessas famílias é algo que só mesmo uma família pode dar, amor e afeto, algo básico no ambiente familiar, porém fundamental para aquele momento difícil pelo qual está passando o acolhido.

O aumento da opção pelo acolhimento familiar em Mato Grosso do Sul não é algo surgido da noite para o dia e nem decorre apenas da imposição prevista no ECA. Nos últimos anos, o Poder Judiciário do MS tem investido na divulgação desta forma de acolhimento, levando aos gestores municipais e à comunidade em geral que atua com essa temática o conhecimento sobre a existência, as vantagens, o modo de implantação e acompanhamento do Família Acolhedora. Para tanto, basta lembrar que foram realizados há pouco tempo no Estado dois Encontros Internacionais acerca do assunto. Do mesmo modo, em Mato Grosso do Sul, na comarca de Camapuã, está um dos pioneiros serviços do país, com quase 16 anos de acolhimento de crianças exclusivamente em Famílias Acolhedoras.

Recentemente, o município de São Gabriel do Oeste passou a incluir a temática em sua agenda, discutindo o assunto com a comunidade. No último dia 22 de março, foi realizada na Câmara Municipal uma audiência pública para apresentar a proposta para a população. O juiz da comarca de Camapuã, Deni Luis Dalla Riva, esteve presente, auxiliando na compreensão do assunto e debatendo com a população local.

“Constatar que Mato Grosso do Sul tem 26% de seus municípios já executando ou em fase de implantação do serviço de acolhimento familiar é algo que nos deixa extremamente entusiasmados”, explica o juiz.

Segundo ele, já estão com o Acolhimento Familiar em plena execução os municípios de Camapuã, Fátima do Sul, Laguna Carapã, Figueirão, Vicentina, Três Lagoas, Jateí e Alcinópolis. Ao passo que estão em fase de implantação Campo Grande, Dourados, Coxim, Pedro Gomes, Itaporã, Bataguassu, Mundo Novo, Aquidauana, Sidrolândia, Nova Alvorada do Sul, Antônio João, Bandeirantes e São Gabriel do Oeste.

Um ponto importante, segundo o magistrado, é ter em mente que as Famílias Acolhedoras não devem ser tratadas como voluntárias. A colocação de uma nova criança naquele ambiente familiar implica em aumento de custos. Portanto, essas famílias deverão receber um incentivo financeiro compensatório. Mas não deve ser esta, obviamente, a motivação principal. *“A família deve ser tocada primeiro pelo desejo de ajudar, de ser fraterna, de ter compaixão com os necessitados. A questão da remuneração não pode estar à frente destes sentimentos”.*

Estudos apontam que o acolhimento de crianças em ambiente familiar é significativamente mais vantajoso do que o acolhimento em instituições, principalmente nos primeiros anos de vida, havendo um melhor desenvolvimento das relações de afeto e apego, o que repercutirá por toda a vida do indivíduo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Ônibus da Itinerante levará serviços jurídicos a índios de Aquidauana - 05/04/2018



Nos dias 7 e 8 de abril, os indígenas da aldeia Lagoinha em Aquidauana irão receber os serviços do ônibus da Justiça Itinerante. A ação da unidade móvel, inédita em territórios indígenas, integra a parceria do Tribunal de Justiça de MS com o programa do Governo do Estado “Saúde Mais Perto de Você Indígena”. A expectativa é atender pelo menos 200 pessoas, que devem procurar, principalmente, o serviço de conversão de união estável em casamento. A população local também pode procurar outros serviços e os não-indígenas também podem participar.

Com mais de 16 anos de atuação, os ônibus da Justiça Itinerante percorrem bairros de Campo Grande levando serviços jurídicos gratuitos de competência dos Juizados Especiais. Com frequência, o ônibus da Itinerante é solicitado para ir a outras comarcas, como foi o caso das participações durante a Caravana da Saúde. Com o sucesso, veio o convite para participar da ação na aldeia indígena em Aquidauana.

“O Tribunal de Justiça não poderia deixar de estar presente neste trabalho de tamanha relevância social. A ação é uma forma eficiente de levar benefícios, desta vez para a Aldeia Lagoinha, dos índios Terenas de Aquidauana, contribuindo para o exercício da cidadania pelos povos indígenas”, disse o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran.

O juiz Cezar Luiz Miozzo, titular da 8ª Vara do Juizado Especial de Campo Grande, é o responsável pelo serviço da Itinerante. Segundo ele, a ida na aldeia Lagoinha é muito importante e ajudará os indígenas a formalizarem uniões estáveis e resolver outras questões de competência da Itinerante.

“Estaremos neste sábado e domingo com nossa equipe e contando com a colaboração de servidores da comarca de Aquidauana. O juiz local que homologará os acordos firmados”, diz Miozzo, que explicou ainda que para os indígenas realizarem a conversão da união estável em casamento deverão ter o Registro Civil em cartório, não bastando o RANI (Registro Administrativo de Nascimento Indígena).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Simpósio reúne autoridades e acadêmicos para debater Violência de Gênero 05/04/2018



Em três dias de trabalho com palestrantes renomados, os 400 participantes do Simpósio Regional Violência de Gênero discutirão pontos que efetivamente vão marcar o tema em território sul-mato-grossense.

O Simpósio Regional Violência de Gênero, um dos mais abrangentes eventos para discussão de gênero já realizado em Mato Grosso do Sul, é resultado de uma parceria do Tribunal de Justiça de MS, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS e apoio da Escola Judicial (Ejud-MS), com a Universidade Federal de MS (UFMS).

Na solenidade de abertura, a juíza Jacqueline Machado ressaltou e agradeceu a parceria da UFMS na realização do evento, o apoio incondicional do Des. Divoncir Schreiner Maran, presidente do TJMS, os préstimos da Escola Judicial (Ejud-MS), os juízes participantes e os colaboradores da Coordenadoria da Mulher, reconhecendo que sem esses atores o destaque alcançado pelas ações que combatem a violência de gênero não seria possível.

Jacqueline citou ainda o enfrentamento diário a violência contra a mulher, apontou que feminismo não tem a ver com usar batom, salto ou outro tipo de ornamento feminino, mas que ser feminista, nas palavras dela, é lutar pela liberdade de escolha da mulher.

“Para ser feminista não precisa ser ativista, embora respeitemos os antepassados de luta do movimento feminista. Não precisamos concordar com todos os tópicos de movimento, pois cada um constrói seu feminismo. A Lei Maria da Penha, em vigor há 11 anos, foi um avanço significativo no combate à violência contra a mulher e está entre as três melhores legislações no mundo”, destacou ela.

A juíza, que responde pela Coordenadoria da Mulher e pela primeira Vara de Medidas Protetivas do Brasil, citou números alarmantes: a cada duas horas uma mulher é morta, a cada 11 minutos há um estupro no Brasil, Mato Grosso do Sul lidera o ranking de feminicídios, pois em 2017 foram mortas 28 mulheres no Estado e somente nos três primeiros meses desse ano oito vidas femininas foram ceifadas.

“Precisamos falar de gênero, pois falar do assunto é desconstruir os padrões culturais impostos por anos a homens e mulheres. Falar de gênero é lutar contra a naturalização da masculinidade, como sinônimo de dominação e agressividade, e da feminilidade, como sinônimo de submissão e passividade”. Destacando que em pleno século XXI é necessário parar de reproduzir estereótipos e conceitos, Jacqueline citou a filósofa francesa Simone de Beauvoir. *“No dia que for possível à mulher amar-se em sua força e não em sua fraqueza – não para fugir de si mesma, mas para se encontrar; não para renunciar, mas para se afirmar, nesse dia então o amor tornar-se-á para ela, como para o homem, fonte de vida e não de perigo mortal”*.

Representando o presidente do TJMS, o diretor-geral de Escola Judicial (Ejud-MS), Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, destacou a disposição da juíza Jacqueline à frente da Coordenadoria da Mulher, em uma luta diária no combate à violência contra a mulher. *“Só poderemos acabar, aniquilar, eventualmente, brigar com as situações de perigo e de minorias por meio do estudo, da cultura. E é essa cultura que buscamos, pelo TJMS, pela UFMS, propiciar à nossa população”*.

O reitor da UFMS, Marcelo Augusto Santos Turine, apontou que esse simpósio é uma oportunidade de reflexão e discussão de tema tão importante, que é a violência de gênero. *“É com satisfação que a UFMS recebe esse simpósio, um projeto de extensão da faculdade de Direito da UFMS, em parceria com o TJMS”*.

Ele destacou que se avizinha a chegada da rota bioceânica e da ferrovia transamericana que vai conectar MS ao Paraguai, Chile e Argentina, por meio de Porto Murtinho. Lembrou que esse avanço internacional pode elevar os indicadores de violência contra a mulher.

“É preciso prevenir e, nesse contexto, as universidades exercem papel importante de promover o debate sobre o assunto, pois somente por meio da educação podemos combater a violência e construir, em um futuro próximo, um mundo mais justo, respeitoso e solidário. Falar sobre violência, seja ela física, psicológica, verbal, é sempre muito emblemático. Particularmente a violência de gênero, representada pela violência doméstica, é matéria que merece atenção especial. Precisamos sim ter absoluto respeito pelas mulheres”, afirmou Turine.

Durante a solenidade foi feita uma homenagem à professora Ana Maria Gomes, por uma vida dedicada à educação e à ciência.

Entre as autoridades que prestigiaram a abertura do simpósio estavam a Des. Maria Isabel de Matos Rocha, os juízes Liliana de Oliveira Monteiro, Rafael Gustavo Mateucci Cassia, Joseliza Alessandra Vanzela Turine, Jessé Cruciol Jr., Alessandro Leite Pereira e o presidente da Associação de Magistrados de MS (Amamsul), Fernando Chemin Cury.

Estavam presentes ainda a coordenadora do curso de Direito da UFMS, Ynes da Silva Félix, o coordenador da Escola de Conselho, Ângelo Motti, a promotora Luciana Rabelo, a diretora da Casa da Mulher Brasileira, Tai Loschi, a defensora pública Edmeire Silara; além de alunos de vários cursos da UFMS.

Participam do evento 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.

Representando a magistratura e o Poder Judiciário estão 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.

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.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz aposta em boa relação com advocacia e mantém estoque de processos baixo 18/04/2018



A atuação de um magistrado em comarcas do interior, mais especificamente na região de fronteira, tem seus desafios, mas também muitas oportunidades. O juiz Vinicius Pedrosa Santos, da comarca de Bela Vista, está realizando um trabalho que alia gestão processual e diálogo aberto com advogados e demais autoridades locais. Como resultado, a 1ª Vara trabalha com um número reduzido de processos e garante efetividade às demandas da população. Este perfil rendeu-lhe o reconhecimento da advocacia e, também, da Corregedoria-Geral de Justiça.

O magistrado chegou a Bela Vista em agosto de 2014, assumindo a titularidade da 1ª Vara e, com ela, um estoque processual de mais de 8 mil processos. Com muito diálogo com serventuários da justiça e com os operadores do Direito na comarca, o juiz reduziu o acervo para 3.573 processos, aproximadamente, mesmo com uma distribuição anual de mais de 2 mil processos. O juiz também acumulou função na comarca de Jardim, entre abril e novembro de 2017.

Um ponto de destaque, que garantiu o sucesso, é o diálogo aberto com os advogados de Bela Vista. Pelo menos uma vez no semestre o juiz e os advogados que atuam na comarca se reúnem. Nos encontros são passados, pelos advogados, demandas para decisões urgentes, para garantia de direitos dos clientes, além de viabilizar que as sucumbências sejam pagas com rapidez.

“Bela Vista é uma comarca de entrância intermediária, mas por se tratar de um fórum de interior, com duas varas criadas, porém uma instalada, ainda é possível resolver muitas situações, jurídicas ou não, com condutas informais como conversas, orientações sem necessitar de carga dos autos”, explica Pedrosa.

O juiz também se vale do uso de métodos autocompositivos para acelerar a prestação jurisdicional. Recentemente realizou um mutirão fiscal de processos da comarca de Caracol, quando da passagem da Carreta da Justiça, algo que já utilizou em outras comarcas que passou, o que segundo ele contribui para diminuir os processos no gabinete.

“Embora ainda não tenhamos implantado o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) na comarca de Bela Vista, temos designado audiência de conciliação ou de mediação se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, como prescreve o art. 334 do CPC, salvo as exceções”, diz o juiz, garantindo que iniciativas como estas ajudam, sobremaneira, a não acumular demandas que, em tese, não são resolvidas rapidamente.

Com quase uma década na magistratura, o juiz já atuou nas comarcas de Nioaque e de Corumbá. Antes, Vinicius Pedrosa foi servidor efetivo e assessor no Judiciário catarinense. Além disso, o magistrado é tutor da Escola Nacional de Formação de Magistrados (Enfam) e professor da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (Esmagis). Tudo isto trouxe experiência e *know-how* para o juiz trazer seu modo próprio de trabalho para o Judiciário sul-mato-grossense, acelerando a prestação jurisdicional, o que lhe rendeu o reconhecimento de profissionais e de instituições.

Durante a inspeção judicial, realizada em novembro de 2017, pelos juízes auxiliares da CGJ, Fernando Paes de Campos e Fábio Possik Salamene, foi reconhecida a atuação de Vinicius Pedrosa Santos em Bela Vista. Segundo o Relatório de Inspeção Judicial, assinado pelo Corregedor-Geral de Justiça, Des. Romero Osme Dias Lopes, *“Verifica-se redução expressiva do acervo, especialmente após a última correição, ocorrida em abril de 2016, sendo que naquela ocasião, contava a unidade com 5.013 processos, e, atualmente, o acervo é de 3.687 (20/11/2017), especialmente considerando que o magistrado respondeu pela 2ª Vara de Jardim, por designação, no período de 10/04 a 26/11/2017”.*

Ainda segundo o relatório da CGJ, *“a preocupação do magistrado na gestão dos processos sob a sua competência e a pontualidade possível na outorga da prestação jurisdicional são fatos dignos de anotação em ficha funcional”.*

Conforme a Corregedoria, tratando-se de critério de efetiva distinção, considera-se importante o reconhecimento expresso do empenho dos magistrados e dos bons resultados por estes alcançados, inclusive a fim de estimular as boas práticas desenvolvidas pelos juízes e servidores, não desprezando existirem situações em que, especialmente dadas as dificuldades estruturais e o excesso de demanda, os resultados, notadamente os estatísticos, não se revelem com facilidade.

Comenda da advocacia – Além do reconhecimento do Tribunal de Justiça de MS, o juiz Vinicius Pedrosa Santos foi laureado pela OAB (Seccional de Mato Grosso do Sul) com uma *“Moção de Congratulação”*, aprovada em 14 de dezembro de 2014, *“pelos relevantes serviços prestados à população sul-mato-grossense, decorrentes do exercício de sua função, em especial na Comarca de Bela Vista”.*

Segundo o presidente da subseção da OAB-MS de Bela Vista, Jorge de Souza Mareco, o magistrado trouxe um diferencial para a comarca que não há em outras no Estado. Para ele, o trato com os operadores do Direito e o afinho no trabalho traduziram-se em eficiência para advogados e para jurisdicionados.

“Aqui não temos processos acumulados e não temos advogados desesperados para obterem uma decisão urgente. Algo que nunca vi em outras comarcas”, disse Mareco, que também explicou que o juiz congrega a classe, a cada dois meses, ouvindo a classe sobre suas necessidades que podem ser prontamente solucionadas.

Já o magistrado diz que não mediu esforços para ter uma boa relação de trabalho com os advogados, promotores, defensores e demais autoridades, apesar das divergências que podem haver entre instituições, todas foram resolvidas. Para ele, grande parcela da melhoria da prestação jurisdicional na comarca de Bela Vista deveu-se pela intensa participação proativa desses *“atores da justiça”.*

“Desde agosto de 2014 ao período atual os Drs. Alexandre Estuqui (antigo promotor), William Marra (atual promotor), Yuri Magalhães Lopes (defensor) e também os advogados de Bela Vista não medem esforços para resolver tudo o que for possível na audiência, com debates orais e prolação de sentença, se possível”, diz Vinicius Pedrosa.

Fronteira – Além de Bela Vista, Pedrosa já atuou na comarca de Corumbá, as duas fazem fronteira com o Paraguai e Bolívia, respectivamente. E, ao contrário do estereótipo de *“Far West ou Terra sem Lei”*, o magistrado tem uma visão muito otimista das dinâmicas e trocas culturais entre os povos e suas histórias, que estão em constante transformação.

“Não podemos ter o costume de reproduzir falas insipientes de que a fronteira é um desmando, é perigosa e serve de prática de ilícitos sem freios. Trata-se de inverdade, pois essa região tem um grau de tensão muito baixo e é composta de um povo trabalhador e honrado, com hábitos cada vez mais integrados aos nossos”, diz.

Ainda segundo o juiz, o índice de presos estrangeiros em Bela Vista é baixíssimo, apesar da falta de fiscalização permanente na divisa do Brasil e do Paraguai, a tornar um corredor de vários ilícitos, mas o reflexo não é sentido em Bela Vista, senão nos grandes centros e onde há efetiva atuação das autoridades.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Novos juízes auxiliares tomam posse na Capital - 20/04/2018



No final da tarde desta quinta-feira (19) dois novos magistrados tomaram posse como juízes auxiliares da comarca de Campo Grande. Vinda de Cassilândia, a juíza Luciane Buriasco Isquendo assume a 3ª Vara do Juizado Especial e o juiz José Henrique Kaster Franco - de Nova Andradina, passa a responder pela 11ª Vara do Juizado Especial.

A posse foi realizada no plenário menor do Tribunal do Júri da Capital e foi prestigiada por juízes, desembargadores, servidores e familiares dos empossados. O vice-presidente do Tribunal de Justiça, Des. Julizar Barbosa Trindade, representou a presidência do TJMS no evento e, além dele, acompanharam a solenidade os desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence e Sérgio Fernandes Martins.

A sessão teve início com a fala do juiz diretor do Foro de Campo Grande, Ariovaldo Nantes Correa, que deu boas-vindas aos empossandos, lembrando que o resgate de eventos de posse de novos juízes que chegam à Capital vem ao encontro do compromisso assumido pelo presidente do TJMS, Des. Divoncir Schereiner Maran, na busca de valorizar as pessoas em sua gestão.

A juíza Mariel Cavalin dos Santos falou em nome dos juízes da Capital. Recepcionando os colegas, ela frisou em seu discurso que *“no exercício da atividade jurisdicional, por onde passaram no interior do estado, ambos revelaram excepcionais virtudes e granjearam a admiração e a estima de muitos operadores do direito e serventuários da justiça”*.

Tanto Luciane quanto Kaster Franco tomaram posse como juízes substitutos do Tribunal de Justiça no dia 29 de maio de 2002. A juíza foi promovida pelo critério antiguidade, já o magistrado por merecimento.

Discursando em nome dos dois, a juíza Luciane lembrou que ambos assumiram o concurso ainda jovens, com 26 e 27 anos, respectivamente. *“Ingressávamos numa carreira que exige saber estar sob pressão e muita renúncia, sobretudo. Passamos por pressões e nos mantivemos firme. A renúncia era da vida privada. No interior, além das poucas opções de lazer, o juiz não consegue deixar a toga no gabinete. Sem que perceba de início ela lhe acompanha na padaria, escola dos filhos, parquinho da praça”*.

A magistrada discorreu sobre o amadurecimento que ambos tiveram com o passar dos anos julgando. Além de constituírem família, ela também citou a carreira acadêmica conquistada por Kaster Franco, com mestrado, doutorado, livros publicados e proferindo palestras até fora do país.

Mencionou também um pouco sua própria empreitada, lembrando que aliada a magistratura, a juíza se aventurou pelo jornalismo e agora está na coordenação dos cursos de Direito e Cinema da Escola Nacional da Magistratura.

Relembrando as comarcas por onde atuou, enaltecendo algumas peculiaridades do colega de profissão, Luciane encerrou sua fala com um agradecimento especial aos familiares de ambos *“Afinal, vocês seguirão sem dúvida com o maior esforço: aquele de se solidarizar com a nossa dor e também por vezes ser quem nos fala o que ninguém mais tem coragem de dizer”*.

A solenidade, que marca o início de uma nova fase na carreira destes juízes, foi também prestigiada pelo presidente da Associação dos Magistrados de MS (Amamsul), Fernando Cury, além de representantes do Ministério Público Estadual, Defensoria Pública e da OAB/MS.

Saiba mais – Luciane Buriasco Isquardo é natural de Ponta Porã e iniciou a carreira na comarca de Bonito. Foi promovida para a comarca de Chapadão do Sul e removida para Cassilândia, onde permaneceu até a promoção para Campo Grande.

José Henrique Kaster Franco é natural de Pelotas e iniciou a carreira na comarca de Rio Verde de MT, tendo sido promovido para Ponta Porã e depois removido para Nova Andradina, onde permaneceu até a promoção para a Capital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa.forum@tjms.jus.br

Seminário discutiu criminalidade na fronteira - 20/04/2018



Nestas quinta e sexta-feira, dias 19 e 20 de abril, o auditório da Justiça Federal de MS sediou o Seminário sobre Crimes de Fronteira e o Combate à Lavagem de Dinheiro, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Direcionado para magistrados, membros do Ministério Público, procuradores, defensores públicos, advogados, servidores, estudantes, pessoas e entidades com interesse na matéria, o evento objetivou a discussão dos aspectos penais e processuais sobre a migração, crime organizado, crimes de tráfico de drogas e o combate à lavagem de dinheiro, em especial, quando ocorridos nas fronteiras do território brasileiro.

Na solenidade de abertura estavam presentes o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, representando o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran; a Desa. Maria Isabel de Matos Rocha; o ministro Raul Araújo, Corregedor-Geral e Diretor do Centro de Estudos Judiciários do CJF; a Desa. Therezinha Cazerta, presidente do TRF da 3ª Região; o Des. José Marcos Lunardelli, diretor da Escola da 3ª Região; o juiz federal Ricardo Damasceno, diretor do Foro da Seção Judiciária de MS; o governador Reinaldo Azambuja, entre outras autoridades.

A conferência de abertura foi responsabilidade do ministro Gilson Dipp, do Superior Tribunal de Justiça, e entre os palestrantes que abordaram o tema Tráfico de Drogas estava o juiz José Henrique Kaster Franco, juiz auxiliar da Capital.

Kaster Franco afirmou que o seminário trouxe a MS ministros do STJ e especialistas do Brasil inteiro para discutir soluções e alternativas para enfrentar um problema muito sério, que é o elevado índice de criminalidade no Estado, principalmente por ser uma zona de fronteira e corredor por onde entram as drogas no Brasil.

“É sempre bom unir esforços para que se encontre soluções que sejam úteis e que possam diminuir, ainda que um pouco, o flagelo que vivemos não apenas em Mato Grosso do Sul, mas também no resto do país”.

O juiz lembrou ainda que nos dias atuais é muito difícil fazer frente à criminalidade, em razão dos armamentos sofisticados e do alto nível de organização dos bandidos. Ele defende a importância de se investir nas polícias no controle de fronteiras, na inteligência nos órgãos de polícia, além de ter a colaboração de outros órgãos e estados.

“Por exemplo, sabemos que do Paraguai vem grande quantidade de drogas. Se eles destruíssem as drogas lá, e é possível que se faça isso, diminuiria muito o problema de entrada de drogas no Brasil e o índice elevado de lotação dos presídios. Esse ano houve menos recursos para se fazer isso no Paraguai, porque há uma espécie de convênio com o Brasil, para que eles destruam essa droga antes que chegue em território brasileiro”, explicou.

José Henrique aponta que, em vez de se fazer trabalho de formiguinha, de pegar um, de pegar outro, é melhor que se faça o combate na origem. *“Precisamos de colaboração internacional, da União e dos órgãos internos para que as polícias Federal, estadual, PRF se unam em um objetivo de inteligência, permitindo que se Ecombata efetivamente o crime aqui no estado e no Brasil – afinal, as armas e drogas que saem daqui, contribuíram para se chegar no estágio que se vê hoje, por exemplo, no Rio de Janeiro, onde se instalou o caos da falta de segurança”.*

Programação – Durante o seminário falou também sobre Tráfico de Drogas Edgar Paulo Marcon, delegado aposentado da Polícia Federal. O desembargador federal Abel Gomes encerrou os trabalhos do período matutino com os “Aspectos da colaboração premiada”. O desembargador federal José Marcos Lunardelli presidiu os trabalhos da manhã.

No período vespertino, as palestras versaram sobre Aspectos Penais e Processuais Penais da Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), com André Zaca Furquim, diretor do Departamento de Migrações da Secretaria Nacional de Justiça, e o professor José Paulo Baltazar Jr. O juiz federal do Ceará, Danilo Fontenele, abordou o tema Crime organizado – modalidades, combate e esperança. As palestras foram presididas pelo desembargador federal Fernando Quadros.

A conferência de encerramento foi do ministro Joel Ilan Paciornik, do Superior Tribunal de Justiça, que tratou sobre *“A criminalidade organizada e a criação de normas penais pela via dos tratados internacionais”*.

A coordenação do seminário foi do ministro Raul Araújo, Corregedor-Geral e Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, e pela coordenação científica responderam os juízes federais Ronaldo José da Silva, Bruno Cunha Teixeira e Bruno Leonardo da Câmara Carrá.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Escola reformada por presos beneficia comunidade e incentiva alunos ao estudo 26/04/2018



O Tribunal de Justiça de MS inaugurou na manhã desta quinta-feira (26) a reforma da Escola Estadual Aracy Eudociak, nona instituição de ensino contemplada pelo programa Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade. Com a conclusão desta obra, o programa proporcionou mais de R\$ 6 milhões de economia para os cofres públicos; atendeu diretamente 7.134 alunos; capacitou dezenas de presos e transformou comunidades de Campo Grande para sempre.

A obra foi entregue à comunidade pelo juiz idealizador do programa, Albino Coimbra Neto, juntamente com a diretora da instituição Gisele Maria Bacanelli, do diretor da Presídio da Gameleira, Adiel Rodrigues Barbosa, entre outras autoridades como os deputados estaduais Prof. Rinaldo e Pedro Kemp, que garantiram destinação de verbas para a compra de ar condicionado para as salas de aula e sistema de videomonitoramento, respectivamente.

Falando do programa, o juiz Albino Coimbra Neto destacou que a reforma da 9ª instituição *“representa 10 % das escolas públicas estaduais de Campo Grande. Não imaginávamos chegar nesse patamar, isso é fruto do envolvimento dos diretores, do trabalho sério e correto dos presos, dos alunos que por onde essas reformas passaram mudaram seu comportamento em relação ao cuidado com a escola”*, enfatizou.

A unidade ficou quase 20 anos sem reforma e agora, além da revitalização completa de toda a estrutura já existente, foram criados novos espaços: uma biblioteca e sala dos professores. Mas a grande transformação está na comunidade beneficiada diretamente, cujo ambiente de trabalho e estudo hoje está repleto de motivação. Enquanto isso, ganham também os presos que tem a oportunidade de trabalhar, de aprender uma profissão nova e de mostrar para a sociedade que podem seguir um novo caminho.

“O programa foi pensado para contribuir de alguma maneira para que o nosso país seja um pouco menos desigual, e nada melhor do que fazer isso através das escolas públicas, porque é onde se dá ‘a largada’ para a vida, e sem conhecimento não vamos muito longe”, destacou o juiz Albino Coimbra Neto.

A diretora frisou ainda os desdobramentos da obra, pois, graças à troca da fiação e parte elétrica que foi executado no projeto, agora a escola tem a capacidade de receber a instalação de ar condicionado nas salas de aula, um conforto a mais para os alunos que deve chegar em breve.

A recém-criada biblioteca rendeu uma justa homenagem ao ex-diretor da Gameleira, Tarley Cândido Barbosa, que hoje dá nome ao novo espaço. Emocionado, ele agradeceu a homenagem, mesmo surpreso, pois nunca imaginava que um agente penitenciário pudesse dar nome a uma biblioteca.

Mas trata-se de uma merecida homenagem, como fez questão de enaltecer o juiz Albino Coimbra Neto, lembrando aos presentes que o Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade surgiu da parceria inicial do juiz com Tarley, o então diretor da Gameleira, e restou ao agente penitenciário executar o programa, reunindo dentro do presídio uma equipe, muitos sem capacitação, para tocar a reforma de uma instituição de ensino.

“Iniciamos o sonho juntos, e o começo é sempre muito difícil e, aos que não tem familiaridade com o sistema prisional, não imaginam a dificuldade que é colocar esses presos que aqui estiveram para trabalhar: há uma série de barreiras e preconceitos que precisaram ser transpostos”, finalizou o juiz.

Sobre o programa – O diferencial desta iniciativa inédita no país, idealizada pelo juiz Albino Coimbra Neto, é que os próprios presos trabalham na obra e todos os custos com materiais são pagos como parte do salário do preso e de outros que estão empregados em órgãos públicos, parques e indústrias da cidade. Isto só é possível por conta da regulamentação da Portaria 001/2014 da 2ª VEP da Capital, que normatizou o trabalho dos apenados, dentro e fora do presídio, instituindo o desconto de 10% de suas remunerações, que é depositado em uma conta judicial e utilizado para fazer frente a despesas do preso no presídio e, também, fomentar o trabalho prisional, tal como o programa. A normatização está prevista na Lei de Execução Penal, no art. 29 § 1º, “d”.

No final de cada semestre uma escola é reformada, contemplando duas por ano. Em meados do mês de novembro do ano passado, os presos deram início aos trabalhos de revitalização da nona unidade de ensino. Repaginaram a escola, repararam as instalações elétricas e hidráulicas, banheiros, pisos, bebedouros, montaram forro em todas as salas de aula, readaptaram a cozinha, construíram uma biblioteca nova, sala dos professores, estacionamento e repararam a quadra de esportes.

Durante a obra, os detentos são capacitados pelo Senai com um curso de pintor de obras imobiliárias e no final são certificados como profissionais para a inclusão no mercado de trabalho.

Os detentos são selecionados e contratados pelo Conselho da Comunidade de Campo Grande, órgão fundamental para que o programa funcione e seja um sucesso. O transporte, do presídio até o canteiro de obras, além do salário, são custeados pela Secretaria de Estado de Educação.

O Poder Judiciário realiza as parcerias, fiscaliza e mantém o diálogo institucional, para que o programa realize as reformas. Os detentos que trabalham no programa são do Centro Penal Agroindustrial da Gameleira, que por meio de parceria entre o TJMS, a Secretaria Estadual de Educação e a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), com a participação do Conselho da Comunidade, realizam as reformas. Na Escola Aracy Eudociak, 25 detentos do regime semiaberto prestaram os serviços.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

5ª Enastic.JE discute o uso da tecnologia no Judiciário - 27/04/2018



Terminou nesta sexta-feira (27) o 5ª Encontro Nacional de Tecnologia da Informação da Justiça Estadual (Enastic.JE). O evento trouxe à Campo Grande grandes especialistas na área de informática e inovação para debater com magistrados, diretores de secretarias TI, servidores e convidados, o uso da tecnologia no Poder judiciário.

O 5ª Enastic.JE foi uma realização do Tribunal de Justiça de MS, por meio da Secretaria de Tecnologia da Informação e da Escola Judicial (Ejud-MS). Todo o encontro foi realizado no Novotel. A abertura oficial do evento foi na manhã da quarta-feira (25), com a participação do Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, que representou o presidente do TJMS, Des Divoncir Schreiner Maran.

Em sua fala, o magistrado - que é o presidente do Comitê de Governança de Tecnologia do Judiciário Estadual, louvou a iniciativa dizendo que o TJMS está alinhado com a evolução tecnológica e implementando conceitos no judiciário sul-mato-grossense.

O evento foi dividido em painéis, palestras e debates e trouxe também stands de empresas consolidadas do ramo da informática, além de startups com ideias criativas para problemas do Direito.

Durante o pitch de Legaltecs, três startups apresentaram inovações para serviços judiciários, com autocomposição, serviço notariais entre outros. Também foram debatidos o uso da inteligência artificial e a criação de blockchains, tecnologia muito usada atualmente como base das criptomoedas, que pode fazer parte da justiça.

No 5ª Enastic.JE também foram debatidas parcerias com as universidades para troca de experiências e de conteúdos, além de oportunidades e soluções para o judiciário, o futuro do judiciário e o impacto da tecnologia.

Este painel teve como debatedores o Des. Wilson Benevides, presidente do comitê tecnologia do TJMG; Fábio Porto, juiz auxiliar presidência do TJRJ; Sergio Tejada Garcia, juiz do TRF da 4ª Região; Vitor Luis de Oliveira Guibo, do TJMS, e Ademir Milton Piccoli, moderador neste painel.

Além de temas de TI, o evento trouxe palestras como a de Teddy Corrêa, vocalista da banda Nenhum de Nós, com o workshop Soluções Criativas. No final, o coach e autor de livros, Gabriel Carneiro Costa, fez a palestra Não me Iluda! O futuro depende de quem faz.

Esta foi a primeira vez que o Enastic.JE foi realizado em um estado do Centro-Oeste brasileiro. O primeiro foi realizado em 2014, no Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), quando se tornou um dos principais fóruns de discussões da justiça brasileira para debater a utilização da informática e suas inovações como ferramenta de modernização dos Tribunais brasileiros, diminuindo custos e a burocracia para entregar uma prestação jurisdicional efetiva e de qualidade para a sociedade.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CNJ finaliza inspeção e destaca qualidade de trabalho do TJMS dentre as melhores do país - 27/04/2018



Após uma semana de trabalhos, foi encerrada na manhã desta sexta-feira (27) a inspeção ordinária do Conselho Nacional de Justiça no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. No encerramento, o Des. Carlos Vieira von Adamek, do TJSP e auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça, destacou o Tribunal de Justiça de MS como um dos melhores tribunais do país em qualidade de trabalho.

“O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, dentre os 19 que já inspecionamos, eu diria que está pelo menos dentre os 5 primeiros tribunais em termos de qualidade de trabalho e, o mais importante, em vontade de trabalhar”, ressaltou o Des. Carlos Vieira von Adamek, que liderou a equipe do CNJ durante a inspeção.

Para o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, é importante esta avaliação periódica por parte da Corregedoria do CNJ para que se atinja cada vez melhores resultados no atendimento à população. “Gostaria de expressar meu regozijo e de todos nós do Tribunal, pois este reconhecimento ao Judiciário de Mato Grosso do Sul é fator de motivação para cada vez mais aprimorarmos nossos trabalhos e alcançarmos a pronta prestação jurisdicional, nos serviços prestados ao povo, que é o destinatário final dos nossos trabalhos. Estamos sempre fazendo tudo que está ao nosso alcance para cumprir as metas do CNJ e, dentro das dificuldades, temos conseguido atingir nossos objetivos, muito pela qualidade da nossa equipe de trabalho, tanto de magistrados como de servidores, que realmente veste a camisa”, concluiu o presidente do TJMS.

As observações do Des. Carlos Vieira von Adamek foram feitas durante a reunião de encerramento, que contou com a presença do Vice-Presidente do TJ, Des. Julizar Barbosa Trindade, do Corregedor-Geral de Justiça adjunto, Des. Vilson Bertelli, do supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, de juízes auxiliares, diretores das Secretarias do Tribunal de Justiça e da equipe de inspeção do CNJ.

A inspeção de 2018 foi instaurada por meio da Portaria nº 16, da Corregedoria Nacional de Justiça, publicada no Diário da Justiça de 2 de abril. A Corregedoria Nacional tem a atribuição de realizar inspeções/correções em todos os tribunais do país para apurar fatos relacionados ao funcionamento dos serviços judiciais e auxiliares, além de zelar pelo aprimoramento dos serviços judiciários, fiscalizando as diversas unidades do Poder Judiciário e os serviços por ele fiscalizados.

O Corregedor Nacional de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, delegou os trabalhos de inspeção ao Des. Carlos Vieira von Adamek; além de magistrados e servidores designados pelo CNJ. Anteriormente, a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça realizou inspeções ordinárias no Poder Judiciário de MS nos anos de 2010 e 2014.



TJMS tem serviço de conciliação e mediação em 11 locais no Estado

07/05/2018



Pensando em facilitar e ajudar as partes de um conflito a chegarem a um acordo bom para ambos, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul realiza sessões de conciliação e mediação para a população. No Estado existem 11 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os Cejuscs, onde as pessoas podem pedir uma audiência pré-processual, ou seja, sem a abertura de um processo judicial. O resultado será homologado por um juiz estadual e terá validade e força jurídica. Todas as informações estão no portal do TJMS - www.tjms.jus.br/conciliacao.

Diversos conflitos entre pessoas e também com empresas podem ir para uma conciliação ou mediação. Basta os dois lados estarem dispostos a passarem por uma audiência com conciliadores ou mediadores, que são profissionais capacitados pelo Poder Judiciário. Como resultado, as duas partes saem ganhando.

O serviço é promovido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio de seu Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), que tem como coordenadores os desembargadores Vladimir Abreu da Silva (Conciliação) e Ruy Celso Barbosa Florence (Mediação).

Não é preciso saber a diferença entre uma Conciliação e uma Mediação. Basta ter boa vontade de ouvir a outra parte, colocar seu ponto de vista e chegar a um acordo. Os dois métodos de resolução de conflitos podem ser usados para quase todos os casos. Conflitos de família, como guarda de filhos e alimentos. Também podem ser usados para conflitos entre vizinhos, entre consumidores e empresas e até para resolver um inventário. Existem exemplos na Justiça de MS de processos em que os inventariantes brigavam há mais de uma década, sem solução, e o processo chegou ao final com uma conciliação entre as pessoas. Todos saíram ganhando.

Locais – Em Campo Grande são seis Cejuscs e no interior outros cinco que funcionam nas comarcas de Dourados, Corumbá, Três Lagoas, Ponta Porã e Naviraí. Os endereços e telefones de contato estão no site do TJMS.

Conciliar ou Mediar – A conciliação e a mediação são procedimentos consensuais que visam a solução e transformação de um conflito com a aplicação de técnicas específicas no intuito de retomar o diálogo entre as partes na busca de possível acordo e, principalmente, na pacificação social.

Ambos procedimentos são realizados por conciliadores e mediadores imparciais, facilitadores da comunicação, devidamente capacitados e cadastrados junto ao Nupemec.

A diferença nos procedimentos é que, enquanto a conciliação visa conflitos onde não haja relacionamento anterior entre as partes, a mediação visa solucionar os conflitos onde o relacionamento entre as partes se perpetuará no tempo, como nos casos de família.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS conclui BNMP antes do prazo e ganha destaque do CNJ - 15/05/2018



O Tribunal de Justiça de MS concluiu na última quinta-feira (10) o cadastro da população carcerária do Estado no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), sistema desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mato Grosso do Sul foi a nona unidade da federação a finalizar o cadastro, integrando os 9% de Tribunais brasileiros que estão no Banco. Com isto, a Corte sul-mato-grossense ganhou destaque no Portal do CNJ.

O BNMP é um banco de dados construído a partir das informações dos presos disponíveis à Justiça. Com isto foi possível saber que, em MS, 19.151 pessoas estão presas, entre provisórios e definitivos. Conforme a reportagem, quando todos os tribunais estiverem alimentando o sistema (maio/junho), o BNMP centralizará informações de toda a população carcerária em um painel de informações inédito na área.

A ferramenta possibilitará que a justiça tenha acesso a informações como nome, apelidos, características físicas (sinais de nascença, tatuagens), filiação a facção criminosa, que estão concentradas no Registro Judicial Individual (RJI) da pessoa presa, assim como os dados relacionados à condenação (duração das penas, crimes cometidos) e ao cumprimento da pena (faltas disciplinares cometidas na prisão, por exemplo).

Em Mato Grosso do Sul, o trabalho de cadastramento começou em 19 de março último, com uma equipe de 20 servidores do TJMS, que trabalhavam fora do horário normal de expediente, como conta o juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, coordenador da força-tarefa.

Um reforço acrescentou 20 servidores à equipe e o trabalho de cadastramento adentrou os finais de semana de abril para cumprir a meta acordada entre o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maranhão, e a presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Cármen Lúcia: integrar o TJMS ao BNMP até 30 de maio. “Conseguimos terminar 20 dias antes do previsto”, afirma Cavassa.

Ainda de acordo com o magistrado, o cadastro com informações completas sobre cada preso vai ajudar a evitar injustiças.

Prisões estendidas além do tempo previsto na sentença, por exemplo, deixarão de ser inevitáveis na rotina da justiça criminal, pois todo documento processual relacionado ao preso será produzido dentro da plataforma digital disponibilizada aos magistrados e servidores da Justiça criminal, mediante cadastro funcional específico que controlará o acesso ao sistema.

“Agora temos todo o histórico do preso (na tela do computador), com o tempo total de pena a ser cumprido, datas das progressões de pena, etc. Antes do BNMP, não havia concentração dessas informações sobre movimentação processual. Como contávamos muitas vezes com informações atrasadas sobre o andamento do processo e das condenações, podíamos incorrer em injustiças por essa deficiência. A libertação de um preso que acabou de cumprir sua pena não deixará de ocorrer porque o cartório da Vara de Execução Penal não tem acesso até agora a um alvará de soltura concedido”, afirmou o juiz auxiliar da Presidência do TJMS.

Dados – De acordo com os números disponíveis no Mapa de Implantação, a maioria dos presos no estado de Mato Grosso do Sul – 17,6 mil pessoas – já foi condenada. Dos presos que já foram condenados, 8.275 cumprem execução definitiva (com sentença transitada em julgado) e 9.413, execução provisória, pois ainda recorrem enquanto privados de liberdade. Há apenas 1.459 presos provisórios sob custódia, mas ainda sem ter passado por julgamento. A exemplo do restante do Brasil, a maioria absoluta da massa carcerária no MS é composta por homens (17.638 dos 19,1 mil presos).

Os Tribunais de Justiça já cadastraram em todo o País 272,2 mil presos até a última sexta-feira (11) – 113 mil provisórios e 158 mil, condenados.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário inaugura nova ala para idosos construída com dinheiro de penas
18/05/2018



Foi inaugurada na manhã desta sexta-feira (18) a construção do novo bloco de 10 apartamentos para abrigar 20 idosos do Lar do Idoso – Sirpha. A obra foi custeada com o dinheiro de penas dos mais diversos crimes, valores estes arrecadados pela Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande. No total, a instituição recebeu R\$ 262.598,65. O recurso foi tão bem aplicado que tiveram uma economia de R\$ 30.000,00, valor destinado à aquisição de placas de energia solar.

A Sirpha, que abriga hoje 80 idosos, foi criada inicialmente para servir como uma colônia de isolamento dos hansenianos, num período em que a doença era considerada contagiosa e os indivíduos que a possuíam eram segregados da sociedade. A grande maioria desse público já falecida foi dando lugar a idosos carentes que começaram a ser abrigados no lar. Todavia, o antigo bloco que antes abrigava uma parcela deles estava em condições insalubres e, com o recurso da CEPA, foi possível construir um local digno e de acordo com as exigências da Vigilância Sanitária, que exigiu a destruição do antigo prédio.

O novo pavilhão de quartos surgiu ao lado. Cada quarto possui um banheiro privativo, duas camas, guarda-roupas, uma tv de tela de LCD e a porta dá acesso à varanda que cobre de fora a fora a construção. Ao todo, são dois blocos, que totalizam 10 novos apartamentos. O novo jardim em volta e cadeiras de fio na varanda tornam o lugar muito agradável.

E foi um olhar humano que permeou os discursos ao longo da solenidade de inauguração do espaço, que contou com a presença do juiz titular da vara, Albino Coimbra Neto, que atualmente responde como juiz auxiliar da Vice-Presidência do TJMS. Além do magistrado, o prefeito de Campo Grande, Marquinhos Trad, esteve presente e inaugurou o novo centro de convivência, construído com recursos do Fundo Municipal do Idoso.

A fala inicial foi do presidente do Sirpha, Mauri da Costa Lima, o qual frisou que o intuito da instituição é “ser um lar acolhedor para quem já está no fim da vida. Aqui os recebemos e não queremos saber do passado deles, não estamos aqui para julgá-los e sim agradecer a eles a oportunidade de podermos ajudá-los e, na verdade, eles que nos ajudam”.

Em seu pronunciamento, o juiz Albino parabenizou a todos que trabalham na entidade e proporcionam um ambiente acolhedor a quem necessita dos cuidados oferecidos pela Sirpha. O magistrado explicou que o recurso destinado à construção do novo espaço é proveniente de algo ruim, de quem cometeu os mais variados crimes e é transformado em algo bom graças a ação de entidades como a Sirpha. “Não é dinheiro de imposto, é dinheiro de pena que é utilizado aqui por vocês que estão construindo uma sociedade humana mais justa. É um lugar que fazemos questão de vir porque transforma a nós mesmos: quando testemunhamos a história de vida dessas pessoas percebemos que somos privilegiados e por isso temos a obrigação moral de ajudar vocês que desenvolvem um trabalho com uma relação tão amorosa e humana por quem está aqui”.

Entretida pintando de lápis de cor uma figura no papel sulfite no recém-inaugurado centro de convivência, Olga de Sá Soares, de 76 anos, conta que ganhou sua desejada autonomia de ir e vir dentro da instituição. Dependente de cadeira de rodas, ela relata que morava num quarto que não possuía acessibilidade e necessitava sempre chamar alguém, tanto para adentrar quanto para sair de seu dormitório por conta de uma rampa que não conseguia vencer sozinha. Transferida para a nova ala de apartamentos, agora tudo mudou: “aqui vou sozinha, porque é ruim você ter que depender das pessoas para tudo, pelo menos nesse ponto eu posso ir e vir quando eu quero agora”.

Para ser beneficiada pelos recursos da Cepa, a instituição precisa apresentar um projeto detalhado do que será feito com a doação, sobretudo ações que irão gerar relevante impacto social para a entidade. Como contrapartida, a instituição deve receber os cumpridores de penas de prestação de serviços à comunidade. Atualmente a Sirpha possui 18 sentenciados em seu quadro prestando serviço, e outros três que já cumpriram sua pena foram admitidos e se tornaram funcionários com carteira assinada.

A SIRPHA – Lar do Idoso é uma entidade sem fins lucrativos e não governamental instituída formalmente em 1976. Atualmente está classificada como Instituto de Longa Permanência para Idosos (ILPI), que presta serviços de alta complexidade, atendendo idosos com dependência de cuidados para a vida diária. O objetivo principal é promover a qualidade de vida do idoso como um todo, com a proposta de assisti-lo integralmente, 24 horas por dia.

Em média, um idoso sem limitações motoras representa um custo de R\$ 4 mil ao mês para a entidade. Já para os que dependem de cadeira de rodas o valor sobe para R\$ 6 mil e os idosos que encontram-se acamados geram um custo mensal de cerca de R\$ 8 mil à instituição, que recebe uma parcela dos recursos da Prefeitura e o déficit para cobrir as despesas depende de doações.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Magistrados da Bolívia conhecem o TJMS e a CPE - 18/05/2018



O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, recebeu, na manhã desta sexta-feira (18), magistrados da Bolívia, acompanhados de equipe técnica, que vieram a Mato Grosso do Sul conhecer o sistema de TI e as funcionalidades do sistema de tecnologia da do TJMS, além da Central de Processamento Eletrônico (CPE).

Satisfeito com a visita, o presidente do TJMS falou aos visitantes que esta troca de experiências é muito importante e colocou-se à disposição para que os visitantes coletassem todas as informações possíveis. Em seguida, o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJ, Altair Junior Ancelmo Soares, apresentou as instalações de TI do Tribunal de Justiça aos bolivianos, o Sistema de Automação da Justiça (SAJ) e esclareceu as dúvidas dos visitantes.

A seguir, os magistrados conheceram o Centro Integrado de Justiça (Cijus), onde estão as varas dos Juizados Especiais da Capital, além da Central de Processamento Eletrônico (CPE). O juiz Paulo Afonso de Oliveira, diretor da CPE, e a diretora da Secretaria Judiciária de 1º grau, Conceição Pedrini Pereira, conduziram os magistrados e toda equipe da Bolívia.

Conceição esclareceu aos desembargadores que o TJMS tem investido há muito tempo no processo eletrônico e mostrou que o acervo físico é bem pequeno, o que faz com que outras tomadas de decisões da Administração sejam possíveis para atender a demanda processual. Os visitantes conheceram as modernas instalações do Cijus, o seu funcionamento e as divisões da CPE.

O juiz Paulo Afonso de Oliveira destacou que o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul estará sempre de portas abertas para atender as autoridades judiciárias de outros estados da federação e de outros países.

“Foi uma oportunidade muito boa para trocar experiências e informações. Percebi que ficaram impressionados pelo que viram e poderão levar para a Bolívia as práticas exercidas aqui, no nosso Judiciário, não só em relação ao trabalho da CPE, mas a própria organização e estrutura do Tribunal de Justiça”, pontuou.

O vice-presidente do TJ, Des. Julizar Barbosa Trindade, o diretor-geral da Escola Judicial de MS, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, e o juiz auxiliar da Presidência, Flávio Saad Peron, acompanharam a visita dos magistrados bolivianos.

A comitiva vinda da Bolívia foi composta pelo magistrado do Tribunal Supremo de Justicia, representante de Santa Cruz, Olvis Eguez Oliva, pelo presidente do Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, Zenon Edmundo Rodriguez Zeballos, pelos juízes Alain Nuñez Rojas, Sigfrido Soletto Gualoa, Darwin Vargas Vargas, Janeth Quiroga Aparicio, Erwin Jimenez Paredes e pelos auxiliares técnicos Felix Mateo Delgao Quispe, Paola Andrea Justiniano Arando, Jheyson Teran Rodriguez, Mariia Yaneth Eguez Serrate e Jorge Aldunate Salvatierra.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CPE é modelo para implantação de sistema no TJAL - 21/05/2018



Hoje e amanhã (22), a servidora Conceição Pedrini Pereira, diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau do TJMS, estará em Maceió para assessorar a instalação da Secretaria de Processamento Único (SPU) do Tribunal de Justiça de Alagoas.

O convite para a consultoria foi formalizado pelo Des. Otávio Leão Praxedes, presidente do TJAL, em razão do trabalho bem-sucedido e de referência que vem sendo realizado pela servidora no TJMS, com a implantação da Central de Processamento Eletrônico (CPE), dirigida pelo juiz Paulo Afonso de Oliveira.

“Fui convidada para vir até Maceió para implantação da SPU. Estou repassando com eles todo fluxo de trabalho e todas as situações sofridas em MS. Amanhã de manhã haverá uma reunião com os juízes auxiliares da Presidência do TJAL, em razão de algumas decisões que são necessárias e tudo isso balizado pela experiência de Mato Grosso do Sul”, explicou Conceição.

A Central de Processamento Eletrônico (CPE) é uma das propostas de maior sucesso da justiça sul-mato-grossense. Iniciou sua atuação em 2013, nas varas de execução penal do Estado e depois alcançou as varas dos juizados de comarcas do interior. Desde julho de 2016, tem atuado nos juizados da Capital, iniciando seus trabalhos na 1ª Vara do Juizado Central e apresentando resultados significativos.

Pela excelência nos resultados do trabalho e por ser uma inovação, a CPE vem ganhando destaque como Cartório do Futuro e despertando interesse por parte de vários tribunais brasileiros – alguns, inclusive, já enviaram representantes a Mato Grosso do Sul para conhecer as instalações da CPE.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Dia da Adoção: Ações promovidas pela CIJ marcam comemorações em MS

21/05/2018



Maio pode ser considerado um mês intimamente ligado com a família. No período em que se celebra o dia das mães e que se tem como a época, por excelência, dos casamentos, outra data ganha destaque em sua última semana, o Dia Nacional da Adoção.

Celebrado no dia 25 de maio em todo o país, o Dia Nacional da Adoção tem sua origem no I Encontro Nacional de Associação e Grupos de Apoio à Adoção, em 1996. Sua oficialização, no entanto, veio somente em 2002 com a publicação da Lei Federal nº 10.477.

Toda criança ou adolescente possui o direito de ser criado, educado e mantido no seio de sua família natural. Contudo, quando esta realidade não é possível, apresenta-se a família adotiva, idealizada justamente para suprir as necessidades desses menores. E é justamente para promover debates na sociedade sobre o direito à convivência familiar e comunitária com dignidade dessas crianças, que o Dia Nacional da Adoção tem sua importância.

Este ano, o Grupo de Estudos e Apoio à Adoção Vida (GEAAV), da Capital, com o apoio do Poder Judiciário, realizará um evento na Unigran em comemoração ao Dia Nacional da Adoção. Com início às 19h30 do próprio dia 25, o evento contará com uma exposição fotográfica de famílias formadas por adoções, além de palestras de membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família em Mato Grosso do Sul (IBDFAM/MS) e da juíza titular da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso de Campo Grande e coordenadora da Infância e Juventude do TJMS, Katy Braun do Prado. A magistrada falará sobre o panorama da adoção, tanto no Estado quanto no Município, buscando sensibilizar a comunidade sobre a realidade da adoção e, com isso, diminuir o preconceito existente.

Segundo Lydia Pellat, coordenadora do GEAAV nos 10 anos de sua existência, a quebra de paradigmas é justamente um dos maiores benefícios de se comemorar o Dia Nacional da Adoção. “Ele tem levado para a sociedade a possibilidade de discutir a respeito da adoção, falar sobre o tema, desmistificando a adoção. Ele dá a devida visibilidade para o assunto e permite também que as pessoas que desejam adotar revejam seus perfis e percebam, inclusive, que podem adotar mais crianças, ou aceitar grupos de irmãos, ou simplesmente redefinir os limites de adoção que haviam estipulado anteriormente”, disse a coordenadora.

As comemorações em torno desse dia, porém, não se resumem a apenas essa rodada de palestras. Nesta terça-feira (22), a juíza Katy Braun palestrará em um evento organizado pelo Grupo de Apoio à Adoção Manjedoura (GAAM), em parceria com a Vara da Infância e da Juventude de Coxim, intitulado “Família se constrói no Afeto”. O horário de início está marcado para as 19 horas e ocorrerá no Campus de Coxim do Instituto Federal de Mato Grosso do Sul.

Já entre os dias 31 de maio e 2 de junho, acontecerá em Bonito o XXIII ENAPA – Encontro Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção. O evento é uma realização do Grupo de Apoio à Adoção Afagas, de Sidrolândia, e conta com o apoio do Poder Judiciário de MS, por meio da Coordenadoria da Infância e da Juventude de MS, bem como da Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção e de outros grupos de várias cidades do Estado, como Bataguassu, Coxim, Três Lagoas, Corumbá e Campo Grande. Nesta edição, a abertura ficará a cargo do renomado professor Aly Baddauhy Jr, que apresentará o tema “Não abandone seus filhos”. O evento já está com mais de 800 inscritos de todo o Brasil e discutirá os temas mais atualizados.

“No momento, nós temos uma alteração legislativa que ocorreu em novembro do ano passado, que será um dos temas das nossas discussões. Teremos também relatos de pessoas que adotaram, fala de psicólogos, muitas discussões interessantes”, adianta a coordenadora da Infância do TJMS, Katy Braun.

Para Katy Braun, é fundamental que a data seja reforçada todos os anos. “O Dia 25 de maio é o momento de nós pararmos e de divulgarmos a adoção para tentar disseminar essa cultura na sociedade. Hoje, a adoção é vista com bons olhos, mas por muito tempo não foi assim”, ressalta.

A magistrada recorda que, até alguns anos atrás, a adoção estava totalmente ligada a pessoas que não podiam ter filhos e sentiam vergonha desse fato, considerando-se, até mesmo, amaldiçoadas. Elas buscavam na adoção tão somente uma forma de remediar a situação. Todavia, essas famílias agiam na surdina, com o menor número possível de pessoas sabendo desse seu desejo. Assim, elas procuravam crianças o mais parecidas consigo, a fim de que ninguém desconfiasse que se tratava de uma paternidade por adoção.

Essas preferências podem ser constatadas até hoje, ao se verificar os dados constantes no Cadastro Nacional da Adoção. Embora 24 crianças, somente na Capital, ainda estejam na fila da adoção, aguardando uma família, existem 12 pretendes disponíveis para adotar esperando por uma criança que se enquadre no perfil por elas desejado.

“Então, por conta desses preconceitos antigos, nós precisamos, todos os anos, lembrar que a adoção é um dos modos legítimos de alguém exercer a paternidade e a maternidade, de ampliar a sua família, e de garantir para uma criança que já existe o direito de convivência familiar”, conclui Katy Braun.

Comarcas – Desde o último sábado (19), as comarcas sul-mato-grossenses realizam uma série de atividades promovidas pela Coordenadoria da Infância e da Juventude (CIJ) do TJMS.

Em Dourados, no sábado, das 9 às 11 horas, houve panfletagem na Praça Antônio João para divulgar a causa da adoção. Amanhã (22), o plenário da Câmara de Vereadores sediará um simpósio para discussão do tema e no dia 26, a partir das 15 horas, será realizado o segundo Piquenique da Adoção, no Ceper do Primeiro Plano.

Em Coxim, as atividades têm como tema “Família se constrói no Afeto”. Na programação estão exposições fotográficas, palestras e panfletagem sobre o tema, além de exibição de vídeo sobre adoção aos conselheiros do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (CMDCA), no Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) Senhor Divino e no CRAS Piracema.

A abertura oficial dos eventos será na noite desta terça-feira (22), no auditório do Instituto Federal de MS (IFMS), com a juíza Katy Braun do Prado, e no dia 25 será a vez da panfletagem na Concha Acústica. As exposições fotográficas com famílias adotivas e biológicas mostrarão os vários tipos de formações familiares, adoção de crianças menores, crianças deficientes ou com doenças crônicas e adoções tardias, demonstrando que, independente do tipo de família, o amor deve prevalecer.

As fotografias ficarão expostas no auditório do IFMS (dia 23), UFMS campus Coxim (dia 24), no Fórum da comarca (dia 25), no Banco do Brasil (dia 28), no Centro Conviver Real Idade (dia 29) e na Câmara de Vereadores (dia 29, a partir das 19 horas), onde, além da exposição, está previsto o uso da tribuna da Casa de Leis para abordar o tema.

A comarca de Naviraí realizará na sexta-feira (25), a partir das 15h30, com saída em frente à loja Miyasaki, uma caminhada pelas principais ruas da cidade. Em Sidrolândia, neste domingo (20), foi realizada a 1ª Corrida da Adoção, organizada pela Associação Familiar de Apoio ao Grupo de Adoção de Sidrolândia (AFAGAS) e a 2ª Vara de Sidrolândia, realizada às 8 horas, no Ginásio Gov. Leonel de Moura Brizola, naquele município.

No sábado foi também dia de atividade em Corumbá, quando se realizou a 2ª Caminhada da Adoção de Corumbá e Ladário. A ação, coordenada pelo Grupo de Apoio e Adoção do Pantanal (GAAP) - formado por pais adotivos, funcionários das casas de acolhimento e pessoas interessadas no processo de adoção, movimentou a região central de Corumbá.

Muitas atividades estão programadas para o dia 25. Em Rio Brilhante, a partir das 9 horas, haverá passeata. Na comarca de Nova Andradina, durante toda a semana, serão distribuídos materiais nos hospitais, Cras, Creas e conselhos tutelares.

Em Aparecida do Taboado haverá debate sobre o assunto nas empresas da cidade. Para Camapuã está agendada panfletagem, em parceria com a Rede de Saúde e Assistência Social. Na comarca de Caarapó, além da distribuição de panfletos no Fórum, foram fixados cartazes nas escolas e UBS da cidade.

Em Chapadão do Sul, além da panfletagem, será ministrado o curso de preparação à adoção. Paranaíba fará panfletagem na Praça da cidade. Em Mundo Novo, houve uma panfletagem em um evento de Fisiculturismo e, na passeata, haverá nova panfletagem. Nas comarcas de Bonito e Amambai está havendo distribuição dos materiais no Fórum no município.

No total, de acordo com a CIJ, a campanha atinge 90% das comarcas do Estado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Prêmio de Jornalismo do TJMS abordará violência contra a mulher - 21/05/2018



Lançado oficialmente durante o Simpósio Regional Violência de Gênero, o 1º Prêmio de Jornalismo do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul terá em sua primeira edição a Comunicação pela Igualdade de Gênero.

O concurso distribuirá R\$ 30 mil em prêmios nas categorias Telejornalismo, Jornalismo Impresso, Jornalismo Online, Radiojornalismo, Fotojornalismo e Universitário. A solenidade de premiação será em novembro, durante a 11ª Semana da Justiça pela Paz em Casa.

Para participar, o profissional ou acadêmico da área de Comunicação Social deverá inscrever, no site do TJMS, trabalhos inéditos e publicados de 1º de janeiro a 31 de agosto de 2018. O edital e o regulamento do concurso, assim como a ficha de inscrição, estão disponíveis no link <https://www.tjms.jus.br/premiojornalistico/>.

Os trabalhos devem contemplar os seguintes temas: O fenômeno da violência contra a mulher em MS; As contribuições do feminismo na sociedade contemporânea; A participação da mulher nos espaços de poder; A persistência da violência contra a mulher, causas e efeitos.

O diretor da Secretaria de Comunicação do Tribunal de Justiça, Carlos Kuntzel, acredita que o prêmio mostrará belíssimos trabalhos de profissionais de MS como contribuição para a efetiva construção da igualdade de gênero.

“Os profissionais de Comunicação desempenham importante papel na construção de pensamento e opinião da população ao retratar a sociedade, pautar discussões e divulgar as ações desenvolvidas pela Coordenadoria da Mulher em sua luta diária, que é o combate à violência de gênero. Tenho certeza que os resultados serão excelentes”.

A juíza Jacqueline Machado, que responde pela Coordenadoria da Mulher e pela primeira Vara de Medidas Protetivas do país, lembrou a relevância da imprensa na produção de conteúdo jornalístico que contribua para a discussão, reflexões e combate a todo tipo de violência contra a mulher.

“Os profissionais de jornalismo são extremamente importantes no processo de construção da cultura de igualdade entre os gêneros e para a erradicação da violência contra as mulheres”, ressaltou a juíza.

Entre os objetivos do certame estão a produção de conteúdo jornalístico que contribua para a prevenção, o combate e a eliminação de todas as formas de manifestação de violência contra as mulheres; proteção, valorização e promoção dos direitos das mulheres; além de promover reflexões para a desconstrução da cultura de violência contra as mulheres.

Com o prêmio será possível também incentivar discussões e reflexões sobre estereótipos, masculinidades, leis, linguagem, mídia e objetificação da mulher, que reforcem a desigualdade de gênero; estimular a produção de conteúdo jornalístico que contribua para a politização da sociedade, no que se refere à construção da igualdade de gênero; e valorizar as iniciativas no jornalismo sul-mato-grossense que contribuam para o entendimento da violência de gênero como um problema estrutural das desigualdades sociais e econômicas.

Serão aceitas somente inscrições de trabalhos inéditos, veiculados no período de 1º de janeiro a 31 de agosto de 2018, em meios de comunicação reconhecidos em Mato Grosso do Sul - vedada a participação de pessoas jurídicas públicas ou privadas.

Uma comissão será designada para dirimir dúvidas e outras questões do certame, podendo, inclusive, decidir pela não outorga do prêmio a uma ou mais categorias se concluir que os trabalhos concorrentes não cumprem os requisitos do concurso.

Os trabalhos inscritos serão avaliados pela adequação ao tema proposto, linguagem, coerência editorial, originalidade, utilidade social e fontes consultadas. Os vencedores receberão prêmio em dinheiro.

Os valores serão assim distribuídos: R\$ 3.500,00 para o primeiro colocado e R\$ 2.000,00 para o segundo para as categorias Telejornalismo, Jornalismo impresso, Jornalismo Online, Radiojornalismo e Fotojornalismo. Os vencedores da categoria Universitário receberão R\$ 1.500,00 e R\$ 1.000,00, respectivamente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Site do TJMS tem sistema que compila IRDR, IAC e processos sobrestados 22/05/2018

PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

NUGEP

Distribuição de IRDR e IAC | Processos Sobrestados - Resolução 235 CNJ

Última atualização: 21/05/2018 09:46:09

Show 10 entres

DI da distribuição	Processo	Órgão Julgador	Relatório	Status
13/05/2016	0821777-78.2012.8.12.0001/50000	Seção Especial - Civil	Des. Manoel Carlos Rosário	Processado
06/06/2016	1600719-47.2016.8.12.0000	Seção Especial - Civil	Des. João José	Processado
06/06/2016	1600720-32.2016.8.12.0000	Seção Especial - Civil	Des. João José	Processado
21/07/2016	1600924-76.2016.8.12.0000	Seção Especial - Criminal	Des. João José	Processado
10/08/2016	1601602-41.2016.8.12.0000	Seção Especial - Criminal	Des. João José	Processado
01/09/2016	0802320-38.2014.8.12.0018/50000	Seção Especial - Civil	Des. Manoel Carlos Rosário	Processado
12/09/2016	1402316-39.2015.8.12.0000/50000	Seção Especial - Civil	Des. Manoel Carlos Rosário	Processado
	1402316-39.2015.8.12.0000/50000 (2)	Seção Especial - Civil	Des. Manoel Carlos Rosário	Processado
	1402316-39.2015.8.12.0018/50000	Seção Especial - Civil	Des. Manoel Carlos Rosário	Processado

A nova página no Portal do TJMS é do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep) e busca dar ampla publicidade aos precedentes e incidentes. Nela o advogado pode consultar, de modo fácil, em uma das abas, os IRDR e IAC na Justiça Estadual. Ali é possível visualizar a data de distribuição, o número do processo, em qual Órgão Julgador está e qual magistrado é o relator. Também é possível ver qual o assunto principal e seu status atual.

Em outra aba, é possível consultar os Processos Sobrestados (Resolução nº 235 CNJ) que tem as mesmas informações dos IRDR e IAC, mas também a informação do tema, que é um número criado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ou Superior Tribunal de Justiça (STJ), que define um assunto de grande repercussão, suspenso para análise da orientação que as cortes terão que ter sobre o tema.

Normatização – O Provimento nº 394, de 20 de junho de 2017 criou o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), no âmbito do TJMS, sendo vinculada à vice-presidência.

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 235/2016 dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil (CPC).

No próprio CPC, no § 5º do seu art. 927, prevê: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

O Incidente de Assunção de Competência (IAC) está previsto no art. 947 do CPC que diz: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de

processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Já o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é previsto no art. 976, que diz: “É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza apresenta projeto **Mulheres Inspiradoras** na Rede Municipal de Ensino 24/05/2018



Foto: Katia Juliane

O projeto **Mulheres Inspiradoras**, criado em 2014 pela professora Gina Vieira, de Brasília, foi apresentado, nesta quarta-feira (23), aos profissionais da Rede Municipal de Ensino, pela juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, no auditório da Secretaria de Educação do município de Campo Grande. Pelo menos 30 unidades irão aderir ao programa.

Na abertura da palestra, a juíza, que também é coordenadora estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, falou sobre violência de gêneros e as formas visíveis e subjetivas desse tipo de violência. Segundo ela, as formas de violência vão muito além de agressões físicas. “A violência de gênero acontece em todas as classes sociais e no mundo todo. Por isso, é preciso fazer essa abordagem, para que os profissionais constatem que, às vezes, nós mesmos cometemos essas ações preconceituosas sem perceber”, disse, ressaltando que a violência de gênero vai desde o estupro até propagandas machistas disseminadas pela mídia, nem sempre perceptíveis.

Jacqueline Machado explicou, ainda, que o projeto consiste na leitura de obras de mulheres que se destacam na sociedade e inspiram mudanças para valorizar a mulher. As atividades começarão com uma capacitação, que será realizada no início de julho, ministrada pela própria autora do projeto, a professora Gina Vieira. “As atividades e as leituras serão inseridas no conteúdo programático das escolas e a ideia é que os alunos identifiquem, dentro da própria família e comunidade, quem são essas mulheres que promovem uma revolução silenciosa, diária e nem sempre são reconhecidas”, explicou.

O prefeito Marcos Trad participou da apresentação do projeto e ressaltou a importância dos educadores em acolher e dar suporte às crianças, vítimas de algum tipo de violência ou preconceito. “Infelizmente, em pleno século 21, ainda estamos buscando alternativas para eliminar o tratamento desigual entre seres humanos. Isso causa um desconforto, por isso a responsabilidade dos educadores em acolher essas crianças é muito grande, já que às vezes vocês também são como os pais desses alunos”, destacou.

O prefeito também elogiou a iniciativa da secretaria de Educação em abraçar o projeto junto com o Tribunal de Justiça. “São essas ações que precisamos adotar para mostrar à sociedade a seriedade do nosso trabalho”, afirmou.

Premiado no Brasil e no exterior, o Mulheres Inspiradoras vai contemplar também escolas da rede estadual e particular e será desenvolvido por meio de parceria com o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Coordenadoria da Mulher.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS não aplica princípio da insignificância em violência doméstica – 28/05/2018

Em decisão unânime, os desembargadores da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento a um recurso em sentido estrito que pedia a absolvição de um homem, condenado em 1º Grau por violência doméstica. O caso aconteceu em uma comarca do interior do Estado e tramita em segredo de justiça. A defesa pleiteava a absolvição, com fundamento no princípio da insignificância – ou seja, que a agressão não teve importância –, o que não foi aceito pela Justiça de MS, já que o tema já é sumulado por Tribunal Superior.

Segundo a defesa do acusado, as lesões causadas na vítima foram leves e não trouxeram sérias consequências para sua integridade física, tratando-se de apenas um corte na cabeça, sem qualquer gravidade, sendo assim não houve ofensa ao bem jurídico tutelado. A defesa ainda disse que o réu relatou que, na data dos fatos, havia ingerido bebida alcoólica, razão pela qual requer a reforma da sentença, para absolvê-lo da imputação, ante a atipicidade da sua conduta, com fulcro no princípio da insignificância.

Na denúncia do Ministério Público, a dinâmica dos fatos foi diferente, pois o acusado desferiu um golpe contra a cabeça de sua companheira com um pedaço de madeira, motivo de grande gravidade que fez com que fosse condenado por lesão corporal.

Em seu voto, o relator do recurso, Des. Jairo Roberto de Quadros, disse que “a integridade física e psíquica da mulher nem de longe é insignificante para a tutela do Direito Penal, ao contrário, comporta proteção especial erigida pela Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei da Maria da Penha”.

O magistrado lembrou ainda o teor da Súmula 589 do STJ, que diz ser inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. “A jurisprudência deste Sodalício não destoa do entendimento da Corte da Cidadania”, disse Quadros.

Para o relator, não há argumentos para derrubar a sentença que condenou o réu por lesão corporal. “Por qualquer ângulo que se analise o caso posto sob análise, é de ser mantido o decreto desclassificatório, vez que calcado em provas reunidas no processo e coletados dentro de parâmetros legais”.

Com a decisão unânime da 3ª Câmara Criminal, o TJMS manteve o entendimento de que não se aplica bagatela em crimes contra a mulher, em âmbito familiar.

O processo tramitou em segredo de justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Projeto oferecerá capacitação e estágio a jovens acolhidos na Capital - 29/05/2018



Na manhã desta terça-feira (29), no auditório do Hospital da Cassems, foi lançado o Projeto Jovem Aprendiz, uma parceria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, por meio da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso, com a Cassems, o Tribunal de Contas do Estado e o Senac.

O objetivo principal da ação, que contemplará inicialmente 12 adolescentes de 15 a 24 anos, é oferecer uma perspectiva de futuro profissional aos jovens que estão em processo de adoção ou que vivem em instituições de acolhimento na Capital. Os adolescentes terão aulas no Senac sobre processos administrativos de uma empresa, depois começarão um estágio de 15 meses no Hospital Cassems de Campo Grande, distribuídos nos setores administrativos da unidade, e, nesse período, receberão bolsa de R\$ 500,00.

Na abertura do evento, a juíza Katy Braun do Prado, coordenadora da Infância e da Juventude em MS e titular da Vara da Infância, da Adolescência e do Idoso, afirmou que o grande desafio do Poder Judiciário é saber qual será o destino dos jovens que chegam nas casas de acolhimento após os 12 anos, ou aqueles que chegaram antes e, por algum motivo, não encontraram um lar.

“As instituições de acolhimento abrigam jovens com até 18 anos e, após isso, precisam ser desligados. Nós vamos lutar para que esses jovens tenham oportunidades, não apenas de emprego, mas de acreditar em um futuro melhor”, acrescentou a juíza.

Em seu discurso, o juiz auxiliar da Presidência do TJMS, Flávio Saad Peron, garantiu ser uma honra representar o Tribunal de Justiça em um evento que marca o início de projeto tão grandioso. “Nosso intuito é criar condições e esperanças nesses jovens, permitindo que trilhem caminhos onde sejam os protagonistas. O Tribunal se sente horando por poder contribuir com essa oportunidade a eles”, ressaltou.

A diretora técnica do Hospital Cassems de Campo Grande, médica Priscila Alexandrino, afirmou que a intenção é que esses jovens cursassem uma faculdade no curso superior que escolherem, iniciando a nova fase com o projeto Jovem Aprendiz. “Nessa fase, eles podem ingressar como trainees, aqui mesmo no hospital”, salientou.

Para o presidente da Cassems, Ricardo Ayache, essa é uma parceria de grande valor para a sociedade. “Estamos dando oportunidade para adolescentes e jovens que não tinham perspectiva de ter uma família que os orientasse para o crescimento pessoal e profissional. O Jovem Aprendiz é um projeto que certamente irá despertar novos talentos e contribuir para o desenvolvimento desses jovens”, comemorou.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Vítima presta depoimento por videochamada em aplicativo de celular - 30/05/2018



O uso da tecnologia facilita o desempenho de inúmeras tarefas no dia a dia do público em geral e o Poder Judiciário de MS tem se mostrado adepto do emprego de ferramentas tecnológicas para garantir celeridade no andamento de ações judiciais. Mais uma inovação aconteceu na tarde desta quarta-feira (30) em audiência realizada na 1ª Vara do Tribunal do Júri: a vítima de um processo de tentativa de homicídio, que reside hoje em São Paulo, prestou seu depoimento por meio de uma videochamada pelo aplicativo de celular WhatsApp. A ligação foi gravada e será anexada ao processo digital, podendo ser usada futuramente, em caso de julgamento no plenário do júri, por exemplo.

Conforme explica o juiz titular da Vara, Carlos Alberto Garcete de Almeida, “os recursos tecnológicos disponíveis na atualidade têm sido muito proveitosos para o Poder Judiciário porque oferecem alternativas céleres para o juiz nos casos em que os métodos convencionais não permitem a oitiva de determinada pessoa a distância”.

No caso de hoje, completa o magistrado, foi inviável o contato por videoconferência porque a conexão com a vítima em São Paulo estava muito precária, de modo que os técnicos de TI do TJMS sugeriram que se tentasse uma comunicação mediante chamada por vídeo pelo aplicativo WhatsApp, o que funcionou perfeitamente.

Na sala de audiências, tanto o magistrado, quanto o promotor de justiça José Arturo Bobadilla Garcia e o defensor público Gustavo Henrique Pinheiro faziam perguntas em frente a uma microcâmera que estava captando a imagem da vítima diretamente da tela do aparelho celular.

Algo simples e que deu certo, mostrando que muitas vezes criatividade e boa vontade garantem uma justiça mais condizente com seu papel social de resolver os conflitos em sociedade, deixando a formalidade de lado e tornando a figura do juiz cada vez mais próxima da realidade dos cidadãos comuns.

O caso – O processo nº 0000474-31.2018.8.12.0001 trata de uma tentativa de homicídio de D.S. de S., que teria ocorrido no dia 31 de janeiro de 2017, por volta das 6 horas, no bairro Jardim Anache, em Campo Grande. A vítima se desentendeu com o réu A.L.P, eles entraram em luta corporal e o outro réu, H. de P.S., esfaqueou a vítima pelas costas. A briga seria motivada pela companheira da vítima (E.P. de P.), que era ex-mulher do acusado A.L.P.. Segundo o Ministério Público, a dupla teria ido até a residência da mulher tirar satisfação com a vítima diante de relatos de que ela estaria sendo agredida.

Em seu interrogatório, o réu A.L.P. refutou a denúncia, dizendo que ele e seu primo H. de P.S. foram até a residência de sua ex-companheira, que é também sua prima, porque acreditavam que ela teria brigado com o atual namorado e estava sozinha. Ela então os recebeu e foi preparar um café, quando a vítima saiu do quarto já com xingamentos para A.L.P., que não gostou e foi então que partiram para a luta corporal.

O acusado afirmou ainda que estava deitado no chão sendo golpeado pela vítima quando seu primo esfaqueou a vítima para defendê-lo. Depois disso, eles se retiraram do local. H. de P.S. está foragido e A.L.P., que estava preso preventivamente desde então, teve sua prisão revogada e responderá até o término do processo em liberdade.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Nova central de monitoramento de tornozeleiras é construída por presos - 06/06/2018



Foto: Assessoria/Agepen

Oito internos do Centro Penal e Agroindustrial estão reformando um prédio, no centro de Campo Grande, onde funcionará a nova Central Mista de Monitoramento Virtual. A obra está sendo custeada com recursos oriundos das Varas de Execução Penal da Capital e de Dourados, que investiram cerca de R\$ 35.000,00 cada uma. A expectativa é que o local entre em funcionamento até o mês de julho.

Na Central, 20 servidores da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agência) atuaram monitorando pessoas que, em vez de estarem cumprindo prisão em unidades de encarceramento, ficam soltas, mas com tornozeleiras eletrônicas que permitem saber, exatamente, onde o monitorado está.

Os benefícios são muitos – entre eles o aspecto econômico. Segundo o diretor-presidente da Agepen, Aud de Oliveira Chaves, os custos de um preso dentro de um presídio chega a R\$ 2.600,00, enquanto o aluguel de uma tornozeleira é de R\$ 230,00. “O Governo do Estado foi sensível nesta questão e entendeu os benefícios de ampliar o número de equipamentos”, disse Chaves, que revelou que em MS são 2 mil tornozeleiras disponíveis.

Deste total, cerca de 720 equipamentos de monitoramento estão efetivamente em uso, principalmente em pessoas que devem cumprir o regime aberto, que é aquele em que o apenado deve ter uma ocupação durante o dia e, no período noturno, volta para o patronato penitenciário para ficar recluso.

Isto evita, por exemplo, que o detento tenha contato com outros de maior periculosidade e de facções criminosas, já que o usuário da tornozeleira não precisa estar em unidade prisional. É o que explica o juiz da 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande, Mario José Esbalqueiro Junior. “Este reconhecimento do Poder Público em priorizar o uso de tornozeleiras eletrônicas traz muitos benefícios, entre eles de não misturar aquele preso de menor periculosidade com aqueles de comportamento ruim. Ele (apenado) pode fazer o cumprimento em casa e estar efetivamente vigiado”, pontua Esbalqueiro, que destinou R\$ 35 mil de um fundo da Execução Penal para a obra da nova central de monitoramento.

Da comarca de Dourados vieram outros R\$ 35 mil, da 3ª Vara Criminal que tem competência para execução penal. O juiz titular da vara, Cesar de Souza Lima, disse que destinou o recurso pois o trabalho da central terá impacto em todo o Estado.

Segundo Lima, dentre todos os benefícios elencados, o monitoramento em tempo real é o mais importante. “Com a tornozeleira, o apenado pode ser controlado pela central e caso não cumpra com o determinado ou saia do local em que deveria estar, pode ser alcançado pelas autoridades”.

É o que acontece com muitos homens que cumprem medidas protetivas por agredirem ou ameaçarem suas companheiras. “O monitoramento permite que, se o agressor ultrapassar os limites da medida protetiva, a polícia possa agir e evitar o contato com a vítima e algo pior”, diz o juiz de Dourados.

Regulamentação – A Corregedoria-Geral de Justiça editou o Provimento nº 151, de 26 de janeiro de 2017, que regulamenta o monitoramento em âmbito estadual. Pela norma da Corregedoria, a monitoração eletrônica e a vigilância telemática posicional à distância de pessoas acontecem nos casos de pessoas sob medida cautelar, medida protetiva ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.

O monitoramento eletrônico deve respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada e indicará distância, o horário e a localização em que se encontra, além de outras informações úteis à fiscalização judicial do cumprimento de suas condições. Tudo isto preservando o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada.

Ainda segundo o Provimento nº 151, os equipamentos de monitoração eletrônica serão disponibilizados pela Secretaria de Segurança Pública, por meio da Agepen, para utilização pelas unidades judiciárias criminais e de execução penal do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. O planejamento da utilização e da distribuição equitativa dos equipamentos de monitoração eletrônica, disponibilizados ao Poder Judiciário, será realizado pela Coordenadoria das Varas de Execução Penal de MS (Covep).

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Leitos psiquiátricos e hospitalares foram destaque em reunião no TJMS - 08/06/2018

A exemplo de reuniões anteriores, o Salão Pantanal ficou lotado de profissionais da saúde para mais uma reunião do Comitê Estadual do Fórum do Judiciário para a Saúde. O Des. Nélcio Stábile, coordenador do Comitê, recepcionou os presentes ressaltando a importância do trabalho realizado pelo Núcleo de Apoio Técnico (NAT).

“Estivemos em um Congresso, realizado no Instituto de Educação e Pesquisa do Hospital Sírio Libanês, e levamos exemplares de parecer emitido pelo NAT/JUS de MS para que eles tenham ciência do trabalho realizado aqui. Os coordenadores dos demais estados ficaram encantados. Costumo dizer que o nosso NAT/JUS é de excelente qualidade, mas o reconhecimento vindo de outros profissionais que atuam em órgão semelhante, sem dúvida, é um incentivo”, afirmou o desembargador.

Ele agradeceu ao vereador Hederson Fritz e ao deputado Paulo Siufi, ambos presentes na reunião, pela Moção de Congratulações que recebeu dos parlamentares na Câmara de Vereadores e na Assembleia Legislativa pela trabalho realizado a frente do Comitê.

“Recebo com muita alegria as congratulações e divido-as com os integrantes do Comitê e do NATJus porque estamos juntos na realização de um trabalho, que tem como único objetivo atender a população sul-mato-grossense. Muito obrigado em nome de todos”, ressaltou.

Pauta - Entre os temas discutidos na reunião estavam os esclarecimentos da Secretaria Municipal de Saúde sobre a atenção psicossocial e psiquiátrica sobre as unidades que integram a rede municipal de atenção psicossocial, os serviços oferecidos em cada tipo de unidade e as medidas em andamento para aprimorar a referida rede.

Na pauta estava também a discussão sobre leitos hospitalares, com oportunidade para o Secretário Municipal de Saúde discorrer a respeito dos Impactos da Judicialização na Regulação de Leitos Hospitalares e o Ministério Público Estadual sobre providências pelos entes públicos pela falta de leitos hospitalares.

Entre as muitas informações importantes, uma causou espanto: R\$ 45 milhões foram gastos com judicialização no Estado somente em 2017. Segundo informações da Secretaria Estadual de Saúde, de janeiro a abril desse ano, o montante já atingiu R\$ 12 milhões. E mais: 70 pacientes foram beneficiados com decisões judiciais para atendimento homecare somente em Campo Grande.

O tema em destaque nas discussões ficou para a atenção psicossocial e psiquiátrica e, ao mesmo tempo, o número restrito de leitos psiquiátricos. Assim, ficou claro que a Capital tem seis CAPs III e, na última semana, um deles foi elevado a CAPs IV, o que significa aumento no número de leitos psiquiátricos. Segundo a Secretaria Municipal de Saúde, este é o primeiro CAP IV no Brasil.

Na fala dos profissionais ficou claro que o principal entrave na área em Campo Grande é a falta de leitos, tanto psiquiátricos quanto para internação por outros tipos de necessidades. Importante ressaltar que os atendimentos na área psiquiátrica envolvem álcool e drogas em adultos e infantojuvenil e isso está resultando em um número alarmante de suicídios e tentativas de suicídio.

O Des. Nélcio explicou que a questão da internação hospitalar psiquiátrica não foi debatida em outras reuniões porque não se tinha noção da extensão do problema e que o tema foi incluído na pauta dessa reunião exatamente porque foram recebidas reclamações envolvendo o assunto.

“No âmbito do Poder Judiciário, temos uma série de internações determinadas, as internações compulsórias, que acabam não se realizando porque não há locais apropriados para se internar os pacientes em MS, já que a Santa Casa não disponibiliza leitos psiquiátricos e o convênio com o Hospital Nosso Lar terminou”.

Assim, para a reunião desta sexta-feira, compareceram representantes das mais variadas entidades, do Conselho Regional de Medicina, gestores e os secretários de Saúde do Município e do Estado, além de outras autoridades. Os presentes reconheceram que houve efetivamente um grande avanço na área, contudo, há muito ainda a se fazer para que o número de leitos seja suficiente para atender a demanda.

“Temos quatro psiquiatras debatendo hoje, o que torna a discussão bastante proveitosa. Nós temos sempre a preocupação com os casos de urgência, de eliminar ou diminuir a judicialização da saúde, e a saúde psiquiátrica estava sendo esquecida. De acordo com dados trazidos pelos psiquiatras, temos um alto índice de tentativas de suicídio em MS – o que torna a discussão essencial na tentativa de se encontrar solução ou medida, senão para resolver para, pelo menos, diminuir esse índice tão assustador”, completou Nélcio.

Outro dado destacado: segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) existem no Brasil aproximadamente 13 milhões de pessoas que são usuárias ou já experimentaram algum tipo de substância entorpecente e, desse total, 41 mil estão em Campo Grande. Apesar das intensas as discussões, alguns itens da pauta ficaram para a próxima reunião, que foi agendada para o dia 17 de agosto, às 8 horas.

Participaram da reunião os juízes David de Oliveira Gomes Filho, José Eduardo Neder Meneghelli e Alexandre Baranco Pucci; Viviani Moro, da Procuradoria Geral do Município; o juiz federal Jean Ferreira; o defensor Nilton Camargo; Kelle Slavec, do Conselho Regional de Farmácia; Amilton Alvarenga, do Hospital São Julião; Gysele Tannous, da Secretaria Estadual de Saúde; a promotora Filomena Fluminhan; Eraldo de Souza e Everton Teixeira, ambos do Hospital Regional; Eliasze Guimarães Jr., da Sesau; os farmacêuticos Bernadete Lewandowski, Alexandre Tutes, a enfermeira Tatyana Weber, Flávio Barbosa, do Sindicato dos Médicos de MS; Lucas Rosa, Wilson Campos e Aline Santos, da Unimed.

Presentes estavam ainda o vereador Hederson Fritz; Ivanildo Costa, da Procuradoria Geral do Estado; Francisco Neves Jr, do MPE; Luciano de Miguel, da Sesau; Bruna Cerri e Cleber Tejada, da

Cassem; Nelcila Masselink e Heindnea Silva, da Associação Sul Mato Grossense de Fibrose Cística; Gustavo Pereira, da Santa Casa; Nilo Leme, da APAE; Ivanize Rotta, da Secretaria de Segurança Pública Municipal; Antonio Carlos Videira e Rafael Garcia, da Sejusp; Ronaldo Braga, da Uniderp; Silvia Raquel, do Ministério da Saúde, Ivan Leite, da UFMS; os médicos Erlon Gomes, Juberty Souza, Celso Codorniz e Marcos Estevão Moura.

Também participaram Pedro Pedrossian Neto, Claudemir de Lima Silva e Mabel Pimentel, da Secretaria de Fazenda Municipal; Rosana Puga, da Associação de Doenças Neuromusculares; Neder dos Santos, da Associação de Pessoas com Hemofilia; Patrícia Palm, do Ministério da Saúde, a defensora Eni Diniz, do Núcleo de Ações Institucionais; Ana Carolina Guimarães, da Sesau; Luiza Alves, do Hospital Regional; Isabela Echeverria, Procuradora de Camapuã; Adam Adami, da CRF; Nédio Mendes, Agetran; Lígia Nantes, da SES; Cláudio Silva, do Hospital Universitário, Mariana Croda, da SES.

Prestigiaram também o Secretária Municipal de Saúde Marcelo Vilela, o deputado Paulo Siufi e o senador Waldemir Moka.



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Banco de sentenças já apresenta resultados positivos - 11/06/2018



O banco de sentenças, instituído por meio dos artigos 44 a 48 da Instrução nº 35/2017, já é uma realidade no TJMS. Trata-se de uma ferramenta do Sistema de Produtividade programada para realizar o acúmulo mensal de projetos de sentença homologadas que ultrapassem o teto remuneratório dos juízes leigos, previsto no art. 7º, II, da Resolução Estadual nº 564/2010.

A intenção é estimular a produtividade dos auxiliares, mediante a perspectiva da remuneração relativa ao excedente mensal, além da possibilidade de maior garantia de estabilidade financeira, tendo em vista que o recesso forense naturalmente restringe a atuação e, conseqüentemente, a elaboração dos julgados.

O juiz leigo deve estar atento ao fato de que os projetos de sentença somente serão computados para o referido banco se o processo em questão não tiver permanecido concluso por período superior a 30 dias, sendo que o momento para esta verificação se dará ao final de cada mês, com a respectiva confirmação eletrônica do acúmulo da sentença.

Outra condição para o pagamento do que excedeu durante o ano é a inexistência de processos conclusos há mais de 10 dias, e essa conferência será realizada no dia do fechamento da folha de pagamento do mês de dezembro.

Isso significa que, a cada mês, o juiz leigo deverá ter o controle de sua produtividade, amparado no prazo de 30 dias e, ao se aproximar do recesso forense, atentar-se para que não haja processos conclusos há mais de 10 dias do fechamento da folha de pagamento. Dessa forma, o acumulado durante o ano poderá ser solicitado como provento.

Até o mês de maio de 2018 já foi computado acúmulo de sentenças por alguns juízes leigos da Capital e do interior. Tanto os auxiliares como os magistrados receberam ofício do presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Paschoal Carmello Leandro, elogiando o desempenho e enfatizando os quesitos para o recebimento.

Des. Paschoal explicou que o objetivo da implementação dessa ferramenta é melhorar a produtividade dos juízes leigos e, ao mesmo tempo, compensá-los financeiramente pela produção do trabalho.

“Temos um teto para pagamento das sentenças proferidas e, muitas vezes, os profissionais recebem um número de processos bem maior que o teto estabelecido e ficam prejudicados. Percebemos que isso fazia com que os juízes retivessem as sentenças para o mês seguinte e mantivessem o teto, não nos permitindo alcançar uma produtividade excelente”, disse ele.

Diante dessa realidade, implementou-se o banco de sentenças para proporcionar ao juiz leigo uma compensação financeira maior no final do ano, quando menos proferem sentenças em decorrência do expediente reduzido entre dezembro e janeiro. “É um incentivo para eles financeiramente e, para nós, a produtividade que sempre somos cobrados. Temos algumas condições e uma das mais importantes é a questão do processo não estar concluso há mais de 30 dias. Isso faz com que o juiz leigo profira a decisão rapidamente, aumentando a produtividade. E já estamos sentindo o resultado”, completou.

“Hoje, os magistrados do MS já utilizam o banco de sentença e registrando as sentenças para um futuro recebimento”, concluiu.

Para conferir os termos da Instrução nº 35/2017, basta acessar o *link* <https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=32045>.

Reunião apresenta nova sala de depoimento especial no Cijus - 11/06/2018



Foi realizada na última sexta-feira (8), no Centro Integrado de Justiça (Cijus), uma reunião com os juízes e servidores das Varas dos Juizados Especiais para apresentar a nova sala de Depoimento Especial. A abertura do evento foi feita pela juíza Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, que responde atualmente pela Direção do Cijus, e posteriormente as servidoras Doêmia Ignes Ceni e Rosa Rosângela do Carmo Pires Aquino iniciaram as explicações sobre a metodologia do Depoimento Especial.

O evento teve como objetivo, além de apresentar a nova sala exclusiva de Depoimento Especial, realizar testes e orientações aos servidores e magistrados de como agendar a utilização da sala.

Durante a reunião, a equipe da Coordenadoria da Infância e da Juventude apresentou estatísticas de vítimas de abuso sexual, a legislação e experiência de outros países e a importância de se usar as técnicas de entrevista.

O Depoimento Especial no âmbito do Poder Judiciário de MS é um método específico para a oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha de violência, feito por entrevistador forense, realizado em sala de depoimento especial e transmitido em tempo real para a sala de audiência do magistrado, por meio eletrônico que possibilite a gravação de áudio e vídeo.

Por fim, o Departamento de Administração do Centro Integrado de Justiça informa que a sala de Depoimento Especial já está disponível a partir de hoje (11) para realização de audiências de Depoimento Especial.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS passa a ter Julgamento Virtual no Segundo Grau - 12/06/2018



Foi aprovado nesta terça-feira (12), pelo Conselho Superior da Magistratura, o Provimento nº 411 que normativa a sessão de julgamento virtual no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. A normativa está publicada no Diário da Justiça nº 4046 de 14 de junho de 2018. Os julgamentos ocorrerão em ambiente eletrônico, dentro do sistema SAJ, com adesão do órgão julgador e anuência das partes do processo, que podem se opor a esta forma de julgamento no prazo de cinco dias úteis.

O Provimento, publicado no Diário da Justiça de quinta-feira (14), é assinado pelo presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, pelo vice-presidente, Des. Julizar Barbosa Trindade, e pelo Corregedor-Geral de Justiça, em substituição legal, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

A prática não é novidade no país e já é utilizada desde 2011 no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). “Estamos pegando um modelo de sucesso do TJSP, que usa a mesma plataforma eletrônica que a nossa. É bom ressaltar que o SAJ, que usamos no TJMS, já contempla um módulo de Julgamento Virtual, o que não gerará nenhum gasto a mais”, explicou o Des. Alexandre Bastos, que foi o encarregado pelo presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, para trazer o Julgamento Virtual.

Ainda segundo Bastos, a nova sistemática não trará prejuízo a ninguém e já é feita há algum tempo no TJMS com o compartilhamento dos votos dos Desembargadores. “É bom dizer que os órgãos julgadores do TJMS ficam facultados a aderir ao Julgamento Virtual e que a parte (Procuradores, promotores, advogados e defensores) é quem define a forma em que será o julgamento e não o relator, já que pode se opor ao sistema e pedir que o processo tramite no modo tradicional. Para isto não é necessário dar uma justificativa”, pontuou o magistrado, que antecipou que a 2ª Câmara Cível do TJMS adotará o procedimento virtual.

Como funciona – Na prática, um recurso pode ser votado pelos magistrados, em tempo e lugar distintos dos das Sessões de julgamento presencial, no TJMS. A apresentação dos votos acontece também em ambiente virtual e com o resultado do julgamento o acórdão é publicado rapidamente. A sistemática é recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que teve o entendimento firmado ao julgar a Consulta 0001473-60.2014.2.00.0000, para que os Tribunais interessados em aderir ao julgamento virtual possam fazê-lo, observadas as garantias constitucionais e legais do processo

Com isto, os recursos sem sustentação oral e que estivessem maduros para julgamento, podem ser feitos em ambiente virtual, acelerando o processo e liberando a agenda dos membros do colegiado. Já aqueles processos mais complexos, de repercussão social e que tenham a manifestação da parte, com a participação efetiva de um advogado, iriam para plenário.

Pelo Provimento nº 411/18, a remessa dos autos, físicos ou digitais, ao gabinete do relator sorteado dar-se-á imediatamente após a distribuição, estando incluídos automaticamente na pauta de julgamento virtual, independentemente da juntada de eventual manifestação de oposição ao julgamento virtual ou decurso do prazo para esse fim, cuja certificação resta dispensada. Os processos físicos ou eletrônicos serão distribuídos para o relator sorteado, que encaminhará seu voto aos demais componentes do órgão julgador por meio eletrônico (dentro do SAJ), que manifestarão sua adesão igualmente por meio eletrônico.

O julgamento virtual seguirá fases. Primeiro o relator encaminhará seu voto aos demais componentes do órgão julgador por meio eletrônico e os demais julgadores manifestarão sua adesão, da mesma forma. Encaminhado o voto pelo relator, não sendo lançado voto pelos demais julgadores, no prazo regimental, o relator poderá determinar o encaminhamento dos autos para julgamento presencial.

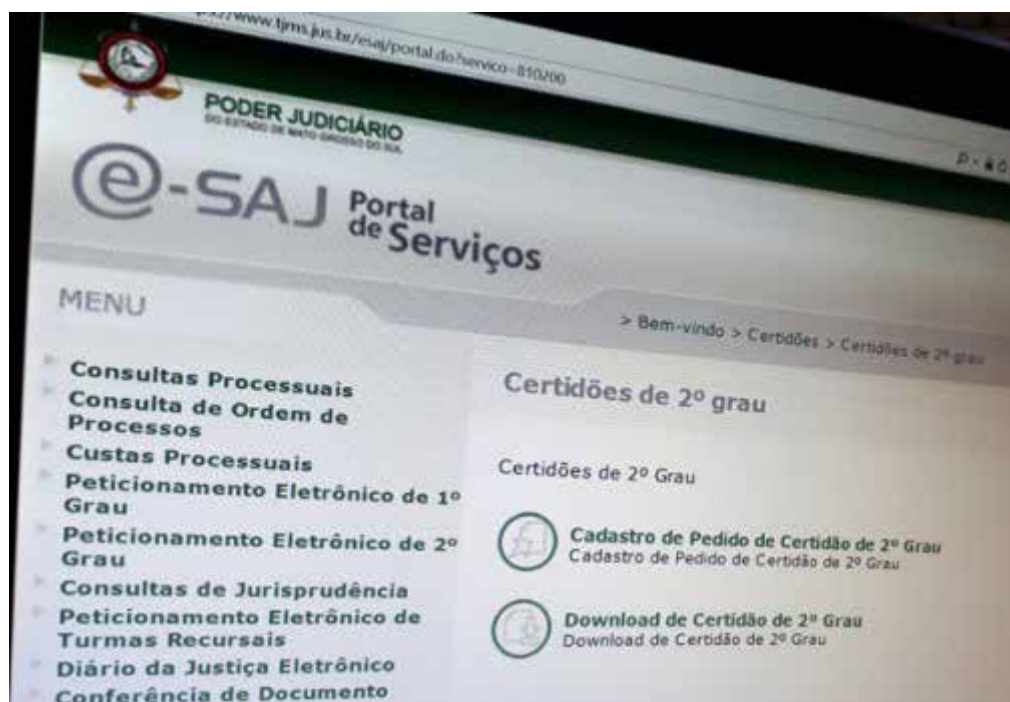
Não manifestada a divergência dos membros, o voto do relator servirá como acórdão para publicação na imprensa oficial. Já em caso de divergência, o voto será transmitido ao relator e aos demais julgadores, sendo ambos publicados, prevalecendo para acórdão aquele que for escolhido pela maioria, aplicando-se, inclusive, o disposto no art. 942 do CPC, quando couber.

Visita técnica – No mês de maio, uma equipe técnica coordenada pelo Des. Alexandre Bastos esteve em São Paulo para conhecer o Julgamento Virtual. Da visita, começou a se concretizar a implementação do procedimento no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. O magistrado e diretores de secretarias do TJMS estiveram no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e também na sede do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), onde já é utilizado o julgamento on-line, buscando o *know-how* necessário para normatizar o tema e operacionalizar tecnicamente na Corte de MS.

Além do Des. Alexandre Bastos, foram na visita técnica o diretor da Secretaria Judiciária, Arnaldo Liogi Kobayashi, o diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação, Altair Junior Ancelmo Soares, a diretora Jurídica, Isnaete Moraes Santos Vieira, a diretora do Departamento de Órgãos Julgadores, Andréa Fava Santos, e o coordenador de Sistemas de Segunda Instância, Rodrigo Kanazaki.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Certidões on-line beneficiam candidatos e compradores de imóveis - 15/06/2018



Faltando pouco mais de três meses para as eleições no Brasil, os candidatos aos cargos públicos em todo país se preparam para apresentar suas candidaturas. E entre os requisitos está a apresentação de certidões criminais negativas, para se enquadrarem na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010). O documento pode ser obtido de forma rápida e gratuita, pela internet, no Portal do TJMS.

Afora as certidões criminais, o portal do TJMS também expede de forma rápida e gratuita certidões negativas de ações cíveis, que contribuem, sobremaneira, para auxiliar adquirentes de bens móveis e imóveis no Estado de Mato Grosso do Sul.

Para acessar é muito fácil. Basta entrar no Portal do TJMS (www.tjms.jus.br), ir ao menu Serviços e clicar em Certidões. Recentemente, a Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS (TI) colocou em operação uma nova página do serviço, muito mais intuitiva e simples de usar. Mas a principal novidade foi a separação das certidões em criminais e cíveis.

Segundo o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, presidente do Comitê de Tecnologia da Informação do TJMS, havia um pleito de o Tribunal Justiça propiciar ao usuário que escolhesse entre emitir uma certidão cível ou criminal. Antes só era possível distinguir entre primeiro e segundo grau. “Antes o sistema misturava estas demandas. Com esta novidade, o cidadão pode acessar o site do TJMS e obter, de forma gratuita, de qualquer parte do país, a certidão de segundo grau cível e/ou criminal. Isto vai gerar um benefício muito grande para os candidatos nas eleições de outubro, que necessitam comprovar ausência de condenação em segunda instância”, disse.

Atualmente, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul possui quase a totalidade de seus processos em meio eletrônico. Isto possibilita que o banco de dados encontre com facilidade uma informação judicial. Basta ter em mãos informações básicas, como nome completo, CPF e nome dos pais.

Em relação à certidão negativa cível, enfatizou o Des. Luiz Tadeu, a importância de referida certidão é para quem está adquirindo bens móveis ou imóveis. Essa certidão permite ao comprador examinar a situação processual do vendedor, ou seja, se existe contra ele ações que possam levá-lo à insolvência e até se o bem a ser adquirido se encontra ou não penhorado por dívidas em execução ou sob protesto contra alienação de bens. O comprador que obtém certidão positiva, por exemplo, não pode amanhã ou depois alegar que desconhecia a situação de insolvência ou pré-insolvência do vendedor. Se tirou certidão positiva, por certo que sabe das condições patrimoniais do vendedor.

O magistrado lembra ainda que não há necessidade de as pessoas comparecerem ao TJMS ou aos Fóruns, prática antiga. A presença só é necessária se o sistema on-line apresentar uma positividade na consulta. “Se a certidão for positiva, ou seja, detectando a existência de processo em tramitação, o interessado deverá ir ao cartório distribuidor do Tribunal de Justiça, no horário das 12 às 19 horas, para obter o teor da ação em andamento, ou seja, se há sentença, se transitou em julgado, se está em grau de recurso etc. A partir de então, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) passa a examinar o teor desta certidão”, concluiu o Des. Luiz Tadeu.

Serviço – O pedido pode ser feito no site do TJMS pelo link <http://www.tjms.jus.br/esaj/portal.do?servico=810000>.

Ao ser solicitado, 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 apontar a existência de homônimos ou ainda de certidão positiva. Nestes casos, o interessado precisará se dirigir pessoalmente ao Fórum ou ao Tribunal de Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Desembargador do TJ consegue ISO 9001 inédito em MS - 19/06/2018



O gabinete do Desembargador Carlos Eduardo Contar, do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, conquistou o primeiro ISO 9001 entre todos os órgãos públicos de MS. A mais importante certificação de Sistema de Gestão de Qualidade (SGQ) no mundo foi concedida após auditoria realizada nos dias 23 e 24 de abril de 2018, pela Quality Management System Certification Services, empresa de origem australiana, organismo acreditador habilitado pela International Standardization Organization (ISO), com sede em Genebra, na Suíça.

O Des. Carlos Eduardo Contar deu início ao processo de implantação da certificação de qualidade em setembro de 2017, com o objetivo de aperfeiçoar a gestão de trabalho no gabinete, em conformidade com a missão do Tribunal de Justiça de MS de entregar à sociedade uma prestação jurisdicional efetiva e transparente.

O projeto foi apresentado à administração do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e o presidente, Des. Divoncir Schreiner Maran, determinou que fosse dada continuidade, considerando que modernização e melhorias nos serviços prestados são buscas constantes de sua gestão.

A certificação é o coroamento de um trabalho sistêmico e eficiente que reduziu substancialmente os processos do gabinete para um acervo mínimo, do qual há controle total.

No ano de 2016, quando apurada a produtividade em atendimento à Meta 1 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Desembargador Carlos Eduardo Contar atingiu o índice de julgamento correspondente a 115,08%, destacando-se em 1º lugar no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Mantendo o mesmo propósito de eficiência, celeridade e da melhor correção na aplicação do Direito e da Justiça, finalizou o ano de 2017 com a menor carga de processos existentes em seu poder, distinguindo-se, novamente, em 1º lugar dentre os membros da Corte Estadual.

Para o ano de 2018, certo de que o reconhecimento público não deve ser motivo para arrefecer os ânimos, o interesse é melhorar os trabalhos realizados e aprimorar a prestação jurisdicional.

A preparação – Os procedimentos para a certificação foram intensivos e demandaram comprometimento e envolvimento diferenciado do Des. Carlos Eduardo Contar e de toda a sua assessoria na implementação de requisitos internacionais de gestão da qualidade. Desde o início do procedimento foi auxiliado pela consultoria APTA Qualidade, que assessorou diretamente o Gabinete na padronização dos procedimentos operacionais e no desenvolvimento e implantação dos requisitos exigidos pela Norma ISO 9001.

Na última etapa, o Gabinete foi auditado por uma acreditadora internacional, habilitada pela própria Organização (ISO), a QMS Brasil, organismo de certificação de origem australiana, atualmente presente em mais de 33 países.

De acordo com a consultora Lídia Marques, o interesse em otimizar os processos internos vem atender, também, ao anseio de todas as partes interessadas nas atividades do Gabinete pois, ao implementar um Sistema de Gestão da Qualidade e promover a sua melhoria contínua, agrega maior qualidade aos processos produtivos, o que reflete diretamente nos indicadores finais de desempenho, promovendo a agilidade, celeridade e controles diferenciados na tramitação de suas atividades, com um padrão de excelência reconhecido mundialmente, por meio do atendimento aos requisitos da Norma ISO 9001.

“Ao tomar a decisão de ter seu Sistema de Gestão da Qualidade desenvolvido, implementado e certificado segundo a Norma ISO 9001, o Desembargador Carlos Eduardo Contar buscou o sentido maior da Administração Pública que é o de atingir os fins do Estado por meio da eficiência operacional das atividades exercidas pelo Gabinete, com ética, responsabilidade e transparência”, destacou a consultora.

Saiba mais – A ISO – International Standardization Organization - é uma organização internacional independente e não governamental, fundada em 1946 e sediada em Genebra, na Suíça, que reúne especialistas para compartilhar conhecimentos e desenvolver padrões internacionais com especificações de classe mundial para produtos, serviços e sistemas, com o objetivo de garantir qualidade, segurança e eficiência relevantes para o mercado, às empresas e organizações públicas e privadas. Sempre com o foco na inovação, oferecem soluções para os desafios globais.

A ISO já publicou mais de 22 mil padrões internacionais, de uso mundial, abrangendo quase todas as indústrias, desde tecnologia até segurança alimentar, agricultura e cuidados de saúde.

Dentre todos os padrões, destaca-se a Norma ISO 9001, hoje a norma com o maior número de organizações certificadas em todo o mundo (mais de 1.200.000 organizações), por ser aplicável a todo tipo de organizações públicas e privadas, indústria, comércio e serviços.

O certificado tem validade de 3 anos e, após esse prazo, é necessária uma nova auditoria de certificação (recertificação) para verificar a evolução do Sistema de Gestão da Qualidade e quais foram as melhorias realizadas nesse período.

Entrevista com o Des. Carlos Eduardo Contar:

- Como surgiu a ideia de certificar a gestão do gabinete com o ISO 9001? Qual o objetivo do senhor com a certificação e os benefícios no setor público, no qual, diferente do setor privado, os “clientes” são os jurisdicionados?

Desde que ingressei na magistratura, em 2007, tenho me dedicado a fazer um trabalho que corresponda com a missão do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, assegurando uma prestação jurisdicional rápida, justa e transparente, aumentando a efetividade e a celeridade nos trâmites judiciais e nesta linha fui buscando eficiência nas rotinas do trabalho administrativo.

Busco cumprir fielmente as metas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e inclusive estabeleci minhas próprias metas, muito mais rígidas. Para ilustrar os êxitos alcançados, destaco que em 2016 julguei 115,08% da Meta 1 do CNJ, e em 2017 terminei o ano com o menor acervo entre os desembargadores do TJMS. Mas nem sempre foi assim, quando cheguei no TJMS eu recebi 600 processos e hoje tenho 140, mas já cheguei a ter cerca de 80. Entendo que atingi uma movimentação razoável, da qual tenho controle e venho numa constante diminuição do volume processual. Isso decorre de cobranças superiores, de minhas próprias exigências e de um trabalho contínuo ao longo dos anos para chegar a este momento.

Então me questionei, vendo que o trabalho que desenvolvemos é bom e tem qualidade, por que não o certificar? Eu já tinha ouvido falar que alguns tribunais e até gabinetes, do STF e do STJ, tem certificação ISO 9001, fiz algumas consultas e entendi que seria uma boa prática lançar esse desafio.

Fiz então um pedido ao Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. Divoncir Schreiner Maran, que em sua dinâmica e inovadora forma de administrar, a quem muito agradeço pelo apoio, autorizou a continuidade do projeto. Na sequência foi aberta uma licitação para contratação de empresa de consultoria, para fazer o preparo. A Certificação foi realizada pela QMS Brasil e a primeira visita foi realizada no dia 3 de abril, sendo que a certificação se deu efetivamente na auditoria realizada nos dias 23 e 24 de abril de 2018 e tem validade de três anos.

Quanto ao objetivo de se obter a certificação, posso dizer que boas práticas, que têm resultado, sempre podem interferir ou aprimorar o trabalho de outros pares, por isso entendo que seja importante a chancela do selo para demonstrar que o padrão dos procedimentos adotados durante a nossa rotina de trabalho é eficiente e pode servir de modelo para os demais, além, claro, de nos tornar mais exigentes e primorosos com a nossa atividade diária. Afinal alcançar êxito é sempre possível, mas se manter no ápice é um desafio que requer dedicação e aprimoramento constante.

- Quais foram as dificuldades encontradas em organizar o gabinete de acordo com as normas determinadas para a certificação pelo ISO? Quais foram as etapas passadas até a auditoria para a certificação?

A empresa que venceu o certame para fazer a consultoria no gabinete teve como objetivo a análise da documentação exigida pela norma e, basicamente, reduzir a termo tudo aquilo que é feito no dia a dia do gabinete. Durante seis meses, a equipe veio até o gabinete duas vezes por semana e fez todo o levantamento necessário.

Como venho de uma constante diminuição do volume processual, de celeridade e produtividade, basicamente o que faltavam eram ajustes finos. Entre outros detalhes, o gabinete conta com mecanismo interno de controle e de acompanhamento de processos e os mesmos nunca param.

Além dos prazos estreitos das determinações do CNJ, tenho minhas próprias conclusões e, com isso, aqui os processos nunca ficam muito tempo. Então adotei métodos de fiscalização e acompanhamento de cada processo, que por enquanto são únicos e demonstram bastante eficácia.

Cada um tem os seus meios, mas o que eu utilizo é um sistema informatizado produzido pelo próprio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, através da Secretaria de Tecnologia da Informação. Fui atrás, pedi que criassem para mim e assim foi feito.

O que a consultoria fez foi organizar e dar as referências necessárias, averiguar como é o trabalho dos assessores e do administrativo, enfim, como são os setores e como é o organograma. Sugeri reunir documentos necessários para ficarem acessíveis, entre outras orientações.

Quero destacar também que reunir uma equipe competente é a melhor fórmula para alcançar o sucesso. Toda a gestão, para um bom trabalho no gabinete, passa pela boa vontade, competência e dedicação de cada um dos meus auxiliares. Por isso, agradeço e parablenizo: Emily Santos Teixeira, Fernanda Martins Santana Pereira, Gabriel Ocampos Ricartes, Gustavo Torraca de Oliveira, João Gustavo Tabarelli Batista e Paulo Adaias Carvalho Afonso, sem os quais o sucesso não seria possível.

Curriculum – O Des. Carlos Eduardo Contar é natural de Campo Grande (MS), formado em Ciências Jurídicas e em Filosofia. Tem Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra (Portugal). Em 2007, ingressou na magistratura como Desembargador na vaga correspondente ao Ministério Público, preside a 2ª Seção Criminal, é membro vitalício do Órgão Especial do TJMS e atua no Tribunal Regional Eleitoral (TRE-MS).

*Foto: Paulo, João Gustavo, Eduardo (auditor), Fernanda, Des. Contar, Cláudia (consultora), Gabriel, Lídia (consultora) e Gustavo.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS lança projeto-piloto de apresentação de apenados por biometria - 26/06/2018



Teve início nesta terça-feira (26) na Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa), no Fórum de Campo Grande, o projeto-piloto de uma nova solução de TI do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. No local foi instalada a primeira “Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo”, um totem, ao estilo do utilizado para o registro de ponto dos servidores. A nova ferramenta tecnológica servirá para o registro de presença dos apenados que têm a obrigação de se apresentarem pessoalmente à Cepa.

O registro é feito pelo cadastramento das digitais, e a “Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo” faz a leitura biométrica do apenado e já emite o comprovante de seu comparecimento. Além de evitar filas e o envolvimento de pessoal para fazer o procedimento manualmente, uma outra grande vantagem do uso do equipamento é a alimentação automática no sistema.

Atualmente, na apresentação no balcão, os dados são inseridos no computador, o comprovante é impresso e assinado pelo sentenciado. Este documento precisa ainda ser digitalizado para então ser anexado ao sistema SAJ. Já com o uso do totem, o sistema gera automaticamente a certidão a partir do momento em que o usuário faz o registro eletrônico de sua presença. O sistema também acusa a existência de alguma pendência, indicando ao apenado para se dirigir ao balcão de atendimento a fim de saná-la.

O intuito não é substituir a apresentação pessoal, até porque nos casos em que há a prestação pecuniária, por exemplo, os boletos são emitidos via balcão de atendimento, mas sim uma facilidade sobretudo para quem necessita apenas registrar o comparecimento ao Fórum.

O objetivo é disponibilizar o serviço também para os sentenciados que estão em liberdade condicional, os quais necessitam se dirigir até os cartórios criminais, demonstrando onde estão trabalhando, etc. Com a disponibilização da “Unidade Eletrônica de Apresentação em Juízo” será mantido o controle deste procedimento, porém, aliviará os cartórios desse trabalho, automatizando a tarefa e diminuindo o tempo gasto pelos servidores envolvidos na execução dessa demanda.

De acordo com o supervisor da Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, “o sistema que se inicia, além de facilitar a operação do comparecimento do apenado em juízo, também dá maior segurança porque, com a impressão digital cadastrada, não haverá dúvida quanta à pessoa que ali se apresenta. Além do mais, esse programa deve ser estendido às demais comarcas do Estado a fim de que essa dinâmica também seja utilizada nos fóruns como uma regra, daí a importância da melhoria nessa área”, frisou.

O projeto-piloto disponibilizado na Central de Execução de Penas Alternativas já entrou hoje na fase de testes e adaptações necessárias. Os registros biométricos estão ocorrendo paralelamente aos atendimentos, de modo a não afetar o trabalho no setor que recebe um grande volume de pessoas diariamente.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário entrega R\$ 2,1 mi de penas pecuniárias a 21 entidades da Capital 29/06/2018



Em solenidade na tarde desta quinta-feira (28), a Central de Execução de Penas Alternativas (Cepa) entregou R\$ 2.176.986,31 aos representantes de 21 entidades filantrópicas beneficiadas com os recursos arrecadados com penas pecuniárias em 2018. O ato de entrega ocorreu no Plenário do Júri do Fórum de Campo Grande e contou com a presença dos juízes Mário José Esbalqueiro Júnior, coordenador da Cepa, Aluizio Pereira dos Santos, da 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, May Melke Amaral Penteado Siravegna, da 4ª Vara Criminal de Campo Grande, e Eduardo Eugênio Siravegna Júnior, da 2ª Vara Cível e Criminal de São Gabriel do Oeste.

Ao completar quase uma década da destinação das penas pecuniárias para projetos e ações sociais de instituições beneficentes de Campo Grande, a Cepa, vinculada à 2ª Vara de Execução Penal da Capital, beneficiará um total de 3.497 pessoas em situação de vulnerabilidade social. O valor recorde é cerca de 30% maior do que o repasse do ano passado, quando foram doados R\$ 1.678.974,32.

Na abertura da cerimônia, o juiz Mário José Esbalqueiro Júnior falou sobre a relevância da destinação das penas pecuniárias para projetos e ações sociais de instituições beneficentes da Capital. Segundo ele, a justiça tem usando mais as penas alternativas, evitando colocar no sistema penitenciário a pessoa que errou em casos sem maior gravidade. Assim, elas pagam a pena de uma maneira mais branda e as entidades recebem a ajuda dessas pessoas.

O magistrado ressaltou a importância das entidades aceitarem a prestação de serviço de quem recebe a pena alternativa. “Não pode receber somente o dinheiro, é preciso aceitar o serviço das pessoas penalizadas”.

Representante de uma das entidades beneficiadas neste ano, o presidente do Grupo Espírita Amor e Paz, Coronel Pedro de Almeida Lobo, lembra do recurso recebido em 2011, quando construíram uma casa

que recebe pessoas necessitadas. “Eu fico muito feliz com isso e agradeço a oportunidade de ter recebido essa importância”.

O evento é fundamental para as instituições, pois com esses recursos será possível aumentar a demanda de atendimento, relata o presidente da Associação Escola Clínica Santa Terezinha, Antônio Aparecido Pereira. “Ainda dentro do poder público, alguns órgãos conseguem enxergar nossa luta, nossa dificuldade em buscar recursos para que nosso andamento se concretize”.

Contemplada neste ano, a Associação dos Amigos Casa de Abraão tem como objetivo a pintura do prédio da associação, que é necessária para a conservação e um ambiente mais agradável e acolhedor aos idosos atendidos no local.

Outro projeto atendido é o da Associação Anandamóyi, que usará o recurso para desenvolver projetos com a comunidade do bairro Noroeste, oferecendo oficinas, palestras, cursos profissionalizantes, reforço escolar e assistência social às famílias.

As entidades interessadas em receber recursos devem procurar a Central de Execução de Penas Alternativas para fazer cadastro do projeto, além de aceitar receber a prestação de serviço.

O valor doado neste ano contemplou as seguintes instituições: Associação Anandamóyi, Associação Beneficente dos Renais Crônicos de MS, Associação de Educação Especial - Escola Colibri, Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais - APAE, Associação dos Amigos da Casa de Abraão, Associação Escola Clínica Santa Terezinha, Associação Franciscana Angelinas- AFRANGEL, Associação Pestalozzi, Casa de Apoio e Orientação à Criança - Vovó Miloca, Casa de Integração da Criança e do Adolescente, Cotelengo Sul-Matogrossense, Fundação de Apoio à Pessoa Humana, Grupo da Fraternidade Espírita Hilário Silva, Grupo Espírita Amor e Paz, Instituto Luther King, Lar Nossa Senhora Aparecida, Obras Sociais Francisco Thiesen, Recanto da Criança, SIRPHA- Lar do Idoso, Sociedade Assistencial - MEIMEI, e Comando-Geral da Polícia Militar.

Saiba mais – O dinheiro é arrecadado por meio da prestação pecuniária, tipo de pena alternativa estabelecida pelos juízes das varas criminais do Fórum de Campo Grande e das varas dos Juizados Especiais da Capital. O montante é depositado em subconta judicial. Anualmente, as instituições sociais cadastradas na Cepa apresentam seus respectivos projetos e, após análise das propostas e visitas nas instituições, são selecionados aqueles que atendem a melhor finalidade: como as necessidades apresentadas e a utilização dos recursos, objetivando priorizar os projetos com maior relevância social, abrangência e benefícios à sociedade.

Em contrapartida, a entidade beneficiada deve receber em suas dependências sentenciados que cumprem pena de prestação de serviços à comunidade, além de apresentar a devida prestação de contas dos recursos recebidos.

Ao longo dos últimos anos, o valor arrecadado com a prestação pecuniária aumentou vertiginosamente. A marca histórica de R\$ 2 milhões é resultado do trabalho em conjunto de magistrados e servidores do Judiciário sul-mato-grossense. Isto porque, de uma ponta está o juiz criminal que atua na justiça comum e no juizado especial de Campo Grande, o qual fixa como pena alternativa o pagamento de valores a título de pena pecuniária. De outro lado, está o juiz da execução penal e toda a equipe da Cepa, os quais mobilizam-se para dar o efetivo cumprimento destas penas, as quais são fixadas em substituição à pena privativa de liberdade. Aliás, o condenado que deixa de pagar a prestação pecuniária perde o benefício da pena alternativa e pode retornar ao presídio.

A possibilidade de fixação de pena pecuniária é restrita àqueles réus condenados a penas de até

4 anos de reclusão, em razão de crimes de menor potencial ofensivo, praticados sem o uso da violência. Em geral, a prestação pecuniária é acompanhada de uma pena de prestação de serviço à comunidade. Desta forma, as entidades sociais são duplamente beneficiadas: tanto com a doação de recursos das penas pecuniárias que custeiam a realização de projetos de fundamental importância para o bom andamento da instituição, quanto com a mão de obra gratuita dos réus prestadores de serviços, que cumprem jornada de trabalho nesses locais realizando as mais diversas tarefas que se fazem necessárias.

A iniciativa pioneira adotada pela Cepa, idealizada pelo juiz Albino Coimbra Neto, ganhou respaldo nacional com a edição da Resolução nº 154, de 13 de julho de 2012, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que adotou como política institucional do Poder Judiciário brasileiro a utilização dos recursos das penas pecuniárias nos moldes do que já vinha sendo feito em Mato Grosso do Sul desde 2009. De lá para cá, o exemplo de sucesso de MS se tornou regra nacional a ser seguida por todo o Judiciário do país.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Des. Alexandre Bastos

Agravo de instrumento nº 1403722-57.2017.8.12.0000	036
Apelação nº 0000752-73.2007.8.12.0015	040
Apelação nº 0801482-28.2015.8.12.0029	046

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Conflito de Competência nº 0831937-94.2014.8.12.0001	051
Agravo de Instrumento nº 1401213-22.2018.8.12.0000	055
Agravo de Instrumento nº 1413448-55.2017.8.12.0000	061

Des. Carlos Eduardo Contar

Mandado de Segurança nº 1413550-77.2017.8.12.0000	066
Mandado de Segurança nº 1401082-47.2018.8.12.0000	071

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0802917-04.2014.8.12.0019	078
Mandado de Segurança nº 1411052-08.2017.8.12.0000	085
Agravo de Instrumento nº 1411344-90.2017.8.12.0000	091

Des. Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0819112-21.2014.8.12.0001	104
Agravo de Instrumento nº 1413827-93.2017.8.12.0000	124
Mandado de Segurança nº 0843086-82.2017.8.12.0001	131

Des. Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0813317-63.2016.8.12.0001	138
Remessa Necessária nº 0801608-34.2017.8.12.0021	146
Remessa Necessária nº 0842600-34.2016.8.12.0001	150

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0806542-63.2015.8.12.0002	159
Agravo de Instrumento nº 1402474-56.2017.8.12.0000	165
Apelação nº 0202367-40.2009.8.12.0017	172

Des. João Maria Lós

Apelação nº 0802350-34.2013.8.12.0010	178
Apelação nº 0001785-41.2006.8.12.0013	185
Apelação nº 0800007-53.2017.8.12.0001	195

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0806618-24.2014.8.12.0002	198
Agravo de Instrumento nº 1402356-46.2018.8.12.0000	202
Apelação nº 0837735-36.2014.8.12.0001	206

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Agravo de Instrumento nº 1400315-09.2018.8.12.0000	212
Agravo de Instrumento nº 1414261-82.2017.8.12.0000	218
Apelação nº 0801539-96.2016.8.12.0001	222
Agravo de Instrumento nº 1403776-86.2018.8.12.0000	237

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Agravo de Instrumento nº 1408707-69.2017.8.12.0000	242
Apelação nº 0800349-43.2013.8.12.0021	245
Apelação nº 0802347-12.2014.8.12.0021	249

Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0816657-54.2012.8.12.0001	255
Apelação nº 0804808-95.2016.8.12.0017	268
Mandado de Segurança nº 1403993-32.2018.8.12.0000	275

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0800411-16.2014.8.12.0032	281
Apelação nº 0806799-23.2017.8.12.0001	286
Apelação nº 0829855-85.2017.8.12.0001	290

Des. Nélcio Stábile

Apelação nº 0801751-84.2013.8.12.0046	296
Apelação nº 0801090-09.2014.8.12.0002	300
Agravo de Instrumento nº 1412548-72.2017.8.12.0000	306

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0804206-38.2015.8.12.0018	309
Agravo de Instrumento nº 1403903-58.2017.8.12.0000	323
Apelação nº 0802188-05.2015.8.12.0031	345

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1402474-90.2016.8.12.0000	355
Apelação nº 0806139-54.2012.8.12.0017	368
Remessa Necessária nº 0800371-67.2015.8.12.0042	375

Des. Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0813659-45.2014.8.12.0001	379
Apelação nº 0002659-36.2010.8.12.0029	415
Apelação nº 0817128-36.2013.8.12.0001	428

Des. Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0803263-35.2016.8.12.0002	448
Agravo de Instrumento nº 1401792-67.2018.8.12.0000	460
Remessa Necessária nº 0800895-38.2017.8.12.0028	465

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 1600209-05.2014.8.12.0000	470
Apelação nº 0013779-63.2010.8.12.0001	475
Ação Rescisória nº 1412572-37.2016.8.12.0000	485

Des. Vilson Bertelli

Agravo de Instrumento nº 1414073-89.2017.8.12.0000	499
Apelação nº 0002725-25.2010.8.12.0026	502
Apelação nº 0804353-18.2015.8.12.0001	507

Des. Vladimir Abreu da Silva

Mandado de Segurança nº 0816501-90.2017.8.12.0001	510
Agravo de Instrumento nº 1400999-31.2018.8.12.0000	518
Agravo de Instrumento nº 1405254-32.2018.8.12.0000	528

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Des. Carlos Eduardo Contar

Apelação nº 0000111-59.2009.8.12.0001	533
---	-----

Juiz Emerson Cafure

Agravo de Execução Penal nº 0001800-18.2017.8.12.0015	540
Apelação nº 0026694-08.2014.8.12.0001	544
Apelação nº 0009084-03.2009.8.12.0001	549

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Agravo de Execução Penal nº 0044286-60.2017.8.12.0001	564
Conflito de Jurisdição nº 1601345-66.2016.8.12.0000	568
Revisão Criminal nº 1406580-61.2017.8.12.0000	573

Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação nº 0002408-15.2010.8.12.0030	578
Agravo de Execução Penal nº 0000455-76.2016.8.12.0039	589
Recurso Em Sentido Estrito nº 0001256-66.2017.8.12.0003	596

Des. José Ale Ahmad Netto

Apelação nº 0002249-80.2007.8.12.0029	602
Agravo de Execução Penal nº 0010499-06.2018.8.12.0001	613
Apelação nº 0001610-74.2011.8.12.0012	624

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação nº 0002771-45.2017.8.12.0001	631
Apelação nº 0002812-25.2016.8.12.0008	640
Apelação nº 0008382-84.2015.8.12.0021	646

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0004184-04.2010.8.12.0013	656
Apelação nº 0004385-65.2011.8.12.0011	662
Apelação nº 0002087-22.2016.8.12.0045	670

Des. Manoel Mendes Carli

Apelação nº 0079154-45.2009.8.12.0001	684
Apelação nº 0003292-19.2006.8.12.0019	694
Agravo Interno nº 1403333-38.2018.8.12.0000/50000	698

Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0004185-92.2015.8.12.0019	702
Apelação nº 0000548-70.2014.8.12.0019	706
Apelação nº 0008381-36.2014.8.12.0021	724

Des. Paschoal Carmello Leandro

Apelação nº 0042404-68.2014.8.12.0001	741
Agravo de Execução Penal nº 0000858-91.2018.8.12.0001	748
<i>Habeas Corpus</i> nº 1404786-68.2018.8.12.0000	751

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Recurso em Sentido Estrito nº 0003236-17.2018.8.12.0002	761
Apelação nº 0024469-44.2016.8.12.0001	768
Apelação nº 0019499-64.2017.8.12.0001	772

Juiz Waldir Marques

Apelação nº 0001073-88.2014.8.12.0007	777
Apelação nº 0000147-64.2007.8.12.0036	781
Apelação nº 0000465-18.2014.8.12.0031	787

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Contrato de alienação fiduciária de imóvel. Sistema de financiamento imobiliário. Possibilidade. Leis 9.514/97 e 10.931/2004 (0819112-21.2014.8.12.0001) Des. Dorival Renato Pavan104

Contrato particular. Parceria pecuária. Aval sem autorização marital. Suspensão. Probabilidade do direito. Súmula 332 do Superior Tribunal de Justiça. (1413448-55.2017.8.12.0000) Des. Amaury da Silva Kuklinski.....061

Débito fiscal. ISSQN. Construção civil. Base de cálculo. Dedução do valor. Possibilidade. (0802917-04.2014.8.12.0019) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.....078

Doação de imóvel. Escritura pública. Incapacidade absoluta da donatária. Ausência de prova. Artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil. (0813317-63.2016.8.12.0001) Des. Eduardo Machado Rocha138

Ação de busca e apreensão

Alienação Fiduciária. Bem apreendido. Venda antecipada do veículo. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. (1414261-82.2017.8.12.0000) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva218

Teoria do adimplemento substancial. Função social do contrato. Boa-fé objetiva. (0801539-96.2016.8.12.0001) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.....222

Ação civil pública

Estatuto do idoso. Reserva de vaga. Transporte coletivo. Interestadual. Passe gratuito. (0002659-36.2010.8.12.0029) Des. Sérgio Fernandes Martins.....415

Instalação de antenas. Transmissão. Sinal de telefonia. Licença ambiental. Constitucionalidade. (0817128-36.2013.8.12.0001) Des. Sérgio Fernandes Martins.....428

Obrigação de não fazer. Uso de fogo sem autorização. Auto de infração. Laudo de constatação. Autorização ambiental. Multa cominatória. (1400999-31.2018.8.12.0000) Des. Vladimir Abreu da Silva.....518

Tombamento de bem histórico e cultural. Não registrado. Alvará de reforma. Ente Municipal. Ausência de culpa. Dano moral coletivo. (0000752-73.2007.8.12.0015) Des. Alexandre Bastos.....040

Ação de cobrança

Ação anulatória. Auto de infração tributário. ISSQN. Bonificação. Montadora de veículo. Mero incentivo de venda. Autuação indevida. *Hold Back*. (0837735-36.2014.8.12.0001) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso..... 206

Indenização securitária. Pedido administrativo. Incapacidade permanente. Correção monetária. Pacto contratual. Súmula 279 do Superior Tribunal de Justiça. (0013779-63.2010.8.12.0001) Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.....475

Seguro. Ação previdenciária. Prescrição. Anual. Laudo pericial. Aposentadoria por invalidez. (0806799-23.2017.8.12.0001) Des. Marcos José de Brito Rodrigues.....	286
---	-----

Ação declaratória

Ausência de citação. Execução. <i>Querela nullitatis</i> . Oposição de Embargos de terceiro. (0800349-43.2013.8.12.0021) Des. Marcelo Câmara Rasslan.....	245
---	-----

Inexistência de débito. Repetição de indébito. Descontos. Benefício previdenciário. Prescrição. Artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Contratação válida. Titularidade do consumidor. (0802188-05.2015.8.12.0031) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa	345
--	-----

Nulidade do aval por ausência de outorga uxória. Garantidor solidário. Mérito. Ofensa ao artigo 1.022 do Código de processo civil. (0806542-63.2015.8.12.0002) Des. Fernando Mauro.....	159
---	-----

Ação de divórcio

Alimentos provisórios. Partilhas de bens. Necessidade. Capacidade de pagamento. (1408707-69.2017.8.12.0000) Des. Marcelo Câmara Rasslan.....	242
--	-----

Ação de evicção

Denúnciação da lide. Serviço de registro de imóveis. Ausência de vínculo jurídico. Criação de novo processo. (1400315-09.2018.8.12.0000) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.....	212
---	-----

Ação de guarda e alimentos

Agravo de instrumento. Mediação. Violência doméstica. Autocomposição. Princípio da dignidade da pessoa humana. (1403722-57.2017.8.12.0000) Des. Alexandre Bastos.....	036
---	-----

Ação indenizatória

Alegação de erro médico. Responsabilização civil. Ausência de demonstração de conduta culposa. Ressarcimento descabido. (0801090-09.2014.8.12.0002) Des. Nélcio Stábile.....	300
--	-----

Imóvel doado. Desvio de finalidade. União estável. Violação das normas regentes da doação. Teoria da <i>actio nata</i> . (0804808-95.2016.8.12.0017) Des. Marco André Nogueira Hanson.....	268
--	-----

Infidelidade da ex-companheira. Erro quanto à paternidade. Ofensa a direitos da personalidade. Competência do juízo residual. (1402356-46.2018.8.12.0000) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso	202
---	-----

Ação popular

Norma que institui pagamento do 13º salário dos vereadores. Princípio da anterioridade. Suspensão do pagamento. (1414073-89.2017.8.12.0000) Des. Vilson Bertelli	499
--	-----

Prefeito municipal. Cassação de mandato. Infração político-administrativo. Binômio ilegalidade – lesividade. (0813659-45.2014.8.12.0001) Des. Sérgio Fernandes Martins.....	379
---	-----

Ação rescisória

Ação civil pública. Improbidade. Recomendação CNMP 36/2016. Contratação direta de advogado. Licitação inexigível. Discricionariedade da administração. (1412572-37.2016.8.12.0000) Des ^a . Tânia Garcia de Freitas Borges	485
--	-----

Mandado de segurança. Levantamento. Depósito judicial. Terceiro interessado. Sucedâneo recursal. Inadequação da via eleita. (1413550-77.2017.8.12.0000) Des. Carlos Eduardo Contar066

Promessa de compra e venda. Cláusula de eleição do foro. Alteração de domicílio. Prevalência do foro eleito. Momento da tratativa. (1403776-86.2018.8.12.0000) Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.....237

Ação de revisão

Revisão do contrato. Benfeitorias necessárias. Indenização. Cláusula de Renúncia. Licitude. Retomada do imóvel. Súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça. (0806139-54.2012.8.12.0017) Des. Paulo Alberto de Oliveira368

Ação trabalhista

Contratação de servidor sem concurso público. Nulidade do Contrato. Recolhimento do depósito do FGTS. (0202367-40.2009.8.12.0017) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho172

Ação de obrigação de fazer

Ação civil pública. Ruas. Numeração desordenada. Ministério público. Legitimidade ativa. Omissão do poder público. Implementação de políticas públicas. (0801482-28.2015.8.12.0029) Des. Alexandre Bastos 046

Preliminar de incompetência. Matéria preclusa. Empresa de radiodifusão. Informes institucionais. Violação de dever legal. (0802347-12.2014.8.12.0021) Des. Marcelo Câmara Rasslan.....249

Remessa necessária. Criança portadora de microcefalia. Consulta com especialista. Prevalência. Prescrição médica. Legitimidade passiva do Estado e Município. Parecer NAT favorável. (0800895-38.2017.8.12.0028) Des. Sideni Soncini Pimentel.....465

Acidente de trânsito

Ação de ressarcimento. Culpa concorrente. Responsabilidade civil. Vínculo profissional. Artigo 932, III do Código Civil. Sucumbência recíproca. (0816657-54.2012.8.12.0001) Des. Marco André Nogueira Hanson255

Agravo de instrumento

Contratação de serviços advocatícios. Inexigibilidade de licitação. Especialidade comprovada de plano. Ato de improbidade inexistente. (1411344-90.2017.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte091

Direito de resposta. Direito fundamental. Indevido recolhimento de custas. (1405254-32.2018.8.12.0000) Des. Vladimir Abreu da Silva528

Execução. Penhora. Faturamento da empresa. Medida excepcional. Condição *sine qua non não atendida*. Artigo 866 do Código de Processo Civil. (1401792-67.2018.8.12.0000) Des. Sideni Soncini Pimentel.....460

Preliminar de não cabimento do recurso. Competência. Interpretação analógica do artigo 1015 do Código de processo civil. (1413827-93.2017.8.12.0000) Des. Dorival Renato Pavan124

Apelação cível

Venda antecipada. Bem comum. Acordo judicial de divórcio. Meação do imóvel. Usufruto. Verba alimentar. Exoneração de alimentos. (0806618-24.2014.8.12.0002) Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso198

Reexame de matéria. Recurso paradigma. Comissão de corretagem deve ser suportado pelo consumidor. Cláusula contratual expressa. (0801751-84.2013.8.12.0046) Des. Nélcio Stábile.....296

Rescisão contratual. Inadimplemento. Reserva de domínio. Restituição de valores. Sentença anulada. (0804353-18.2015.8.12.0001) Des. Vilson Bertelli507

Retificação. Registro de nascimento. Família italiana. Erro na grafia. Exceção. Dupla cidadania. (0803263-35.2016.8.12.0002) Des. Sideni Soncini Pimentel448

Concurso público

Sistema de cotas. Critério de avaliação fenotípica. Não enquadramento. Ausência de direito líquido e certo. (1403993-32.2018.8.12.0000) Des. Marco André Nogueira Hanson275

Conflito de competência

Ação de retificação. Alteração no registro civil. Mudança de nome e sexo. Identidade de gênero. Competência da vara da fazenda pública e registros públicos. (0831937-94.2014.8.12.0001) Des. Amaury da Silva Kuklinski.....051

Cumprimento de sentença

Agravo de instrumento. Ausência de bens penhoráveis. Proventos. Crédito de caráter alimentar. Exceção. Dignidade humana. (1401213-22.2018.8.12.0000) Des. Amaury da Silva Kuklinski055

Publicações. Advogados constituídos. Nulidade. Republicação dos atos. (0800411-16.2014.8.12.0032) Des. Marcos José de Brito Rodrigues281

Embargos do devedor

Imunidade tributária. IPTU. Profissionais da educação. Destinado à recreação. Não aplicação. Ausência de finalidades essenciais. (0800007-53.2017.8.12.0001) Des. João Maria Lós195

Execução fiscal

Embargos. Dissolução irregular da empresa. Redirecionamento contra os sócios. Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça. (0002725-25.2010.8.12.0026) Des. Vilson Bertelli.....502

Embargos à execução. Prescrição. Demora na citação. Poder judiciário. Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça. (0829855-85.2017.8.12.0001) Des. Marcos José de Brito Rodrigues290

Exceção de pré-executividade. Partilha não ultimada. Dívida do espólio. Reconhecimento da ilegitimidade passiva do herdeiro-inventariante. Aplicabilidade da súmula 114 do Supremo Tribunal Federal. (1402474-56.2017.8.12.0000) Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.....165

Improbidade administrativa

Ação civil pública. Ofensa à dialeticidade. Fundamentação adequada. Agente políticos. Indisponibilidade de bens. Princípio da congruência. (1403903-58.2017.8.12.0000) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa323

Concessão. Bolsas de estudos. Instituição pública. Baixa renda. Dolo não evidenciado. Mera irregularidade. (0804206-38.2015.8.12.0018) Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.....309

Prova ilícita. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Interceptações telefônicas. Dissociação. Teoria da fonte autônoma. (1402474-90.2016.8.12.0000) Des. Paulo Alberto de Oliveira355

Incidente de arguição de inconstitucionalidade

Cancelamento de inscrição estadual. Irregularidade fiscal. Coerção. Crédito tributário. Ofensa aos princípios do livre exercício do trabalho e da atividade econômica. (1600209-05.2014.8.12.0000) Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.....470

Mandado de segurança

Administrativo. Ausência de apreciação. Violação aos princípios da duração razoável do processo, eficiência e legalidade. Prazo legal. Dever de decidir. (1401082-47.2018.8.12.0000) Des. Carlos Eduardo Contar071

Concurso público. Candidato da cor parda. Exclusão na entrevista de verificação da cota racial. (0843086-82.2017.8.12.0001) Des. Dorival Renato Pavan.....131

Termo de acordo. Cancelamento de incentivos fiscais. Restituição de valores. Lei em tese. Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal. (0816501-90.2017.8.12.0001) Des. Vladimir Abreu da Silva510

Nepotismo

Nomeação. Esposa do prefeito. Função de gerente. Assistência social. Cargo político. Súmula vinculante nº 13. Não incidência. (0001785-41.2006.8.12.0013) Des. João Maria Lós185

Servidor público

Erro da administração. Aposentadoria por tempo de serviço. Retorno ao trabalho. Devolução ao erário. Verba de natureza alimentar. Presunção de boa-fé. Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. (1411052-08.2017.8.12.0000) Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.....085

Licença remunerada. Exercício de atividade política. Cargo de confiança. Desistência da candidatura. Ausência de dolo. Artigo 1º, I, da Lei Complementar 64/90. (0802350-34.2013.8.12.0010) Des. João Maria Lós.....178

Remessa necessária

Homologação. Certificado de conclusão de curso. Condutores. Veículos de transportes coletivos. Certidão criminal positiva. Homicídio Culposos de trânsito. Artigo 329 do Código de Trânsito Brasileiro. Interpretação extensiva. (0801608-34.2017.8.12.0021) Des. Eduardo Machado Rocha.....146

ITCMD. Renúncia de usufruto sem morte do usufrutuário. Fato gerador não configurado. Inexiste transferência. (0800371-67.2015.8.12.0042) Des. Paulo Alberto de Oliveira.....375

Mandado de segurança. Preliminares. Demora injustificada. Administração pública. Princípio da duração razoável do processo. Teoria da asserção. (0842600-34.2016.8.12.0001) Des. Eduardo Machado Rocha150

Reintegração de posse

Demolição de construção. Obstrução de passeio público. Propriedade de ente estatal. (1412548-72.2017.8.12.0000) Des. Nélcio Stábile306

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Ação revisional

Esgotamento das vias recursais. Desnecessidade. Mérito. Alteração do regime inicial. Cumprimento da pena. (1406580-61.2017.8.12.0000) Des. Geraldo de Almeida Santiago573

Agravo interno

Habeas corpus. Rejeição. Intempestividade. Violação ao princípio da dialeticidade. (1403333-38.2018.8.12.0000/50000) Des. Manoel Mendes Carli698

Agravo em execução penal

Conversão. Pena privativa de liberdade em medida de segurança. Doença mental superveniente. Artigo 41 do Código Penal e artigo 183, da Lei de Execução Penal. (0000858-91.2018.8.12.0001) Des. Paschoal Carmello Leandro748

Livramento condicional. Fuga. Falta grave. (0044286-60.2017.8.12.0001) Des. Geraldo de Almeida Santiago.....564

Remição. Trabalho externo. Provas. Forma idônea. (0001800-18.2017.8.12.0015) Juiz Emerson Cafure540

Superveniência de nova condenação. Alteração da data-base. Excesso de execução. Reincidente em crime doloso. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. (0010499-06.2018.8.12.0001) Des. José Ale Ahmad Netto613

Ameaça

Apelação criminal. Princípio da bagatela imprópria. Ofensa à súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça. (0000465-18.2014.8.12.0031) Juiz Waldir Marques787

Apelação criminal

Absolvição por insuficiência de provas. Princípio da correlação. Artigo 383 do código de Processo Penal. (0002812-25.2016.8.12.0008) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.....640

Delitos contra o patrimônio. Multirreincidência. Teoria da *amotio*. Lesão aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. (0008382-84.2015.8.12.0021) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva646

Estabelecimento prisional. Portar aparelho celular. Conduta atípica. Artigo 349-A do Código Penal. (0001073-88.2014.8.12.0007) Juiz Waldir Marques777

Peculato. Prestador de serviços. *Emendatio libelli*. Desclassificação delitiva. Nova aplicação de pena. (0001610-74.2011.8.12.0012) Des. José Ale Ahmad Netto.....624

Apropriação indébita

Autoria e materialidade. Prova testemunhal e pericial. Pena-base. Redução proporcional. Prescrição retroativa. Reconhecimento incidental. (0000111-59.2009.8.12.0001) Des. Carlos Eduardo Contar.....533

Conflito de jurisdição

Crimes contra honra. Configuração do delito de calúnia. Ausência de indicação de fato típico e determinado. Competência do Juizado Especial Criminal. (1601345-66.2016.8.12.0000) Des. Geraldo de Almeida Santiago.....568

Crime ambiental

Pesca. Petrecho proibido. Reincidente. Auto de exibição e apreensão. Interesse coletivo. (0004385-65.2011.8.12.0011) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques662

Crime de trânsito

Homicídio culposo no trânsito. Recurso defensivo. Intempestividade. Redução da pena. (0003292-19.2006.8.12.0019) Des. Manoel Mendes Carli694

Crime transnacional

Extraterritorialidade condicionada. Delito de extorsão. Região de fronteira. Competência da Justiça Federal. (0000548-70.2014.8.12.0019) Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha706

Estelionato

Crime continuado. Suspensão condicional. Impossibilidade. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. (0026694-08.2014.8.12.0001) Juiz Emerson Cafure544

Estelionato judicial. Praticado por advogados. Alegações falsas em processo. Conduta atípica. (0079154-45.2009.8.12.0001) Des. Manoel Mendes Carli684

Recurso ministerial. Prescrição virtual ou antecipada. Ausência de amparo legal. Incidência da súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça. (0000147-64.2007.8.12.0036) Juiz Waldir Marques781

Estupro

Apelação criminal. Atos libidinosos praticados contra criança. Laudos psicológicos. Condenação. (0004184-04.2010.8.12.0013) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.....656

Estupro de vulnerável. Equiparação. Vítima sob efeito de analgésico. Hospital. Tipo penal consumado. (0004185-92.2015.8.12.0019) Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha702

Furto

Apelação criminal. Insurgência defensiva. Processo anulado. Autodefesa. (0024469-44.2016.8.12.0001) Des. Ruy Celso Barbosa Florence768

Furto qualificado. Concurso de pessoas. Abigeato. Agravante. Vítima senil. Arrependimento posterior inaplicável. (0002408-15.2010.8.12.0030) Des. Jairo Roberto de Quadros.....578

Habeas corpus

Tráfico ilícito de drogas. Custódia cautelar. Gravidade concreta da conduta. Necessidade de assegurar a ordem pública. (1404786-68.2018.8.12.0000) Des. Paschoal Carmello Leandro751

Homicídio

Crime de homicídio. Ocultação de cadáver. Corrupção de menores. Crimes conexos. Novo julgamento. Tribunal do júri. (0008381-36.2014.8.12.0021) Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha724

Homicídio culposo qualificado. Negligência médica. Descumprimento do dever objetivo de cuidado. Princípio da dialeticidade. (0002249-80.2007.8.12.0029) Des. José Ale Ahmad Netto602

Inserção de dados em sistema de informações

Inserção de dados falsos. Sistema do Detran. Chefe de divisão. Tipo penal. Materialidade comprovada. (0009084-03.2009.8.12.0001) Juiz Emerson Cafure549

Lesão corporal

Crime de violência contra mulher. Lesão a direitos da personalidade. Dano moral configurado. Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. (0042404-68.2014.8.12.0001) Des. Paschoal Carmello Leandro741

Recurso em sentido estrito

Prisão domiciliar. Genitora. Filho menor. Artigo 318 do Código de Processo Penal. (0003236-17.2018.8.12.0002) Des. Ruy Celso Barbosa Florence761

Tentativa de homicídio. Incidente de insanidade mental. Princípio do *in dubio pro societate*. Pronúncia mantida. (0001256-66.2017.8.12.0003) Des. Jairo Roberto de Quadros596

Tráfico de drogas

Apelação criminal. Dosimetria da pena. Regime prisional. Substituição da pena. (0019499-64.2017.8.12.0001) Des. Ruy Celso Barbosa Florence772

Pedido absolutório. Redução da pena-base. Tráfico privilegiado. Confirmação da materialidade. (0002087-22.2016.8.12.0045) Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques670

Princípio constitucional da motivação. Dedicção a atividades criminosas. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Ausência dos requisitos legais. (0002771-45.2017.8.12.0001) Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva631

Tráfico privilegiado. Caráter hediondo. Indulto. (0000455-76.2016.8.12.0039) Des. Jairo Roberto de Quadros589